

Política criminal e Estado de Direito: a afetação dos direitos fundamentais nas reformas penais

Criminal policy and the Rule of Law: the impact on fundamental rights in penal reforms

Maria Elena Núñez Castaño¹
Universidad de Sevilla

Sumário: 1. Introdução: a transformação do direito penal no século XXI; 2. Os direitos fundamentais ante as reformas legislativas; 2.1. O direito à liberdade de expressão e a sanção de ideias, opiniões ou discursos; 2.1.1. *A incidência da sanção dos crimes de expressão no direito à liberdade de expressão*; 2.1.2. *Os concretos tipos penais que se configuram como crimes de expressão, opinião ou discurso do ódio e de proteção de sentimentos*; 2.1.2.1. O art. 578 cp e o castigo da opinião; 2.1.2.2. A difusão de mensagens ou consignas terroristas (art. 579 do cp) e a punição do discurso público; 2.1.2.3. O art. 510 do CP: o discurso de ódio e o castigo dos sentimentos; 2.1.2.4. O assédio ante as clínicas de interrupção da gravidez (art. 172 quater do CP): a punição da expressão; 2.1.3. O direito a não declarar contra si mesmo e a não se declarar culpado: o castigo do silêncio e a falta de colaboração; 2.1.3.1. *Algumas considerações sobre o direito de não declarar contra si mesmo e de não se declarar culpado*. 2.1.4. *Os tipos penais que tipificam como delito o não declarar contra si mesmo e guardar silêncio*; 2.1.4.1. Ocultar informação sobre o paradeiro do cadáver; 2.1.4.2. O delito de enriquecimento injustificado; 2.1.5. A presunção de inocência e o sistema acusatório frente à nova configuração dos delitos contra a liberdade sexual; 3. Conclusões; 4. Referências.

Resumo: Este artigo analisa a afetação dos direitos fundamentais provocada pelas reformas no ordenamento jurídico-penal espanhol. Inicialmente, contextualiza-se a expansão do direito penal desde 1995, marcada pelo aumento dos tipos penais e pela antecipação das barreiras da intervenção penal. O estudo aprofunda-se nos subcapítulos, examinando como as recentes reformas afetam

¹Professora Titular de Direito Penal Universidad de Sevilla.

a liberdade de expressão, incluindo a criminalização de discursos de ódio e a repressão a opiniões que contrariem a moral ou a segurança pública, também chamados crimes de expressão. O artigo também aborda, com profundidade, o impacto das reformas no direito ao silêncio e à não autoincriminação, evidenciando a inclusão de tipos penais que punem a ausência de colaboração com autoridades, como no caso de ocultação de informações sobre o paradeiro de cadáveres e enriquecimento injustificado. Em suma, o trabalho examina criticamente a expansão e a intensificação do Direito penal como reflexo de uma sociedade orientada pelo medo e pelo controle social, em detrimento dos princípios de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Direito penal; direitos fundamentais; liberdade de expressão; Estado Democrático de Direito

Abstract: This article analyzes the impact of recent reforms in the Spanish criminal legal system on fundamental rights. Initially, it contextualizes the expansion of criminal law since 1995, marked by an increase in criminal offenses and the early extension of intervention thresholds. The study delves into subchapters examining how these reforms affect freedom of expression, including the criminalization of hate speech and the repression of opinions that contradict public morals or security, commonly known as crimes of expression. The article also explores, in depth, the impact of these reforms on the rights to silence and against self-incrimination, highlighting the inclusion of criminal offenses penalizing the lack of cooperation with authorities, such as withholding information on the location of bodies and unjustified enrichment. In sum, this work critically examines the expansion and intensification of criminal law as a reflection of a society driven by fear and social control, to the detriment of the principles of a Democratic Rule of Law.

Keywords: Criminal law; fundamental rights; freedom of speech; Democratic Rule of Law

1. INTRODUÇÃO: A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PENAL NO SÉCULO XXI²

Desde a aprovação do Código Penal de 1995 até os dias atuais, ocorreram inúmeras modificações, algumas com grande impacto e outras com menor repercussão, ao menos aparentemente. As motivações para cada uma

² Traduzido por Mariana de Aguiar Buerger. Doutoranda em Direito, Ciência Política e Criminologia na Universidade de Valência. Mestre em Garantias Penais e Delitos Socioeconômicos pela mesma instituição.

dessas reformas são diversas, mas no fundo respondem ao mesmo elemento fundamental: a reivindicação da sociedade (espontânea ou provocada) por um intervencionismo cada vez maior do Estado em matéria penal, uma maior ampliação dos comportamentos proibidos e uma maior afetação dos direitos e liberdades fundamentais.

Essas tendências não surgiram repentinamente no último quinquênio, mas se proliferou uma legislação tendente à restrição dos direitos das pessoas em prol de uma suposta e inatingível segurança exigida pela sociedade. De fato, a mudança de parâmetros já começou a ser percebida há mais de um quarto de século, desde a aprovação do Código Penal de 1995, que por si só implicava uma importante ampliação das condutas típicas. Inicialmente, essa ampliação se concentrou em uma inegável expansão do âmbito de aplicação do Direito penal (aumento dos bens jurídicos supraindividuais, crimes de perigo abstrato, etc.), mas que, pouco a pouco, foi se convertendo em um fenômeno radicalmente diferente, que resultou em uma intensificação da intervenção penal. Já não se tratava de proteger novos fenômenos que até então não eram contemplados pelo Código Penal, mas de adiantar desmesuradamente as barreiras de intervenção em relação a crimes tradicionalmente existentes, aumentando penas, recorrendo a crimes de suspeita ou de mera posse, com o fim de sancionar tudo o que pudesse contribuir para a produção de um risco presumido, potencial ou iminente de um bem jurídico.

Com isso, e ao longo do tempo, aquele Direito penal que era concebido como *ultima ratio* e intervenção mínima passou a ser *prima ratio* e, finalmente, como ocorre atualmente, converteu-se, em muitos aspectos, na *única ratio* para a aparente solução de conflitos. Essa mudança de paradigma no âmbito do Direito penal, embora pareça afetar somente o Direito penal, não é assim de maneira alguma. Todas essas mudanças na concepção do Direito penal como sistema de controle social, derivadas das mudanças e transformações sociais que paralelamente foram acontecendo, incidiram de maneira clara e notória na conformação dos princípios sustentadores de um Estado de Direito e dos parâmetros de delimitação no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais, entre muitas outras mudanças nas relações entre Estado e indivíduo.

Certamente, os avanços sociais e tecnológicos próprios de uma sociedade de risco³ determinaram, em seu momento e, em algumas ocasiões, continuam determinando a necessidade de ampliar o âmbito de intervenção da legislação penal para responder a fenômenos que até então não haviam sido contemplados ou considerados como tais; e assim, por exemplo, o CP de 1995 introduziu novos tipos penais que protegiam bens jurídicos que, até o momento, não haviam encontrado respaldo no ordenamento penal (meio ambiente, ordenamento territorial, delitos societários etc.), ou, muito mais recentemente, a necessidade de incorporar novos objetos materiais do delito em figuras delitivas tradicionalmente existentes, porque esses avanços tecnológicos desterraram ou, ao menos, levaram a certo grau de desuso os conteúdos no preceito concreto. Obviamente, o ordenamento penal, como qualquer outro tipo de ordenamento, deve dar resposta aos avanços sociais e tecnológicos que de alguma maneira possam ter incidência sobre um bem jurídico concreto. Mas esse é o principal limite: a afetação do bem jurídico, a necessidade de proteção de um interesse objeto de tutela identificado, concreto e delimitado. Com isso, alguma das reformas penais que aconteceram desde a aprovação do CP 1995, e mesmo com o próprio Código Penal, encontram uma legitimidade absoluta.

Mas o problema é que as reformas penais e sociais, ou melhor dizendo, as mudanças sociais que determinam as reformas penais, não pararam por aí. Pelo contrário, sobre a base de responder a esses novos riscos tecnológicos, a intervenção do Direito penal foi sendo ampliada, inicialmente pouco a pouco, e nos últimos anos de forma vertiginosa, no âmbito das pessoas, provocando uma maior pressão em âmbitos tradicionalmente protegidos. Essa pressão se dá seja por uma resposta penal desproporcional, como um aumento injustificado das penas ou a introdução da prisão perpétua revisável que, à margem de sua declaração de constitucionalidade recente, na minha opinião, padece por ilegitimidade penal à medida em que vulnera o princípio de segurança jurídica (junto a muitos outros princípios informadores do Direito penal e de um Estado de Direito); seja pela adoção da barreira de intervenção penal em

³ Sobre a sociedade de risco e suas características, vide BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Navarro/Jiménez/Borrás, Barcelona 1998, *passim*.

âmbitos absolutamente desconectados, não apenas da potencial afetação de um bem jurídico (como, por exemplo, o crime de *grooming*, as viagens com finalidade terrorista, etc.), mas até mesmo da possível existência de um bem jurídico, sancionando comportamentos que, em essência, constituem o exercício legítimo de um direito constitucionalmente reconhecido, mas que, devido à repulsa ou ao desagrado social que possam causar ou por meras razões instrumentais, visando facilitar a investigação de outros crimes, decidiu-se criminalizar (discurso de ódio, auto doutrinamento terrorista, não fornecer informações sobre o local onde um cadáver foi escondido, casos de assédio que consistem em gritar palavras de ordem ou usar faixas, difusão de mensagens terroristas, enriquecimento injustificado etc.).

A realidade é que só nos últimos cinco anos tivemos 16 reformas penais até o momento⁴, sendo sete delas no ano de 2022; reformas que respondem a uma mudança radical na sociedade em que vivemos, passando de uma sociedade de risco com a qual começamos o século, para uma sociedade do medo, onde se pretende erradicar, mediante criminalização e punição, tudo aquilo que se percebe como diferente ou discordante e, conseqüentemente, perigoso. Isso implica uma evidente variação no eixo central do Direito penal, a partir de uma perspectiva garantista e, em certo grau, abstencionista em relação

⁴ Assim, no período de 2019 a 2022, podem ser indicadas as seguintes Leis que reformam o Código Penal: LO 1/2019, de 20 de fevereiro, relativa à transposição de Diretivas da União Europeia nos âmbitos financeiros e de terrorismo e outras questões de índole internacional, como tráfico de órgãos, falsificação de moeda e delitos contra a Administração Pública; a LO 2/2019, de 1º de março, que modifica o Código Penal em matéria de imprudência na condução de veículo motorizado ou ciclomotor e sanção pelo abandono do local do acidente; a LO 2/2020, de 16 de dezembro, de modificação do Código Penal para a erradicação da esterilização forçada ou não consentida de pessoas com deficiência incapacitadas judicialmente; a LO 3/2021, de 24 de março, de regulação da eutanásia; a LO 5/2021, de 22 de abril, que revoga o art. 315.3 CP; a LO 6/2021, de 28 de abril, que modifica o Código Penal em matéria de branqueamento de capitais; a LO 8/2021, de 4 de junho, de proteção integral à infância e adolescência contra a violência; a LO 9/2021, de 1º de julho, de aplicação do Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, que estabelece uma cooperação reforçada para a criação da Procuradoria Europeia; a LO 4/2022, de 12 de abril, que penaliza o assédio a mulheres que recorrem a clínicas para a interrupção voluntária da gravidez; a LO 6/2022, de 12 de julho, relativa à igualdade de tratamento e não discriminação; a LO 9/2022, de 28 de julho, que modifica o Código Penal em matéria de furto; a LO 10/2022, de 6 de setembro, de Garantia Integral da Liberdade Sexual; a LO 11/2022, de 13 de setembro, que modifica o Código Penal em matéria de imprudência na condução de veículos a motor ou ciclomotor; a LO 13/2022, de 20 de dezembro, para agravar as penas previstas para os delitos de tráfico de seres humanos deslocados por conflito armado ou catástrofe humanitária; e a LO 14/2022, de 22 de dezembro, de transposição de diretivas europeias e outras disposições para a adaptação da legislação penal ao ordenamento da União Europeia e reforma dos delitos contra a integridade moral, desordens públicas e contrabando de armas de uso duplo.

aos direitos e liberdades fundamentais, para um sistema totalmente intervencionista, no qual todos esses direitos são passíveis de flexibilização e até de anulação em prol de algo semelhante a um interesse coletivo superior ou a um "bem comum", como se fosse uma nova descoberta. Há um claro convencimento (às vezes interessado, outras vezes "inocente") de que isso deve ser sustentado para contribuir para um Estado Democrático, um Estado de Direito e um Estado de Bem-Estar. No entanto, diferentemente do que se pode pensar e transmitir à sociedade, essa postura intervencionista não é novidade. De fato, ela se repetiu reiteradamente ao longo da história, durante o puritanismo e em estados totalitários. Não traz nada de bom nem de bem-estar para o cidadão, cujos direitos e liberdades são limitados ou restringidos, ficando instrumentalizados ao serviço do controle exercido pelos poderes públicos. Trata-se de um instrumento de facilitação, não de bem-estar; e, obviamente, não tem nada de Estado de Direito nem de Estado Democrático, pois sustenta a afetação de direitos fundamentais que são deslocados para uma segunda linha de proteção e podem ser flexibilizados em nome da proteção do que foi colocado em primeiro plano: a sensação de segurança dos cidadãos.

A transição da sociedade de risco para a sociedade de segurança cidadã e, atualmente, para a sociedade do medo, na qual o objetivo principal se centra na inocuização de tudo o que é percebido como perigoso, primeiro pelos legisladores ou pelos operadores sociais e jurídicos e, posteriormente, pela própria sociedade⁵; determina que se exija um maior intervencionismo estatal e um maior controle de determinados fenômenos e comportamentos, uma vez que são vistos como ameaças, dando lugar a uma espécie de "autorização" ao Estado para criminalizar todos esses comportamentos que poderiam potencialmente afetar a segurança dos cidadãos, em detrimento dos direitos e garantias fundamentais, permitindo não apenas a flexibilização desses direitos e garantias típicos de uma sociedade de segurança, mas a sua eliminação, na

⁵ PAREDES CASTAÑON, "Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización", *Terrorismo, Sistema penal y Derechos fundamentales*, Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 63; NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 111.

medida em que são percebidos como obstáculos para garantir a segurança e tranquilidade dos cidadãos. Adentramos nesse conhecido Direito penal no qual o que se sanciona são pensamentos, opiniões ou, inclusive, ações que de nenhuma forma são, nem mesmo potencialmente, ofensivas para qualquer bem jurídico presumido. Opta-se por um Direito penal moralista, no qual pecado e delito se confundem, e se propõe um mundo binário de anjos e demônios, bons e maus, com base no que a moral social ou o sentimento generalizado do momento considera.

Com base em tudo o que foi exposto, acredito que podemos identificar duas claras tendências político-criminais ao longo do século XXI que, de alguma forma, respondem ao que já foi denominado como a “expansão” e a “intensificação” do Direito penal⁶. No entanto, nos últimos anos, especialmente com o contínuo apertar de parafusos em nome da inocuização de tudo o que representa um possível “risco” para a concepção de sociedade que a maioria da comunidade tem, acabamos por entrar em uma sociedade do medo, na qual, através de um retorno a um puritanismo exacerbado, que determina uma evidente e, em muitos casos, aplaudida confusão entre o âmbito moral e/ou ético e o âmbito jurídico, desvirtuam-se completamente aqueles princípios inspiradores do Direito penal do século passado (intervenção mínima, *ultima ratio*, legalidade e até mesmo culpabilidade) em nome de algo que, como já foi mencionado, de modo algum poderá ser alcançado: a segurança absoluta.

Esse é o *iter criminis* que acompanhou a transformação do Direito penal durante o século XXI. Um caminho que nenhum de nós, que concebemos o Direito penal como o último recurso para resolver um conflito social, gostaria de ter iniciado, mas que, não só começamos, como também estamos plenamente inseridos nele, sem ter muita clareza (ou talvez, infelizmente, sim) de qual será o seu fim.

As últimas regulações penais não contribuem para garantir e/ou reconhecer direitos e liberdades constitucionalmente protegidos, mas sim para sua flexibilização, restrição e, na maioria dos casos, anulação. E são muitos

⁶ Vide DIEZ RIPOLLES “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005; NUÑEZ CASTAÑO, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno hacia el Derecho penal del enemigo?”, *Revista General del Derecho Penal*, nº 11, 2009.

esses direitos fundamentais que foram afetados pelas diferentes reformas penais, que implicam uma clara violação dos postulados e parâmetros que derivam da configuração de um sistema social como um Estado Democrático de Direito.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ANTE AS REFORMAS LEGISLATIVAS

Resulta inegável, na minha opinião, é inegável a incoerência e a falta de eficácia ao encaminhar todos os instrumentos de controle social — essencialmente o legislativo e o judicial — para a obtenção de uma suposta paz social ou de uma inatingível segurança coletiva e individual, sobretudo quando isso implica, nesse caminho, a lesão e violação de princípios, direitos e garantias básicos e inalienáveis para qualquer cidadão, que constituem a essência mesma de um Estado Democrático. Agora, tão inegável e absurdo quanto isso é negar que as transformações sociais que expusemos ocorreram e que a sociedade, ou pelo menos uma grande parte dela, aceita qualquer tipo de medida que, ao menos aparentemente, pareça contribuir para alcançar essa meta de segurança, imunidade e tranquilidade⁷.

Como se destacou, há uma clara confusão entre o âmbito moral e o jurídico, entre pecado e delito⁸, o que leva à imediata judicialização ou criminalização de comportamentos, discursos ou opiniões que, até esse momento, eram simplesmente merecedores de reprovação ou rejeição social, mas de forma alguma constituíam crimes.

A origem dessa criminalização, na minha opinião, é evidente e reside na intolerância que se instalou em nossa sociedade em relação à divergência ou aos comportamentos considerados como "desviantes" que nos conduzem diretamente a um sentimento de medo em relação a essas condutas que são concebidas como ameaças externas e incontroláveis, tanto em relação aos

⁷ NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, 2022, p. 109.

⁸ Isso encontra correspondência com a concepção religiosa do proibido que já mencionava HOBBS, de maneira que, mesmo que todos os delitos sejam pecados, contudo, nem todos os pecados são delitos, cf. NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., p. 110.

próprios cidadãos (embora seja difícil identificar em que aspecto concreto) quanto em relação ao próprio *status quo* social. É evidente que o único fundamento da intolerância é o medo; o medo de quem vive, age ou pensa de maneira diferente da que é considerada normalizada em uma sociedade ou coletivo, pois essa divergência no modo de agir pode acarretar uma mudança no funcionamento do nosso sistema social e a imposição de uma nova forma de conceber ou interpretar esse sistema. E, precisamente por isso, busca-se erradicar essas condutas, inocuizá-las, entendendo que, com isso, se elimina qualquer risco de mudança que suas ações, modos de vida ou ideias possam provocar.

Trata-se do fenómeno que PAREDES CASTAÑON⁹ denominou de *pânico moral*, que constitui um mecanismo adequado para concentrar, em cada momento, a atenção da cidadania sobre determinados comportamentos, delitivos ou não; na realidade, sobre qualquer comportamento que se desvie da linha marcada pelo setor majoritário e que, naquele momento, seja interessante transformar no centro das atenções. Essencialmente, consiste em identificar situações, sujeitos e potenciais consequências que, combinados, são percebidos ou apreciados como uma ameaça potencial.

Em essência, o silogismo lógico a que responde essa situação, que se intensificou nos últimos anos, seria o seguinte: a premissa maior é a identificação da presença de uma preocupação (maior ou menor, pois inicialmente não importa o grau dela), derivada de uma situação que não se conhece, não se controla ou não se compartilha; a premissa menor é a existência de determinados sujeitos, os chamados *folk devils* que, dependendo dos casos, reúnem certas características (delinquentes habituais, pedófilos, perseguidores, estupradores, fascistas, terroristas etc.) e em relação aos quais há a convicção (independentemente de corresponder ou não à realidade) de que estão na origem dos problemas que estão gerando a preocupação; e a consequência final do silogismo seria a provocação de uma clara situação de hostilidade contra eles, contra as condutas, formas de vida ou opiniões emitidas, que gera duas sub-consequências: a reação visceral por parte da sociedade, exigindo do Estado e

⁹ PAREDES CASTAÑON, "Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización", *Terrorismo, Sistema penal y derechos fundamentales*, Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 63.

dos poderes públicos a solução do problema por meio de um maior intervencionismo no âmbito pessoal dos indivíduos para garantir a paz e segurança; e, portanto, a tolerância frente às violações e restrições dos direitos fundamentais e liberdades públicas que sejam necessárias para garantir essa solução. Tudo isso sem considerar que, geralmente, esse pânico moral, essa situação de medo, foi criada pelo próprio Estado ou por grupos ou agentes de interesses sociais, políticos ou econômicos, que originam, aumentam ou exacerbam uma situação generalizada de preocupação ou ansiedade em torno de um tema concreto, em relação ao qual não é admitida qualquer divergência, sob o risco de se tornar outro dos elementos que devem ser inocuidados¹⁰. O centro da reprovação penal não está mais na realização de um ato e na violação dos direitos ou interesses de terceiros que ele possa implicar, mas na maneira de ser dos indivíduos — no que pensam, como vivem, como são —, considerando-se que são comportamentos reprováveis, pois não coincidem com o sentimento generalizado¹¹.

Uma clara manifestação desses posicionamentos e perspectivas pode ser percebida no âmbito penal com a tipificação do discurso de ódio ou terrorista (artigos 510, 578 e 579 do Código Penal) como crime de assédio entre os delitos contra a liberdade (art. 172 *quater* do CP), de condutas daqueles que se manifestam e gritam palavras de ordem diante de clínicas que realizam interrupções voluntárias da gravidez, sancionando aqueles que assediam mediante atos molestos, ofensivos, intimidatórios ou coercitivos que menosprezem sua liberdade. A incorporação de um crime denominado *assédio de rua*, que penaliza quem se dirige a outra pessoa com expressões, comportamentos ou propostas de caráter sexual que criem uma situação objetivamente humilhante, hostil ou intimidatória para a vítima, sem que tais ações configurem outros delitos de maior gravidade (art. 173.4, parágrafo 2º, do

¹⁰ PAREDES CASTAÑON, "Terrorismo y principio de intervención mínima", ob. cit., p. 66.

¹¹ Sinaliza GALAN MUÑOZ, "Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal", ob. cit., p. 45 que com isso "reintroduzem-se novamente em nosso ordenamento o antigo e criticado Direito penal de autor, uma vez que penalizam seus responsáveis, ou pelo menos aumentam a pena que lhes será aplicada, não pelas condutas que realizam, mas pelas ideias e tendências internas discriminatórias com as quais as realizam."

Código Penal), também constitui um claro reflexo disso. São manifestações que afetam claramente o direito à liberdade de expressão.

Entretanto, o direito à liberdade de expressão não é o único que pode ser afetado por essas novas regulações penais, embora talvez seja o mais evidente em termos de sua prática anulação, mas também podem ocorrer lesões a outros direitos constitucionalmente protegidos, como o *direito de não se autoincriminar e de não se declarar culpado* (art. 24.2 da Constituição Espanhola), que pode ser comprometido pela tipificação de comportamentos como o novo crime de *ocultação do local do cadáver* (art. 173.1, parágrafo 3º) ou o novo crime de *enriquecimento sem causa* (art. 438 bis), ou o *direito à presunção de inocência* (art. 24.2 da Constituição), como ocorre com a nova regulamentação dos crimes contra a liberdade sexual e a incorporação de um conceito de consentimento após a Lei Orgânica 10/2022 de Garantia integral da liberdade sexual.

2.1. O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A SANÇÃO DE IDEIAS, OPINIÕES OU DISCURSOS

3.1.1 A INCIDÊNCIA DA SANÇÃO DOS CRIMES DE EXPRESSÃO NO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O primeiro e, provavelmente, o direito fundamental que é essencialmente afetado por essa tendência legislativa instaurada em nosso ordenamento jurídico penal é o direito à liberdade de expressão, o direito de realizar um ato comunicativo de transmissão de um pensamento ou opinião e tentar convencer outros da correção dessa ideia. Em outras palavras, o que se instaura é a punição dos crimes de opinião, de expressão ou de discurso de ódio, nos quais o único elemento central é a mera emissão de expressões, opiniões ou discursos que têm um conteúdo reprovável, hostil ou ofensivo para determinados grupos ou para terceiros, ou simplesmente para a moral social dominante; e isso constitui o único fundamento de sua criminalização. Em última análise, a *ratio criminis* comum a todas essas figuras delitivas é constituída pela sanção daquilo (o ódio) que não é senão um sentimento, ou seja, um ato

emocional¹² que se exterioriza por meio de um ato comunicativo e que provoca nos outros um sentimento diverso: hostilidade, dor, discriminação etc., que tampouco encontra fundamento para sua proteção, uma vez que não é considerado um bem jurídico protegido. Nem um sentimento pode ser motivo de punição, nem um sentimento pode ser objeto de proteção penal, ou ao menos, não pode ser o único fundamento da tipificação penal¹³.

Na realidade, ao considerar esses tipos penais, ao tomar como referência a moral ou o sentimento geral dominante em um momento específico, nos deparamos com um conceito jurídico neutro que servirá de justificativa, fundamento e legitimação desses tipos penais, independentemente das concepções ideológicas, sociais ou morais que prevalecem em cada momento; dependerá apenas de quem controla o "sentir geral". A consequência é evidente: o recorte da liberdade de expressão e a transferência do conflito social e político para o processo penal¹⁴. A liberdade de expressão só poderia ser limitada porque já não seria liberdade de expressão quando incitar diretamente à prática de atos de violência que impliquem um perigo real e iminente para um bem jurídico individual e concreto (*clear and present danger* sustentado pelo teste de Brandemburgo)¹⁵.

Em definitivo, luta-se com a intolerância (entendida essa apenas como criminalização) contra o intolerante (entendido não apenas como aquele que sustenta postulados contrários a um sistema democrático, mas também todo aquele que é divergente, ofensivo ou ferino)¹⁶, que sustentou a tipificação dos

¹² FUENTES OSORIO, "El odio como delito", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*, nº 19-27, 2017, p. 3 e 4.

¹³ CARBONELL MATEU, "Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»", *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Valencia 2018, p. 1414.

¹⁴ GARCIA ARAN, "De las reformas bienintencionadas con resultado represivos: el delito de promoción del odio", *Represión penal y Estado de Derecho, Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Morales Prats/Tamarit Sumalla/Garcia Alberó (coords.), Aranzadi, 2018, p. 868.

¹⁵ Sobre a conformação do direito à liberdade de expressão e a incidência desses delitos na mesma, ver NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho Penal*, ob. cit., *passim*.

¹⁶ Trata-se da famosa paradoxo da tolerância de, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona 2006, nota 4 ao capítulo 7, p. 585. Um argumento que já critiquei anteriormente por entender que não se alinha com os postulados de um Estado de Direito, onde a base é justamente a

chamados crimes do discurso de ódio, que abrangem muitas e variadas facetas (não apenas aquelas tradicionalmente conhecidas, como os arts. 578, 579 e 510 do CP).

Obviamente, o direito à liberdade de expressão não pode ser concebido como um direito absoluto, ou seja, não ampara todo tipo de ato comunicativo que seja emitido, se esse comportamento incidir sobre outro direito ou bem jurídico. Mas não se deve esquecer que as garantias e os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente “*constituem limites que o poder do Estado não pode ultrapassar. E se os ultrapassa, já não se pode falar de Direito no sentido moderno do termo: a lei que permite que o poder do Estado exceda os limites que lhe impõem as liberdades constitucionais é uma lei que não respeita o Direito, uma lei juridicamente inválida*”¹⁷.

Nada disso é levado em consideração em relação à regulamentação típica que se realiza em nosso ordenamento jurídico, no qual nosso legislador optou essencialmente por sancionar um *modelo de hostilidade*¹⁸, fundamentado na concepção de que a emissão de um discurso hostil, ferino, ofensivo, discriminatório ou antidemocrático é uma *incitação idônea* para a criação de um determinado *clima de hostilidade, aversão ou ódio* contra uma pessoa ou grupo de pessoas. Dois são os elementos centrais nesse tipo de delitos: a incitação (direta ou indireta, dependendo dos casos) que implique a idoneidade para provocar um clima de hostilidade; em consequência, será suficiente com a constatação de que, no ato comunicativo concreto, se encontra presente essa ideia hostil com “idoneidade” incitadora de um clima de hostilidade.

3.1.2. OS CONCRETOS TIPOS PENAIIS QUE SE CONFIGURAM COMO CRIMES DE EXPRESSÃO, OPINIÃO OU DISCURSO DO ÓDIO E DE PROTEÇÃO DE SENTIMENTOS

3.1.2.1. O ART. 578 CP E O CASTIGO DA OPINIÃO

discordância e a pluralidade e diversidade ideológica, cf. NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., p. 31 a 35.

¹⁷ VIVES ANTÓN. “Garantías constitucionales y terrorismo”, ob. cit., p. 28.

¹⁸ GALAN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, ob. cit., p. 307.

O ponto de partida em relação à inclusão deste modelo concreto de criminalização é a introdução do delito de exaltação e justificação do terrorismo por meio da Lei Orgânica 7/2000, de 22 de dezembro, que sanciona a emissão ou transmissão de discursos ou opiniões que louvam ou justificam os terroristas ou suas ações, ou humilham ou desmerecem as vítimas desses delitos, conforme o art. 578 do CP¹⁹, que foi interpretado como uma espécie de *apologia de segundo grau*, que exigia exclusivamente a necessidade de um *risco genérico, indireto ou circunstancial*, adequado para a criação ou favorecimento de um *clima de aceitação social do terrorismo*. A referência ao clima provoca que o crime de exaltação responda à estrutura de um crime de discurso de ódio, onde o relevante é a contribuição para a criação de um determinado clima de apoio (aos terroristas) ou de hostilidade (às vítimas)²⁰. Portanto, a fim de dotar esse tipo penal de legitimidade, um setor doutrinário sustenta a necessidade de identificar uma série de elementos que implicam um plus de desvalor ao mero ato comunicativo: a existência de uma *incitação idônea indutora* de um risco genérico para os direitos ou bens jurídicos de terceiros, que ficariam constatados com a *criação de um determinado clima social*²¹.

O primeiro dos elementos requeridos refere-se à necessidade de uma incitação que induza um perigo ou risco para os direitos ou bens jurídicos de um terceiro, entendendo-se como suficiente que essa incitação seja *indireta*, desde que resulte adequada para produzir um risco genérico para outros bens ou direitos²². Isso determinará que só poderão ser punidos pelo art. 578 do CP aqueles casos em que se constate a adequação indutora da mensagem ou

¹⁹ Este artigo foi posteriormente reformado pela LO 2/2015, de 30 de março. Sobre o tema, veja GALAN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligrosos discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018; NUÑEZ CASTAÑO, “Discurso terrorista y libertad de expresión en el delito de enaltecimiento del terrorismo”, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

²⁰ GALAN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista”, ob. cit., p. 265 e ss.; GARCIA ARROYO, “Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista, ¿el fin de las garantías del Derecho penal democrático?”, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 154 e ss.

²¹ GALAN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista”, ob. cit., p. 272-274.

²² GALAN MUÑOZ, “Redes sociales, discurso terrorista y Derecho Penal. Entre la prevención, las libertades fundamentales y ¿los negocios?”, ob. cit., p. 277 e 278.

discurso emitido para incitar a realização de atos terroristas violentos, bastando para isso que se trate de uma incitação indireta e que o risco seja genérico²³, de modo que resultaria ilegítima a punição da mera emissão da mensagem.

Sendo essa uma possível interpretação, nada impede a existência de outras, como a que entende suficiente a existência de meros atos comunicativos ou aquela que exige a incitação idônea para um clima social, ou como a que entende que somente será legítima (embora obviamente desnecessária) a incitação direta à realização de atos violentos. A diferença não reside – ao menos na minha opinião – na possibilidade de optar por uma ou outra, pois o tipo penal o permite, ao não estabelecer elementos específicos. A diferença, em verdade, reside no respeito à liberdade de expressão que decorre de cada uma delas, uma vez que as duas primeiras, por mais que insistam na adequação ou no clima social, sancionam os discursos ou expressões, enquanto a última exige um risco real ou iminente para bens jurídicos de terceiros, como incitação direta à realização de atos violentos e a perda do amparo constitucional.

É por isso que, já em relação à figura muito questionada da apologia, regulada no art. 18 do CP, exige-se a presença de uma incitação direta, respondendo com isso ao chamado *teste de Brandemburgo*, segundo o qual o Estado só pode proibir discursos quando incitam diretamente à prática de condutas típicas e sejam idôneos para incitar a tais ações²⁴. Porque nem mesmo a exigência da adequação indutora, entendida como a capacidade de quem emite o discurso de influenciar outros (os destinatários), que dependerá de várias circunstâncias históricas, sociais e políticas, será critério suficiente para identificar que tipo de discurso que exalta os terroristas ou suas ações, ou que humilha as vítimas, ficaria fora do âmbito de proteção da liberdade de expressão, por mais repulsivo ou reprovável que nos possa parecer. E a indeterminação que se deriva dos elementos mencionados de incitação e clima social implica que a identificação de quais tipos de discursos podem ser sancionados conforme o art. 578 do CP e quais não podem ficará a critério do órgão judicial que julgar o caso

²³ GALAN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista”, ob. cit., p. 293 e 294, quem rejeitava, dessa forma, aquelas interpretações que sustentavam que deveriam tratar-se de atos diretamente incitadores da prática de delitos concretos de terrorismo, cfr. ob. cit., p. 263. Na mesma linha, pronuncia-se ROLLNERT LIERN, “El enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p. 222.

²⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Desconciertos de Brandemburgo”, *Jueces para la Democracia*, n. 5, 2018, p. 15.

concreto e que, em atenção ao “clima social” ou “político” de cada momento ou mesmo às suas convicções ideológicas e/ou crenças, determinará se, de fato, corresponde ao exercício legítimo da liberdade de expressão ou não.

Críticas semelhantes podem ser feitas em relação ao segundo dos elementos mencionados: a criação de um clima social de hostilidade em relação às vítimas ou de apoio e reafirmação aos terroristas e suas ações, que poderiam induzir os receptores do discurso a realizar futuros atos violentos contra determinados coletivos. Uma primeira questão seria a própria possibilidade de conceber esses comportamentos como crimes do discurso de ódio, pois, por mais hostil ou ferino que possa ser seu conteúdo, dificilmente poderá ser percebida uma motivação discriminatória específica em relação a determinados coletivos; nem as vítimas do terrorismo nem os terroristas constituem um coletivo discriminado. As primeiras, por razões óbvias e inegáveis, recebem todo o apoio social ou institucional, e os segundos, porque o apoio de seus seguidores ou adeptos já é assegurado, sem que se sintam discriminados, mas justo o contrário. Além disso, há um segundo aspecto, que é a dificuldade de sustentar uma clara capacidade influenciadora de quem emite esse tipo de discursos em relação àqueles que os recebem.

Considero que, no afã de legitimar os crimes de expressão e, especificamente, o art. 578 do CP, parte-se de um ponto de partida equivocado ao tentar, *prima facie*, realizar uma interpretação restritiva dos diferentes elementos da figura delitiva concreta, quando, na verdade, deveria entender-se que qualquer discurso, seja qual for seu conteúdo, está amparado pela liberdade de expressão e que somente nos casos em que concorra determinadas circunstâncias (a incitação) que impliquem um risco (na minha opinião, real e iminente) para outro bem jurídico poderia ser eliminada a proteção constitucional e, conseqüentemente, sancionar o comportamento. Partindo dessa perspectiva, é assim que deveriam ser interpretados os diferentes elementos típicos, e assim, para aplicar o delito de exaltação do terrorismo, exigir-se-ia a necessidade de que exista uma incitação (direta, na minha opinião) adequada para a realização de comportamentos que impliquem um *clear and present danger* em relação a algum outro bem jurídico. Obviamente, *lege ferenda*, o adequado seria a sua

supressão ou, ao menos, modificação, que determinasse claramente a necessidade dos elementos que acabamos de expor.

3.1.2.2. A DIFUSÃO DE MENSAGENS OU CONSIGNAS TERRORISTAS (ART. 579 DO CP) E A PUNIÇÃO DO DISCURSO PÚBLICO

Outro exemplo de punição desse discurso terrorista, como modalidade do discurso de ódio, pode ser encontrado no crime contido no art. 579 do CP, que pune a difusão pública de mensagens ou consignas terroristas (art. 579.1 do CP). O primeiro dos problemas que surgiria em relação a esse tipo delitivo seria o de determinar o que deve ser considerado mensagens ou consignas terroristas, pois é preciso levar em conta que houve, pela Lei Orgânica 2/2015, uma notável ampliação do elemento teleológico do terrorismo, refletido no art. 573 do CP²⁵, que pode determinar que seja factível a punição de meros atos comunicativos difundidos publicamente que nada têm a ver com o que tradicionalmente é considerado terrorismo²⁶. Se resulta inaceitável, como se expôs ao longo deste trabalho, a mera sanção de ideias ou de sua expressão, mesmo que tenham adequação incitadora em relação ao terrorismo, quando as mensagens ou consignas nada têm a ver com ele, a criminalização do ato comunicativo, por muito que se difunda, já se torna absolutamente intolerável²⁷.

Certamente, a decisão de tipificar um comportamento concreto, ou melhor, as razões de política criminal que determinam a sanção de uma conduta concreta, ficam nas mãos dos poderes públicos²⁸, mas essas decisões tomadas pelo poder legislativo ou pelo poder político, partindo do pressuposto de que

²⁵ Ampliação que procede essencialmente da Resolução 2178 das Nações Unidas, e que também encontrou reflexo, após a reforma de 2015, na Diretiva 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho.

²⁶ RODRIGUEZ MOLINA, “La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo”, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 234.

²⁷ Destaca RODRIGUEZ MOLINA, “La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo”, ob. cit., p. 248, que esses tipos penais “*tornam-se absolutamente injustificáveis quando se referem a condutas que consistem na expressão de opiniões, pensamentos ou ideias que, podendo indiretamente apoiar ou amparar atos de terrorismo ou seus autores, não são senão o exercício da liberdade de expressão, de modo que sua sanção poderia implicar a consideração como terrorismo daquilo que é mera divergência ideológica*”.

²⁸ GONZALEZ CUSSAC, “Política y delito”, *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, nº 26, Tirant lo Blanch, 2019, p. 19.

estamos em um Estado Democrático de Direito, concebido como uma democracia não militante, têm um limite normativo insuperável: a *Constituição*²⁹ e, conseqüentemente, os direitos fundamentais nela contidos, entre eles, e de maneira prioritária, a liberdade de expressão.

Poderia parecer que o legislador, de modo algum, pensava na sanção de mensagens ou consignas que não respondessem ao que tradicionalmente se concebia como terrorismo, mas o certo é que, quer pensasse ou não (e eu acredito que sim), a interpretação sistemática da regulamentação contida no art. 579.1 de difusão de mensagens e as finalidades previstas no art. 573 do CP em relação ao terrorismo permitiram não apenas que se pensasse, mas também que se tentasse aplicar esse tipo penal a casos que nada têm a ver com sua essência.

Certamente, a regulamentação típica do art. 579.1 é mais concreta do que a do 578, mas ainda assim não fica delimitado seu conteúdo e âmbito de aplicação, reproduzindo-se as mesmas críticas que foram mantidas em relação ao preceito anterior. Se é exigido que as incitações ou provocações sejam diretas à realização de atos de terrorismo, seria uma regulamentação absolutamente desnecessária, já que esses comportamentos estariam amparados nos arts. 17 e 18 do CP; se, por outro lado, considera-se suficiente a incitação indireta e adequada para a produção de um determinado clima social, voltamos novamente à punição de sentimentos: os de hostilidade de quem emite a mensagem e os de insegurança de quem é destinatário.

Agora bem, após a reforma operada pela Lei Orgânica 2/2015, a interpretação deve ser distinta em virtude de cada um dos apartados do art. 579 do CP a que nos referimos. O terceiro inciso do preceito tipifica de maneira expressa os atos de participação tentada ao sancionar expressamente "*os demais atos de provocação, conspiração e proposição para cometer algum dos delitos regulados neste capítulo*", de modo que se produziria um concurso de leis com os arts. 17 e 18 do CP a ser resolvido em virtude do princípio da especialidade a favor do art. 579.3 do CP.³⁰ No caso do segundo inciso, poderia

²⁹ GONZALEZ CUSSAC, "Política y delito", ob. cit., p. 20.

³⁰ NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., p. 204-ss.

ser feita a mesma alegação, pois, a partir de uma interpretação sistemática do preceito, só poderia entender-se que se está referindo a casos de incitação direta (diante de numerosas pessoas), sob pena de deixar vazio de conteúdo o primeiro inciso do preceito, o que novamente teria perfeito acolhimento no art. 18.1 do CP. Assim, considero que a única interpretação possível será a de entender que o art. 579.2 do CP regula casos de incitação direta equiparável à provocação genérica do art. 18.1 do CP (com a qual, como já expus, já entraria em concurso de leis), enquanto o primeiro inciso do preceito regula os casos que impliquem ou envolvam uma incitação indireta, que acarretaria um risco potencial de realização de atos de terrorismo. Com base nisso, parece evidente que o inciso primeiro não pune comportamentos adequados para induzir outros a cometer um delito concreto que ou seriam uma apologia do art. 18 do CP ou seriam atos preparatórios puníveis do terceiro inciso; na verdade, o que estaria sendo sancionado seria uma espécie de incitação ou convocação genérica ao crime, com o claro e evidente perigo de que se acabem punindo meras condutas de adesão ideológica que tenham sido expressas publicamente. A tipificação desse comportamento é de difícil justificativa quando se trata do respeito aos direitos fundamentais.

Da perspectiva de *lege data*, e com o objetivo de evitar qualquer violação de direitos fundamentais, será imprescindível uma clara delimitação dos casos em que consignas ou mensagens que impliquem implícita ou explicitamente uma coincidência ideológica com os postulados terroristas, ou mesmo a mera difusão pública de um atentado terrorista ou a informação sobre determinados aspectos das atividades ou dos próprios terroristas, passam de um exercício da liberdade de expressão e/ou informação para se converterem em um crime de provocação terrorista, na minha opinião, no próprio sentido da provocação genérica ao crime. *De lege ferenda*, considero que o preceito deveria ser revogado por sua desnecessidade em relação aos parágrafos segundo e terceiro, já que as condutas neles reguladas teriam perfeito acolhimento nos arts. 17 e 18 do CP, e em relação ao parágrafo primeiro, porque implica uma anulação do direito fundamental à liberdade de expressão e à comunicação e transmissão de ideias e opiniões.

3.1.2.3. O ART. 510 DO CP: O DISCURSO DE ÓDIO E O CASTIGO DOS SENTIMENTOS

A Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, modifica de maneira notável a redação típica do art. 510.1, ampliando-a de maneira significativa, com uma clara e evidente violação da liberdade de expressão, uma vez que não se sanciona (ou ao menos não exclusivamente) a incitação a cometer atos ou delitos de ódio, mas sim a própria incitação a "odiar". De fato, o preceito, em seu parágrafo 1 a), pune *quem fomentar, promover ou incitar direta ou indiretamente ao ódio, hostilidade, discriminação ou violência contra um grupo*, o que implica a sanção do mero ato comunicativo. Mas ainda vai mais longe a reforma de 2015, incluindo no parágrafo 1 b) o que foi denominado de "*cadeia de difusão do discurso de incitação*"³¹.

Tudo isso está ligado a dois aspectos importantes que precisam ser ressaltados: o primeiro é que não se exige que a incitação (direta ou indireta) seja à realização de atos ou comportamentos violentos (tendo ou não efetividade, se os referidos atos são realizados ou não)³², mas sim à incitação a "sentimentos", ou seja, a fazer surgir ódio, hostilidade ou discriminação em relação a determinados coletivos; ou, o que é o mesmo, *incitar ao ódio*³³. Pode-se odiar tudo o que se quiser e até se pode transmitir esse ódio a outros sujeitos; o que não se pode é incitar, com base nesse ódio, à realização de comportamentos típicos que possam afetar um bem jurídico. No entanto, o que realmente está sendo sancionado é a incitação para fazer surgir em outros determinados sentimentos que nem mesmo precisam se manifestar externamente e muito menos se concretizar em atos de violência contra coletivos

³¹ LANDA GOROSTIZA, "El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP", *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Landa Gorostiza/Garro Carrera (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 64. Isso poderia determinar que o mero fato de retuitar um tuíte com esse tipo de conteúdo de uma terceira pessoa configurasse um delito previsto no art. 510.

³² MIRÓ LLINARES, "Derecho Penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres: El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2022, p. 722.

³³ VALENCIA CANDALIJA, *Libertad religiosa y protección de las creencias en el fútbol*, Tecnos, Madrid, 2021, p. 206

específicos. A proteção/proibição dos sentimentos dos sujeitos envolvidos, seja como vítimas ou como autores, não tem legitimidade nem fundamento em nosso ordenamento jurídico, e menos ainda pelo Direito penal³⁴. Precisamente por isso, LANDA GOROSTIZA³⁵ sustenta que a parte dos genericamente chamados delitos de ódio relacionados ao discurso é "*a mais delicada em termos de seu potencial de fricção com o livre exercício dos direitos fundamentais e, em particular, com a liberdade de expressão*".

A fim de dotar de legitimidade e, pelo menos, aportar uma aparente restrição à expansão incontrolada que a regulamentação típica determina, recorre-se à exigência de dois elementos fundamentais para interpretar o delito de discurso do ódio contido no art. 510.1 do CP: a incitação adequada e a criação de um clima de hostilidade. Dessa perspectiva, fica claro que, em essência e sem matizações adicionais, a sanção de todo discurso que se desvie do sentimento generalizado ou da moral social dominante possa ser considerada como crime pelo mero fato de ser emitido e difundido, o que torna imprescindível uma restrição do tipo penal que se sustenta na existência de um elemento tendencial que visa "*implicar setores crescentes da população em um enfrentamento coletivo*"³⁶ ou, o que é o mesmo, criar um *clima social de hostilidade*. Duas considerações: a primeira decorre da dificuldade de provar um elemento tendencial que permanece na esfera interna do sujeito, sem que se constate (nem se exija a presença) de uma exteriorização da finalidade concreta, como poderia ser a de incitar à realização de atos de violência; a segunda é um absoluto respaldo do que acaba de ser exposto, pois sustenta-se que o que se pune não é a incitação a atos de violência, mas a expansão de ideias desvaloradas³⁷.

Em uma tentativa de elidir essa desmedida amplitude interpretativa, recorre-se ao mencionado *teste de Rabat* ³⁸, no qual se exige a presença de

³⁴ LEON ALAPONT, "La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra Civil española y del franquismo", *El odio como motivación penal*, Teijón Alcalá (dir.), La Ley Wolter Kluwer, 2022, p. 214.

³⁵ LANDA GOROSTIZA, "El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP", *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Landa Gorostiza/Garro Carrera (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 221.

³⁶ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, ob. cit., p. 68.

³⁷ LANDA GOROSTIZA, "El discurso de odio criminalizado", ob. cit., p. 228.

³⁸ Plano de Ação de Rabat sobre a proibição da apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, hostilidade ou violência, de 5 de outubro de 2012.

tensões graves no contexto em que se emita o discurso, a análise da *capacidade de incitação* do emissor da mensagem, a sua *reiteração ou não*, o *meio ou modo de difusão empregado* e a *predisposição dos destinatários* para serem influenciados. Dessa proposição, derivam-se, em minha opinião, duas questões críticas: a primeira é que, novamente, se está tomando como referência meras circunstâncias potenciais e hipotéticas, que em alguns casos serão de impossível demonstração e, em outros, ficarão ao arbítrio de uma total subjetividade de quem julga ou de quem poderia ser a vítima; e, em segundo lugar, que, em nenhum momento, faz-se referência à necessidade de que se constate ao menos um potencial perigo para bens jurídicos alheios, mas tende-se a punir as mensagens com base em sua capacidade de influenciar outros e na criação de um suposto clima de hostilidade contra determinados grupos ou coletivos.

Por tudo isso, em relação ao delito do discurso do ódio contido no art. 510.1 do CP, de maneira alguma resulta possível realizar uma interpretação restritiva, pois é evidente que, para o legislador penal, resulta totalmente irrelevante o fato de que a incitação direta ou indireta que determine um clima social ou a afetação dos sentimentos de outrem implique sequer um potencial perigo de realização de atos violentos e/ou risco para interesses concretos de terceiros. Simplesmente se limita a sancionar o ato de transmitir um determinado tipo de ideias que possam convencer terceiros e que tenham como conteúdo o fato de sentir ódio, hostilidade ou discriminação em relação a outros³⁹.

Por essa razão, são numerosos os autores que, diante dessa situação, sustentam a ilegitimidade do tipo penal, na medida em que proíbe os discursos ou expressões pelo simples fato de serem adequadas para incitar ao ódio ou à hostilidade⁴⁰, pois se convertem em um potente instrumento de controle da discrepância social, política e ideológica, que atenta frontalmente contra o direito

³⁹ NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., p. 278.

⁴⁰ GALAN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, ob. cit., p. 324; ROIG TORRES, *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, ob. cit., p. 220; MIRA BENAVENT, “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, *Terrorismo y Contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Portilla Contreras/Pérez Cepeda (dir.), Ratio Legis, Universidad de Salamanca, 2016, p. 104 e 105.

à liberdade de expressão; e isso não pode ser justificado com base na existência de comentários ofensivos, repulsivos, ferinos ou hostis, pelo mero fato de serem tais, nem pela emissão de piadas de mau gosto ou por expressões críticas a um determinado sistema político⁴¹.

De lege data, a lesão do direito à liberdade de expressão está servida e, por isso, *lege ferenda*, resultaria absolutamente imprescindível exigir a derrogação desses delitos⁴².

3.1.2.4. O ASSÉDIO ANTE AS CLÍNICAS DE INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ (ART. 172 QUATER DO CP): A PUNIÇÃO DA EXPRESSÃO

São muitos os tipos penais que incidem sobre a liberdade de expressão, mas, por razões de extensão, gostaria de fazer uma breve referência a um último caso mais inovador, pois responde a uma recente reforma realizada pela Lei Orgânica 4/2022, de 12 de abril, na qual se incorpora, na sede de coações, um novo crime de assédio no art. 172 *quater* do CP, através do qual se pune expressamente quem assediar uma mulher mediante atos *molestos, ofensivos*,

⁴¹ CABELLOS ESPIERREZ, “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 112, enero-abril, 2018, p. 82; CORRECHER MIRA, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 27, 2017, p. 15 e 16; GALAN MUÑOZ, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal”, ob. cit., p. 47.

⁴² Sustentam a necessidade de sua supressão, entre outros, DIAZ Y GARCIA DE CONLLEDO, “El discurso del odio y el delito de odio”, ob. cit., p. 20; ALASTUEY DORON, “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 1995”, ob. cit., p.; MIRO LLINARES, “Derecho penal y 140 caracteres”, ob. cit., p. 52; ALCACER GUIRAO, “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, ob. cit., p. 26; MIRA BENAVENT, “El delito de enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p.317; CABELLOS ESPIERREZ, “Libertad de expresión y límites penales”, ob. cit., p. 47; CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico”, ob. cit., p. 1425; LEON ALAPONT, “Enaltecimiento y apología del franquismo”, ob. cit., p. 82; também dele, “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 24-01, 2022, p. 37; PASTRANA SANCHEZ, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 274; MENENDEZ CONCA, “Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática”, *Revista de Derecho Penal y criminología*, 3ª época, nº 22, 2019., p. 100; PENA GONZALEZ, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y el principio de lesividad”, *La Ley 8050/2019*, p. 7; PORTILLA CONTRERAS, “El retorno de la censura”, ob. cit., p. 92; também dele, “La represión penal del «discurso del odio»”, p. 723; ROIG TORRES, “El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán”, ob. cit., p. 23; também dela, “El delito de apología y exaltación del franquismo”, ob. cit., p. 5; CUERDA ARNAU, “Proporcionalidad y libertad de expresión”, ob. cit., p. 7.

intimidatórios ou coercitivos que diminuam sua liberdade, desde que isso seja realizado com a *finalidade de obstaculizar a interrupção voluntária da gravidez*.

A *ratio criminis* deste preceito concreto e, na minha opinião, altamente questionável, encontra-se na situação provocada pelas manifestações diante das clínicas de interrupção da gravidez, organizadas por determinados coletivos ou até mesmo de maneira individual, que, posicionando-se em frente a estas, rezavam, levavam cartazes, proferiam insultos ou ameaças etc. Em minha opinião, embora a regulamentação afete diretamente direitos fundamentais daqueles que não compartilham a ideia de permitir a prática do aborto, essencialmente a liberdade de expressão (que, como já mencionamos, também abrange o fato de tentar convencer outro da correção de suas ideias), a argumentação apresentada no Preâmbulo da mencionada Lei não apenas é abertamente criticável por não oferecer um fundamento válido para a tipificação expressa dessa conduta, exceto a afetação da liberdade da pessoa, que já estava amparada no ordenamento jurídico, mas também não coincide com o que posteriormente se sustenta no preceito, por exemplo, não estabelece nenhuma *zona de segurança*.

Em primeiro lugar, o novo crime de assédio está regulado entre os delitos de coação, ou seja, os delitos contra a liberdade. Dessa forma, a finalidade, e isso vem expressamente contido no preceito, de quem realiza as diversas condutas típicas deve ser a de vulnerar a liberdade de quem comparece ou trabalha nas clínicas de interrupção da gravidez, com o objetivo de *obstaculizar o exercício do direito à interrupção*. Segundo o dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, "obstaculizar" deve ser entendido como *impedir ou dificultar a consecução de um propósito*, de modo que necessariamente a conduta levada a cabo deve perseguir direta e claramente esse objetivo e não outro diverso, como poderia ser convencer ou influenciar na decisão tomada para modificá-la, isso sim, sem recorrer a meios ilícitos e/ou violentos. Que a finalidade de quem realiza esse tipo de manifestações e condutas é *evitar* que ocorra o aborto é inegável, mas igualmente inegável é o direito que têm de manifestar sua opinião contrária e tentar evitá-lo por meio de atos comunicativos de expressão de ideias (palavras de ordem, cartazes, lemas, rezas etc.). Para que se possa apreciar a

concorrência desse tipo penal e, em respeito ao princípio constitucional da *proibição de excesso*, deve-se exigir que os atos diminuam efetivamente a liberdade das pessoas no exercício de seus direitos ou de sua profissão ou ofício⁴³.

Isso nos leva ao segundo problema, que é a mistura de comportamentos que é feita de maneira indistinta (na verdade, parece ser uma nova tendência que o legislador tem adotado nos últimos anos) ao equiparar *atos molestos e ofensivos* com *atos intimidatórios ou coercitivos*. Não são o mesmo e não podem ser, pois, por mais que se tentem fazer interpretações restritivas de um e/ou de outro, não se poderá chegar a uma equiparação no significado que implicam. Uns são meros atos comunicativos de expressão e transmissão de ideias, e outros são atos de ameaças ou coações que, por si mesmos, já configuram um tipo penal. Em outras palavras, se alguma das condutas realizadas pelos indivíduos diante das mencionadas clínicas consistir em intimidar, ameaçar ou coagir as pessoas que se dirigem a elas, com a finalidade de afetar ou lesionar sua liberdade, impedindo-as de realizar o que têm o direito, não seria necessária a regulamentação específica desse tipo penal, pois poderiam perfeitamente ser aplicados os delitos de coação e/ou ameaças, dependendo dos casos. Por exemplo, se um ou mais manifestantes ameaçarem as pessoas que se dirigem aos centros, informando que, se entrarem, terão algum tipo de consequência ao saírem, ou tentam segurá-las ou bloqueiam a porta para impedir o acesso, não seria necessário o novo delito do art. 172 *quater*, pois os delitos dos arts. 169 e seguintes e 172 poderiam ser perfeitamente aplicáveis, conforme as condutas realizadas. O mesmo pode ser dito se as expressões proferidas constituíssem um ataque direto à honra, como, por exemplo, chamá-las de "assassinas" ou "genocidas", podendo ser aplicados, em relação a esses comportamentos, os delitos de injúria. Em suma, considero que, ao menos os atos mais graves e lesivos, já estavam contemplados para poder ser sancionados pelo ordenamento jurídico, salvaguardando, assim, tanto o direito à liberdade quanto a honra de quem acude às mencionadas clínicas.

⁴³ CUERDA ARNAU, *Derecho penal, Parte especial*, 7ª ed., González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 199.

Mas existe um segundo grupo de condutas que o legislador define como *atos molestos e ofensivos* e que, de fato, são a que se refere especificamente no Preâmbulo da Lei Orgânica 4/2022, ou seja, *abordar mulheres com fotografias de fetos de brinquedo e proclamações contra o aborto antes que entrem na clínica*. Em primeiro lugar, deve-se determinar o que se pretende significar com *abordar*, de modo que, se isso implica algum ato coercitivo, ameaçador ou intimidatório, valeria o exposto no parágrafo anterior. Caso contrário, ou seja, se os fatos consistirem em levar cartazes com fotografias de fetos mortos ou brinquedos idênticos, ou gritar palavras de ordem contra o aborto ou simplesmente rezar, mas sem realizar qualquer comportamento de acometimento direto contra as pessoas que acessam os centros, na minha opinião, desapareceria a potencial afetação da liberdade, para aparecer um novo *sentimento de perturbação, desconforto ou incômodo* que a pessoa em questão possa sentir. Em alguns casos, essa pessoa sentirá, em outros não. Mas, de modo algum, pode-se alegar que com isso se obstrua ou impeça a prática do aborto; trata-se, na verdade, de expressar ideias (contrárias à realização dessas práticas) tão legítimas (por mais que não as compartilhemos) quanto qualquer outra, e que *tentam influenciar ou convencer* outra pessoa por meios não coercitivos ou intimidatórios a fim de que mude sua decisão e, assim, evite levar a cabo a interrupção da gravidez. O que sim, se pode afirmar é que a expressão desses atos comunicativos pode (e geralmente o faz) ocasionar um *sentimento de hostilidade, perturbação ou incômodo* no sujeito a quem se destinam, mas, com isso, voltamos a perder a perspectiva de proteção de bens jurídicos para passar a amparar *sentimentos*.

O terceiro ponto a ser mencionado, em relação à incongruência entre o que é estabelecido no Preâmbulo e a regulamentação específica do tipo penal, refere-se às chamadas *zonas de segurança*. Parece derivar-se dessa afirmação que a realização de determinadas condutas seria proibida em um ambiente físico específico ao redor das clínicas, com o objetivo de assegurar a confidencialidade e a tranquilidade. No entanto, de modo algum o preceito faz referência a tal aspecto; ao contrário, tanto o primeiro parágrafo (referente às mulheres) quanto o segundo (relativo ao pessoal de saúde ou médico) não contêm qualquer

elemento relacionado ao espaço físico em que possam ocorrer atos molestos, ofensivos, intimidatórios ou coercitivos. Em suma, pareceria que se busca impedir que esse tipo de manifestação ocorra diante dos centros ou em suas proximidades, mas tal afirmação não encontra respaldo na redação do tipo penal. Tampouco entendo que essa limitação espacial pudesse ser legitimada pela Constituição, uma vez que isso implicaria não apenas a restrição do direito à liberdade de expressão já imposta por esse preceito, mas também dos direitos de manifestação e reunião, os quais, salvo por motivos de ordem pública, não podem ser espacialmente limitados.

Em síntese, como destaca CUERDA ARNAU⁴⁴, *“trata-se de uma opção político-criminal que não responde a razões de estrita necessidade”* e cuja incorporação não se mostrava necessária⁴⁵. De fato, como já foi mencionado, talvez de forma excessivamente reiterada, a tolerância com as opiniões alheias, independentemente de seu conteúdo, relevância ou alcance — e mesmo diante da existência de certo grau de agressividade verbal — é a essência de um sistema democrático. Como aponta corretamente LASCURAIN SANCHEZ⁴⁶, *“essa tolerância tem uma peculiar dimensão para o legislador penal, manifestando-se sob a forma de inação inclusive quem se quando quem se expressa o faz com um excesso ilícito”*. E certamente, pode ser que não concordemos com ações que perturbam mulheres no exercício de um direito amparado pela lei e carregado de alta conotação emocional, mas isso — ou seja, tentar evitar esse sentimento de perturbação ou incômodo — não constitui, de forma alguma, fundamento para a violação ou supressão do exercício de direitos fundamentais. Correta ou não, compartilhável ou não, sua opinião permanece como exercício legítimo da liberdade de expressão.

⁴⁴ CUERDA ARNAU, *ibidem*.

⁴⁵ Assinala LASCURAIN SANCHEZ, El delito de rezar, *Diario El Mundo*, 19 de maio de 2022, que o fato de se concordar ou não com as condutas de outros e de se considerar uma falta de urbanidade, educação ou empatia com os demais a realização de escraches, gritos de consignas ou orações em frente a clínicas de aborto, não fundamenta sua criminalização, pois *“enviar à prisão cidadãos que expressam e manifestam suas opiniões políticas dessa forma é um passo gigantesco — aquele que nos leva às fronteiras do antidemocrático”*.

⁴⁶ LASCURAIN SANCHEZ, El delito de rezar, *Diario El Mundo*, 19 de mayo de 2022.

3.1.3. O DIREITO A NÃO DECLARAR CONTRA SI MESMO E A NÃO SE DECLARAR CULPADO: O CASTIGO DO SILENCIO E A FALTA DE COLABORAÇÃO ⁴⁷

3.1.3.1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE NÃO DECLARAR CONTRA SI MESMO E DE NÃO SE DECLARAR CULPADO.

São muitos os direitos que diretamente são violados ou, ao menos, flexibilizados em prol de algo tão etéreo ou indeterminável quanto a tranquilidade da sociedade ou, o que é mais perigoso, a conformidade com a moral social dominante. Um exemplo claro de condutas rejeitadas e reprovadas pela sociedade, seja pelo sofrimento que podem causar, seja pela falta de colaboração com a Administração de Justiça que acarretam, são os dois tipos penais aos quais farei referência neste ponto e que, em minha opinião, suprimem completamente o direito previsto no art. 24.2 da Constituição Espanhola (CE) de *não declarar contra si mesmo e de não se declarar culpado*. Em essência, ao realizarmos uma breve análise de cada uma dessas figuras delitivas, ficará evidente que não há um bem jurídico concreto a ser protegido (seja porque já está resguardado por outros tipos penais, seja porque não é possível identificar qualquer interesse individual passível de proteção), e o que, em essência, servirá de fundamento para sua regulamentação penal será a falta de empatia ou solidariedade com as vítimas ou seus familiares, ou a ausência de colaboração com a administração na investigação de outro delito. Como exporei, em minha opinião, seja quem seja aquele que não colabore ou demonstre empatia (tanto se for o autor do delito prévio, como alguém que, conhecendo-o, não o comunica, o que implicaria um delito de encobrimento), o silêncio constitui apenas o exercício legítimo de um direito fundamental, reconhecido constitucionalmente no art. 24.2 CE, de não declarar contra si mesmo e de não se declarar culpado.

⁴⁷ Nota da tradutora: embora os direitos em questão sejam uma manifestação evidente do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que encontra correspondência específica no vocabulário jurídico do português brasileiro, foi mantida a tradução literal da Constituição Espanhola, com a finalidade de preservar o significado pleno do texto original da autora.

Obviamente, o exercício desse direito inegavelmente obstaculizará a investigação e o possível julgamento de outras condutas delitivas. No entanto, trata-se de um direito constitucional que, mesmo ao dificultar a atividade da Administração de Justiça, a investigação ou a descoberta de outros delitos, não perde sua proteção constitucional. Pelo contrário, é precisamente essa proteção que fundamenta o Estado de Direito. Sob essa perspectiva, manter o silêncio não ultrapassa, de forma alguma, os limites do direito previsto no art. 24.2 CE; pelo contrário, constitui a própria essência desse direito. Dessa perspectiva, *guardar silêncio* não excede, em momento algum, o contorno do direito contido no art. 24.2 da CE, senão, ao contrário, é sua essência⁴⁸.

Certamente, a doutrina se mostrou plural ao interpretar esse direito⁴⁹, entendendo que estão diretamente vinculados o direito à defesa, ao silêncio, a não declarar ou a declarar falsamente, à assistência letrada, a não ser obrigado a se declarar culpado ou a fornecer informações que facilitem a investigação de um delito no qual possa ter participado⁵⁰; assim, existe consenso doutrinário quanto à relação direta entre o direito de não declarar contra si mesmo e o direito ao silêncio⁵¹, de modo que se entende que a inexistência de uma obrigação de declarar (direito de não declarar contra si mesmo) implica o direito de permanecer em silêncio, de não responder perguntas, de responder apenas a algumas ou a determinados questionamentos dos agentes, com a finalidade (legítima sob a perspectiva do direito de defesa) de impedir a formação de um material probatório para a investigação e julgamento do delito⁵². Consequentemente, para os tipos penais que abordaremos, o direito ao silêncio ou de não declarar contra si mesmo está diretamente ligado ao *direito a não*

⁴⁸ Aponta o Tribunal Constitucional, na Sentença 127/2000, de 16 de maio, no seu Fundamento Jurídico Quarto, que “o direito a não contribuir com a própria incriminação é um componente do direito a guardar silêncio, a genérica advertência do direito a guardar silêncio pode ser considerada compreensiva da informação de que, ao declarante, assiste o direito a não declarar contra si mesmo e não se confessar culpado”.

⁴⁹ Vide, por todos, GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 263-ss.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal del enemigo”, *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 3, *Stuidia Ivridica*, Universidad de Coimbra, 2009, p. 1013 e 1014.

⁵¹ GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, cit., p. 264 e ss., e 271 e ss.

⁵² JARIA I MANZANO, “La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales”, *Derecho Penal Constitucional*, Quintero Olivares (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 200.

*colaborar*⁵³, referindo-se ao direito de uma pessoa de não ajudar outros a alcançar um objetivo, em especial, o *dereito do acusado de não auxiliar a acusação a lograr sua condenação*⁵⁴; e tudo isso abarcaria tanto uma atitude passiva quanto qualquer iniciativa ou ação que tenha por finalidade obstaculizar a investigação ou o processo.

Por isso, GALLARDO ROSADO⁵⁵ considera que do direito de não se autoincriminar derivam três consequências: a faculdade do imputado de se abster de falar, a voluntariedade de sua declaração e a liberdade de decidir durante sua declaração. Essas prerrogativas podem ser exercidas perante qualquer autoridade no que diz respeito à potencial prática de um ato delitivo, de modo que o delito deve ser provado sem que o investigado ou detido precise fornecer elementos para tal. O autor destaca que *“a colaboração do acusado ao prestar sua declaração depende exclusivamente da vontade que ele próprio tenha de utilizar esse instrumento declaratório como meio de defesa, de tal forma que não é possível obrigá-lo a manifestar nem seu pensamento nem um conteúdo específico deste com a finalidade de favorecer os objetivos da investigação”*⁵⁶.

A consequência, em minha opinião, é clara: de nenhuma forma se pode obrigar, pressionar ou coagir um sujeito a fornecer informações ou dados que possam implicar autoincriminação de qualquer tipo ou categoria. Outra coisa distinta violaria de maneira clara e direta o direito de defesa e todas as suas manifestações, em especial o direito ao silêncio, sobre o qual não existem limites nem temporais nem de conteúdo. E justamente por isso, resulta altamente questionável a possibilidade de incluir tipos delitivos cujo conteúdo essencial radica concretamente em guardar silêncio, ou seja, no exercício legítimo de um

⁵³ GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, cit., p. 278 e 279.

⁵⁴ MORENO CATENA, “Sobre la presunción de inocencia”, *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Publicaciones de la Universidad Jaume I, 2015, p. 889, onde destaca que o direito ao silêncio se configura como um elemento básico tanto do direito de defesa e da não autoincriminação, como do direito à presunção de inocência..

⁵⁵ GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, cit., p. 285 e 286.

⁵⁶ GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, cit., p. 289.

direito fundamental. A pergunta é imediata: como pode ser crime o exercício de um direito protegido constitucionalmente dentro dos parâmetros legais previstos para tal?

Pois é possível, e isso é possível porque assim foi estabelecido pela LO 14/2022, de 23 de dezembro, ao incorporar ao nosso ordenamento jurídico duas figuras delitivas cujo elemento essencial é justamente o exercício do direito de não declarar contra si mesmo e de permanecer em silêncio, o que implica a falta de colaboração com a administração e a investigação dos delitos: uma modalidade de delito contra a integridade moral por ocultar informações sobre o paradeiro de um cadáver (art. 173.1, parágrafo segundo do Código Penal) e o novo delito de enriquecimento sem causa (art. 438 bis do Código Penal). Assim, o exercício de um direito fundamental passaria a ser considerado crime.

3.1.4. OS TIPOS PENAIIS QUE TIPIFICAM COMO DELITO O NÃO DECLARAR CONTRA SI MESMO E GUARDAR SILÊNCIO

3.1.4.1. OCULTAR INFORMAÇÃO SOBRE O PARADEIRO DO CADÁVER

A LO 14/2022 sanciona, no parágrafo segundo do art. 173.1 do Código Penal, como uma modalidade de crime contra a integridade moral, aqueles que, *tendo conhecimento do paradeiro do cadáver de uma pessoa, ocultem de forma reiterada essa informação dos seus familiares ou pessoas próximas*. Não posso deixar de transcrever algumas das argumentações apresentadas no Apartado IV do Preâmbulo da referida Lei como justificativa para a introdução dessa figura delitiva, pois, em alguns aspectos, são pelo menos rocambolescas e confusas.

Em primeiro lugar, afirma-se, por duas vezes, que se trata de uma figura agravada em relação à prevista no parágrafo primeiro do art. 173.1 do Código Penal, quando, na verdade, o parágrafo segundo começa afirmando que “igual pena será imposta...”, logicamente com igual pena se refere à prevista no parágrafo primeiro, que é o que, sim, estabelece um concreto marco penal, ainda que este seja talvez o menor dos problemas. O passo seguinte que se tenta dar no Preâmbulo é a identificação de um bem jurídico, tarefa que, aliás, resultaria desnecessária, já que, ao ser incluído como um crime contra a integridade moral,

esse deveria ser o bem jurídico protegido⁵⁷; mas assinala o texto legal que se castiga a ocultação do cadáver *“atendendo ao sofrimento que tal conduta possa causar aos familiares ou pessoas próximas da pessoa falecida. (...) Esta modificação obedece ao fato de que, quando ocorre a morte de um familiar ou pessoa próxima, a impossibilidade de dispor do corpo para realizar as honras fúnebres, prescritas por nossas tradições sociais e religiosas, causa uma dor adicional, especialmente agravada quando essa situação é provocada por um terceiro que deliberadamente oculta o cadáver. Assim, em alguns casos notórios nos quais os responsáveis por um homicídio ou assassinato se negaram a revelar o paradeiro do cadáver de sua vítima — mesmo já tendo sido condenados de forma definitiva e, portanto, sem que a revelação do paradeiro pudesse acarretar-lhes qualquer prejuízo penal —, ocorre uma ação que causa um dano específico aos familiares e pessoas próximas da vítima e que é particularmente reprovável”*⁵⁸ e, continua assinalando, que *“resulta necessário que, nesses e em outros casos semelhantes, o ato de ocultar o cadáver seja penalmente punido, independentemente da pena que corresponda, por sua vez, ao delito prévio que tenha causado a morte, pois se trata de um injusto adicional que merece uma resposta penal diferenciada”*. Vamos por partes, pois, em minha opinião, não seria possível indicar maior quantidade de inconsistências e incoerências jurídico-penais em tão pouco espaço.

Em primeiro lugar, parece que se identifica o objeto de tutela com o *sofrimento que o fato de não dispor do corpo da vítima pode ocasionar aos seus familiares*; novamente estamos diante de uma proteção do que não é senão um

⁵⁷ Diversa é a questão de saber se, como se analisará a seguir, a conduta descrita realmente pode ou não afetar, por si só, a integridade moral e, mesmo nos casos em que essa ofensa seja aceitável, se ela poderia ser considerada delito, uma vez que envolve o exercício de um direito fundamental, como o direito ao silêncio neste caso.

⁵⁸ Refere-se ao Caso Marta del Castillo, em que o problema não foi ocultar o cadáver, nem se recusarem a indicar seu paradeiro, mas as diferentes versões contraditórias que surgiram, o que resultou na aplicação de um delito contra a integridade moral devido ao *aumento voluntário da angústia dos familiares, decorrente da prolongada incerteza. Essa situação, indubitavelmente, agravou o sofrimento psíquico ou moral das vítimas, resultante das constantes mudanças nas declarações do acusado sobre o destino do corpo*, conforme sustentado pela STS 62/2013, de 29 de janeiro (Tol 3010065). No entanto, cabe destacar que a SAP de Sevilla 1/2012, de 13 de janeiro (Tol 2337688), referente ao mesmo caso, entendeu que não cabia caracterizar o delito contra a integridade, pois não foi comprovado que o autor *“teve a intenção de desonrar, envilecer e humilhar os familiares diretos da menor”*.

sentimento, neste caso sofrer. Se o que se pretende argumentar é que isso afeta a integridade moral, deve ser algo mais do que o mero sofrimento derivado da própria perda de um familiar de maneira violenta e da impossibilidade de encontrar seu cadáver, algum tipo de desvalor distinto à mera ocultação do cadáver e, ainda mais, algum tipo de desvalor acrescentado ao silêncio quanto ao seu paradeiro, mesmo que mantido de maneira reiterada. Trata-se de que o tipo penal só terá sentido quando a conduta realizada afetar claramente a integridade moral de outra pessoa⁵⁹, o que de modo algum pode ser sustentado em relação ao fato de ocultação do cadáver e ao silêncio, mesmo reiterado, de quem conhece seu paradeiro. Em primeiro lugar, porque a conduta, por si só, está claramente inserida no direito de defesa, no direito de não declarar contra si mesmo e no direito de permanecer em silêncio, e o exercício legítimo de um direito, por mais que possa causar maior dor ou sofrimento a outros, está amparado pela Constituição Espanhola; em segundo lugar, porque o ataque à integridade moral exige mais elementos que a mera realização da conduta descrita no tipo penal, isto é, ocultar de maneira reiterada a informação sobre o paradeiro do cadáver aos seus familiares, sendo necessária a nota de gravidade que deve ser constatada em todas as modalidades de delitos contra a integridade moral, de modo que fariam de fora condutas que podem gerar dor, mal-estar ou desassossego, mas que não possuem a relevância suficiente para constituir um atentado contra a integridade moral⁶⁰, e, além disso, a intenção do sujeito de atentar contra a dignidade, provocar humilhação e vexame nos familiares. E nenhum desses elementos pode ser deduzido automaticamente da realização da conduta descrita no tipo penal.

De fato, a incorporação dessa figura delitiva, como já foi exposto, responde à situação ocasionada no conhecido Caso Marta del Castillo, mas nele, quando o Tribunal Supremo condena por um delito contra a integridade moral, não o faz por ter ocultado o cadáver, nem por manter silêncio reiterado sobre

⁵⁹Assim, segundo a STS 561/2021, de 24 de junho (Tol 8505319), a integridade moral corresponde ao 'direito de não receber de outrem um tratamento que possa gerar uma situação de humilhação, objetificação ou envilecimento'. Isso implica a necessidade de que ocorra: a) um ato com conteúdo claramente vexatório para o sujeito passivo do delito, b) um sofrimento físico ou psíquico desse sujeito e c) um comportamento que seja degradante ou humilhante e afete a dignidade da pessoa afetada pelo delito.

⁶⁰ CUERDA ARNAU, "El nuevo delito contra la integridad moral", *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 26.

seu paradeiro, mas justamente pelo contrário, por "falar demais", dando versões sucessivas e diferentes sobre o paradeiro. O sofrimento e o atentado à dignidade não residem na ocultação ou no silêncio reiterado, mas, como assinala a STS 62/2013 (Tol 3010065), nas *"variações sucessivas do acusado sobre o destino do cadáver (...)* O determinante do ilícito em questão é, em qualquer caso, esse *incremento voluntário da dor dos familiares (...)* Gerando contínuas expectativas quanto à possível localização do corpo, sucessivamente frustradas, e sendo tal resultado conhecido «ex ante» pelo acusado, na medida em que ele sabia da falta de certeza de suas próprias declarações, feriu a integridade moral das vítimas (...) Ao dano moral inerente à perda de um familiar tão direto, ainda mais quando sua morte não é de etiologia accidental, mas violenta, soma-se, neste caso, a dor derivada dessas versões cambiantes sobre o ocorrido e sobre seu paradeiro, alheias ao autoencobrimento inerente ao direito de defesa, desprezando os sentimentos e a dignidade das vítimas"⁶¹, reconhecendo com isso que o silêncio em si mesmo, mesmo reiterado, responde ao direito de defesa e, mais especificamente, ao direito de não declarar contra si mesmo⁶². Por isso, afirma CUERDA ARNAU⁶³ que *"são esses matizes – e não a mera ocultação – que, da perspectiva da integridade moral, permitem considerar que, por um lado, essa conduta representa um grave e absoluto desprezo pelos entes próximos da vítima e, por outro, transcende os limites do direito de defesa e pode, por conseguinte, ser objeto de sanção penal"*, ao que deveria ser acrescentado, em minha opinião, não apenas a mera ocultação do cadáver, mas também o silêncio reiterado.

⁶¹ Negrito da autora.

⁶² De fato, a mencionada Sentença continua afirmando que *"o desvalor do maltrato que, com sua conduta ao longo do processo, foi causando projetou-se sobre os envolvidos, convertendo-os em vítimas de um tratamento vexatório que, sendo contínuo e persistente no tempo, gerou-lhes um grave sofrimento não só físico, mas especialmente psíquico, com evidente lesão à sua integridade moral. Esse dano aparece refletido no relato factual quando se associa a crueldade dessas versões cambiantes sobre o paradeiro ao resultado final de não poder dar sepultura, «causando, se possível, maior dor» ao já existente com a morte da menor (...)* Houve, portanto, um ataque efetivo ao bem jurídico que a norma analisada busca proteger e que esta Sala entende como manifestação direta da dignidade humana (arts. 10 e 15 CE)". Como se observa, o fundamento da punição por um delito contra a integridade moral reside no aumento do sofrimento causado intencionalmente ao fornecer versões divergentes sobre o assunto, pois, seguindo o Tribunal, tudo isso era desnecessário para o exercício do direito de defesa, mas, obviamente, não se limita ao simples ato de ocultar um cadáver ou de guardar silêncio de forma reiterada.

⁶³ CUERDA ARNAU, "El nuevo delito contra la integridad moral", ob. cit., p. 28.

Porque, na realidade, o tipo penal, independentemente do que se consigne na rocambolesca e incoerente fundamentação contida no Apartado IV do Preâmbulo, não pune a ocultação do cadáver, e não o faz porque não pode fazê-lo, pois, sustente-se o que se sustentar, por essa conduta não existe nenhuma injustiça adicional; trata-se de um ato posterior coapenado em relação ao atentado contra a vida, uma vez que estamos diante de um caso de autoencobrimento do delito cometido que, por razões evidentes, é impune na medida em que não afeta nenhum outro bem jurídico distinto da própria vida e porque, em essência, obstaculizar a descoberta do delito e das circunstâncias que o rodearam faz parte do direito genérico de defesa amparado pela Constituição Espanhola.

O que de fato se pune é o silêncio reiterado na medida em que se refere à ocultação da informação (não do corpo) sobre o paradeiro do cadáver, no caso de conhecê-la. Observa CUERDA ARNAU⁶⁴ que a *ocultação* à qual se refere o parágrafo segundo do art. 173.1 CP pode ser levada a cabo de distintas formas, mediante uma afirmação mentirosa, disfarçando a verdade ou a que, em minha opinião, pode ser mais habitual, por um comportamento omissivo que consiste em calar ou silenciar. Todas essas são formas essas são formas adequadas de comissão da ocultação a que faz referência o tipo penal, o problema é que todas elas são também formas adequadas de exercer legitimamente, como já expusemos, o direito de não declarar contra si mesmo, de guardar silêncio e o direito de defesa. Certamente, essa afirmação, enquanto autoencobrimento, resulta inegável a respeito dos autores e/ou partícipes no delito contra a vida prévio, à medida em que se encontram diretamente amparados pelo art. 24 da CE; o problema seria a respeito de terceiros alheios à morte porque, no caso de conhecerem o paradeiro do cadáver e o ocultarem, mais que cometer este delito, estaríamos diante de uma hipótese de encobrimento punível, salvo no caso dos familiares aos que se refere o art. 454 CP. Sustenta neste caso CUERDA ARNAU⁶⁵ que estaríamos diante de um concurso formal de delitos, já que “o objeto de tutela de ambas as infrações é distinto e não cabe estimar que estejamos diante de atos coapenados”; o problema, na minha opinião, é duplo:

⁶⁴ CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, ob. cit., p. 23 e ss.

⁶⁵ CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, ob. cit., p. 32.

em primeiro lugar, não fica claro qual é o bem jurídico ou objeto de tutela protegido no parágrafo segundo do art. 173.1 CP, porquanto a respeito do comportamento descrito nele, que mencionamos de diversas e reiteradas versões contraditórias e incertas que ocasionam maior sofrimento e humilhação aos familiares, não se pode identificar claramente um bem jurídico; e, em segundo lugar, porque ao aceitar a existência de distintos objetos de tutela, poderia perfeitamente alegar-se que a ocultação típica do art. 173.1 do CP pode configurar um autoencobrimento do delito de encobrimento do art. 451 do CP, e, conseqüentemente, poderíamos estar novamente diante do exercício do direito de defesa. E a isso se une um terceiro problema, que seria a possibilidade de entender que todos os casos em que haja um delito de encobrimento material, ajudando a ocultar o cadáver, de maneira automática se produza o delito do art. 173 em concurso. Na minha opinião, o que estaria em questão seria um concurso de leis a ser resolvido a favor do delito de encobrimento, que, entre outras coisas, possui um objeto de tutela claro, qual seja, a administração da justiça. E em relação aos familiares que ficam isentos de pena no caso de encobrimento em virtude do art. 454 do CP, acredito que tampouco seria aplicável o delito contido no art. 173.1, pois o mesmo fundamento da exclusão de pena do art. 454 seria transferível ao delito de ocultação de cadáver.

Tampouco o elemento seguinte que se observa no tipo penal permite enfraquecer a lesão do direito genérico de defesa que está sendo analisado, pelo menos a respeito dos casos nos que se mantém um silêncio reiterado ou, inclusive, quando se mente de maneira reiterada, mas mantendo a todo momento a mesma versão, pois isso não daria lugar, como vimos que sustenta o Tribunal Supremo, a uma afetação da integridade moral, distinta do sofrimento próprio de perder um ente querido e desconhecer onde se encontra seu corpo. Quer dizer, deve implicar, em primeiro lugar, uma gravidade do comportamento e, em segundo lugar, um específico desvalor distinto e diferente da perda do familiar e não saber onde se encontra; tal como observa CUERDA ARNAU⁶⁶ *“não basta qualquer ocultação em sentido estritamente literal, pois a vileza e o*

⁶⁶ CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, ob. cit., p. 26.

caráter humilhante inerente a todo ato contrário à integridade moral não dependem apenas do ato de ocultação, mas também do modo e do contexto em que este se produz”.

Sob a perspectiva de tudo o exposto, em minha opinião, resulta evidente que o novo delito introduzido pela LO 14/2022 viola, de maneira direta e total, os direitos fundamentais contidos no art. 24.2 da CE, aos quais fizemos referência reiterada, uma vez que o autoencobrimento consistente na ocultação do corpo em um delito contra a vida deve ser impune, pois não é possível exigir que o investigado ou acusado se autoincrimine nem colabore com a justiça para facilitar sua incriminação. E, em consequência, todo tipo de coerção de um testemunho contra si mesmo deveria ser vedado quanto à intervenção do legislador, e, portanto, toda previsão legal (este delito em específico) deveria ser considerada inconstitucional por violar direitos fundamentais. E isso poderia ser afirmado tanto em relação àquele que silencia reiteradamente quanto àquele que sustenta uma versão incerta reiteradamente; apenas quando de maneira ativa são realizadas condutas em que possam estar envolvidos outros elementos adicionais (diversas versões que provocam expectativas continuamente frustradas, confissões voltadas à humilhação e vexação dos familiares) poderia se afirmar que não correspondem ao direito de defesa, mas para isso não seria necessária a regulação específica deste tipo penal, pois já poderia ser sancionado de acordo com o primeiro parágrafo do art. 173.1 CP como delito contra a integridade moral⁶⁷.

3.1.4.2. O DELITO DE ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO

⁶⁷ Precisamente por isso, CUERDA ARNAU, em 'El nuevo delito contra la integridad moral', ob. cit., p. 37, concorda com a resolução do Tribunal Supremo no caso Marta del Castillo ao entender que o fato de '*oferecer reiteradamente versões falsas sobre o paradeiro do corpo é completamente desnecessário para exercer o direito constitucional e, ao contrário, representa um absoluto desprezo pela dignidade dos familiares e parentes próximos, cujo sofrimento pela morte é intensificado não apenas por não conseguirem encerrar o luto, mas também pelas expectativas frustradas de poder fazê-lo a partir de cada nova declaração*'. No entanto, a autora discorda da decisão no Caso de Gabriel (Ana Julia Quezada), STS 701/2020, de 16 de dezembro (Tol 7018241593), porque considera que '*a atuação exagerada e o fingimento por parte da autora da morte do menino, embora não sejam estritamente necessários em termos de defesa, são uma estratégia para mascarar a própria responsabilidade e confundir os investigadores, não parecendo visar um desprezo mesquinho e cruel pela dignidade dos familiares*'.

De forma muito breve, gostaria também de fazer referência ao novo delito incorporado no art. 438 bis CP pela LO 14/2022, relativo ao denominado enriquecimento injustificado⁶⁸, que sanciona a autoridade que, existindo diversas circunstâncias, *se negue abertamente a dar o devido cumprimento aos requerimentos dos órgãos competentes destinados a comprovar sua justificação*, configurando-se, assim, como um delito de desobediência e que, em minha opinião, também pode implicar a violação do direito de não autoincriminar-se.

RAGA RIVES⁶⁹ entende, acertadamente neste ponto, o que o novo delito não sanciona pela posse ilícita de bens, senão pela negativa reiterada a responder aos requerimentos dos órgãos competentes, e nisso se separa claramente nossa normativa das recomendações de origem supranacional. Obviamente, a posse de bens injustificado a respeito dos quais se presume origem ilícita já encontra perfeito acômodo no delito de lavagem, o que implicaria que, ao ser esta a conduta sancionada, nos encontrássemos diante de uma evidente sobreposição de normas penais, mediante a aplicação da perda de bens ou mesmo mediante figuras administrativas. De fato, o que a maior parte dos países do nosso entorno sanciona de diversas maneiras é a *posse injustificada* de bens⁷⁰. Precisamente por isso, foi regulado como um *delito de desobediência* que, na minha opinião, trata-se em realidade de um delito de

⁶⁸ A tipificação desse comportamento específico deriva do art. 20 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que destaca a necessidade de sancionar criminalmente o funcionário público que aumente seu patrimônio de forma injustificada, ao afirmar que *'em conformidade com sua constituição e os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outra índole necessárias para tipificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o aumento significativo do patrimônio de um funcionário público, em relação a seus rendimentos legítimos, que não possa ser razoavelmente justificado por ele'*. Desejo destacar um ponto preliminar, que será abordado novamente mais adiante: o que se propõe tipificar é o aumento significativo do patrimônio, isto é, a posse de bens injustificados, que, em muitos casos, poderia constituir um delito de lavagem de dinheiro, desde que se estabeleça sua origem delituosa — algo que não será simples. Em nenhum momento, contudo, se sugere sancionar, como faz nosso Código Penal, a negativa de justificar a origem dos bens, o que, em essência, responde exclusivamente à dificuldade probatória mencionada.

⁶⁹ RAGA VIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2023, p. 197 e ss.

⁷⁰ Sobre as distintas regulações do Direito comparado, vide RAGA VIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, *ob. cit.*, p. 193 a 197.

suspeita⁷¹, de maneira que se pune a *negativa a cumprir os requerimentos dos órgãos competentes destinados a comprovar sua justificativa*, ou dito de outro modo, sanciona-se *não dar explicação da procedência dos bens*. Dessa descrição surgem muitas críticas que podem ser realizadas a respeito do preceito, como a já mencionada configuração como delito de suspeita que carrega uma presunção, altamente questionável, de que os bens têm uma origem ilícita ou provêm de uma atividade ilícita; mas, se há algo que, ao menos do meu ponto de vista, é insustentável, é a colisão com um direito fundamental, neste caso o direito a não declarar contra si mesmo como direta manifestação, como se expôs, do direito de defesa, contidos no artigo 24.2 da CE.

A respeito da inclusão do delito de enriquecimento ilícito, opuseram-se reiteradamente tanto a doutrina quanto a jurisprudência, por implicar importantes problemas de constitucionalidade⁷² à medida em que se estabelece uma presunção contrária essencialmente ao direito à presunção de inocência. Por isso, entende RAGA VIVES⁷³ que a atual regulação poderia ser constitucionalmente legítima, uma vez que “*o delito não exige a colaboração do acusado para provar os elementos do delito (...) Poderia parecer que esse problema não desapareceu, já que o acusado, sob ameaça de incorrer em um delito de desobediência (em um estado anterior), ver-se-á compelido a declarar a origem dos seus bens. O certo é que, diferentemente da regulação da ONU, aqui se parte de que existe uma obrigação legal, quando se ostenta uma determinada condição, de declarar bens. Essa obrigação é o pressuposto da infração, ainda que certamente a questão não fique isenta de dificuldades*”.

Precisamente a existência desta *obrigação legal* lhe permite afirmar que não se vulnera o direito à não autoincriminação e, para isso, realiza uma

⁷¹ Essa mesma argumentação foi sustentada por numerosos países, de fato, quase a totalidade dos pertencentes à União Europeia, considerando que se negava a presunção de inocência, RAGA VIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, ob. cit., p. 191.

⁷² BLANCO CORDERO, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-16, 2017, p. 20 e ss.; FABIAN CAPARROS, “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito España”, *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, RODRIGUEZ GARCIA/CARRIZO GONZALEZ-CASTELL, RODRIGUEZ LOPEZ (edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 604 e ss. E, entre otras, a STS de 27 de outubro de 2022 (Tol 9284246).

⁷³ RAGA VIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, ob. cit., p. 202.

comparação tanto com o delito de negativa a se submeter a testes de alcoolemia quanto com outros tipos penais. Assim, argumenta que, acudindo à STC 161/1997, de 2 de outubro (*Tol* 80785), a obrigação do teste de alcoolemia não implica que o sujeito esteja obrigado a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo sua culpabilidade, mas sim a tolerar que seja submetido a uma perícia⁷⁴ que não lesaria o direito à não autoincriminação. À parte de que, ao menos na minha opinião, esta resolução do TC é altamente questionável⁷⁵ como também é o tipo penal contido no art. 383 do CP, na realidade, considero que não é um caso estruturalmente comparável ao que se está analisando: não é o mesmo “consentir” uma atuação alheia (neste caso, da Polícia mediante o teste de alcoolemia) que obrigar uma colaboração ativa com a Administração Pública ou a Administração da Justiça. E, entendo, tampouco resulta sustentável que a existência de uma obrigação legal, administrativa normalmente, de colaborar ou de transparência por parte de determinados sujeitos especialmente vinculados à Administração Pública possa determinar que a recusa em a cumprir se converta em delito, sob pena de violar o direito de não declarar contra si mesmo e o direito de defesa⁷⁶.

Ponhamos um exemplo: uma autoridade possui um patrimônio injustificado procedente seja de um delito de corrupção, seja de um delito de lavagem de dinheiro, e se nega a esclarecer a origem dos bens que possui, obviamente, como autor de um fato delitivo, está exercendo legitimamente seu

⁷⁴ RAGA VIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, ob. cit., p. 204 e 205.

⁷⁵ De fato, em relação à STC mencionada, existiu um Voto Particular sustentado pelos Magistrados Ruiz Vadillo e García-Mon, no qual se sustentava que o tipo penal analisado (negativa a submeter-se aos testes de alcoolemia) em realidade obrigava o sujeito a colaborar com a acusação para descobrir a verdade, o que resultava incompatível com o direito de defesa.

⁷⁶ De fato, não compartilho da posição de RAGA VIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, ob. cit., p. 207, ao afirmar que “*colaborar em uma determinada perícia ante o órgão requerente, sobretudo quando existe uma obrigação legal de fazê-lo, não parece contrariar a garantia de autoincriminação, sobretudo se se atende a que o procedimento é justamente estabelecido para cumprir com seus fins*”, e não o faço por várias razões, em primeiro lugar porque não estamos diante de nenhuma perícia, a perícia seria a obrigação de aportar documentação comprobatória dos rendimentos e patrimônio de determinados sujeitos vinculados e obrigados pela normativa sobre transparência, mas isso implicaria uma infração administrativa, nunca, até o momento, um delito; e em segundo lugar, porque a razão de que se facilita à Administração o que, em outro caso, resultaria difícil de provar, não constitui, na minha opinião, nem fundamento, nem justificação, nem muito menos objeto de tutela a respeito da introdução de um específico delito de desobediência nesse âmbito.

direito de defesa de não declarar contra si mesmo e de não se autoincriminar, pois, ou colaborar com a Administração, estaria fornecendo provas contra si. Neste caso, se sem a sua colaboração se pudesse esclarecer a existência do delito prévio, ele responderá pelo concurso de delitos entre este e o de enriquecimento injusto, porque não justificou seus bens; no caso de que não se pudesse provar o delito prévio, sempre teremos o delito de enriquecimento injusto pela sua falta de colaboração. Em uma linguagem mais coloquial, “a banca nunca perde”.

Em minha opinião, é indiscutível que, por mais que exista uma obrigação legal para determinados sujeitos de colaborar com a Administração Pública e de justiça, em prol de uma maior transparência e de um combate à corrupção, acima dessa obrigação encontra-se o direito fundamental de defesa e suas manifestações instrumentais derivadas do art. 24.2 da CE, ou seja, o direito de permanecer em silêncio e de não ser obrigado a apresentar provas que possam incriminá-lo⁷⁷. E precisamente por isso, considero que não resulta legítimo converter em delito uma conduta (permanecer em silêncio ou não colaborar com a administração de justiça) que constitui um direito fundamental amparado constitucionalmente. Questão distinta será o ato de valoração desse silêncio ou dessa negativa pelo órgão julgador em relação à possível imputação de um delito no qual tenham origem esses bens, mas isso não fundamenta a legitimidade de criminalizar o silêncio ou a falta de colaboração.

Obviamente, para “sancionar” esse tipo de comportamentos, é possível recorrer a outros instrumentos, como o Direito administrativo, o tributário, o confisco etc.⁷⁸, desde que se descumpram as obrigações que têm os sujeitos considerados como autoridade de declarar seu patrimônio para fins de controle público em prol da transparência e a respeito das quais se pode aplicar diversas consequências sob a perspectiva do Direito administrativo sancionador ou do Direito tributário. Mas o que não cabe, ao menos na minha opinião, é, a fim de facilitar a tarefa investigativa da administração da justiça, converter em delito o exercício de um direito fundamental. Sancionar penalmente o silêncio ou a

⁷⁷ BLANCO CORDERO, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, ob. cit., p. 22 e 23.

⁷⁸ BLANCO CORDERO, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, ob. cit., p. 26 e ss.

negativa reiterada de colaborar com a administração aportando dados dos quais possa derivar a incriminação em relação a outro delito anterior, na minha opinião, supõe de maneira evidente a vulneração de um direito fundamental que não permite respaldar a legitimidade da regulação penal, nem mesmo como delito de desobediência⁷⁹.

3.1.5. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O SISTEMA ACUSATÓRIO FRENTE À NOVA CONFIGURAÇÃO DOS DELITOS CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Um último aspecto que abordarei neste trabalho, relativo à afetação dos direitos fundamentais provocada pelas reformas penais na perspectiva da política criminal, é o relativo à modificação dos delitos contra a liberdade sexual levada a cabo pela LO 10/2022, de 6 de setembro, de garantia integral da liberdade sexual. São muitos os aspectos conflitantes que essa reforma penal levantou, entretanto, não faremos referência neste trabalho a esses problemas, mas nos centraremos na análise da incidência que a definição de consentimento fornecida pela referida lei pode ter, concretamente, sobre o direito à presunção de inocência, a inversão do ônus da prova e ao princípio acusatório, que não se encontra em discussão na potencial reforma atualmente em tramitação.

Uma das principais “virtudes” exaltadas pelos operadores políticos arquitetos desta Lei é que, *finalmente o consentimento foi colocado no centro dos crimes contra a liberdade sexual*. A afirmação não apenas não corresponde à realidade da regulação penal tradicional, como também é totalmente incorreta: o consentimento sempre foi o elemento central dos crimes contra a liberdade sexual, de fato, a existência de um consentimento válido, livre e voluntário

⁷⁹ BLANCO CORDERO, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, ob. cit., p. 34 e 35, destacava que “antes de pensar na incorporação deste delito ao ordenamento jurídico, é conveniente analisar sua necessidade e, em especial, se existem outros meios menos lesivos dos direitos dos cidadãos. É importante, por isso, explorar a via administrativa, que permite sancionar aqueles funcionários públicos que, obrigados a declarar seus bens, não o fazem quando experimentam um incremento em seu patrimônio. Entre as possíveis consequências jurídicas poderia ser incluída, desde logo, a perda (administrativa) dos bens”, entre outras possibilidades.

determinava a atipicidade do comportamento como resulta óbvio, porquanto toda pessoa tem direito a exercer sua capacidade de se autodeterminar sexualmente (e em qualquer outro aspecto da sua vida) como estime conveniente; em resumo, o consentimento sempre foi o eixo central que definia quando nos encontrávamos diante de um delito e quando não⁸⁰. Tampouco resulta certo que se devesse comprovar uma forte oposição ou resistência por parte da vítima, nem que não fosse suficiente a negativa daquela para configurar o atentado contra a liberdade sexual; de fato, o critério do *no means no* já está há muito tempo implantado tanto em nossa doutrina quanto, o que é mais importante, em nossa jurisprudência. Em resumo, a ausência de consentimento *sempre* e em todo caso, fosse no momento que fosse da relação sexual, determinou a perpetração de um delito sem necessidade de grandes violências nem resistências, nem de reiteraões sucessivas das negativas. Tratava-se e se trata simplesmente de *provar* que a conduta do sujeito ativo quebra a livre autodeterminação do sujeito passivo em matéria sexual⁸¹. Nem mais, nem menos. Mas justamente esse era o problema, a *prova*, porque obviamente e salvo casos midiáticos e concretos, os atentados contra a liberdade sexual costumam ser produzidos no âmbito da intimidade, de maneira que somente o agressor e o agredido são quem pode atestar o que realmente aconteceu na mencionada relação, se houve ou não consentimento⁸². Tratava-se, por tanto, da validade do testemunho de cada um dos envolvidos, validade que também havia sido claramente limitada pelos nossos Tribunais⁸³ exigindo a concorrência de uma série de critérios para determinar a existência ou não do consentimento, ou dito de outro modo, dar validade ao testemunho da vítima frente à

⁸⁰ ALVAREZ GARCIA, “Algunos comentarios generales a la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, 2023, p. 25; TORRES FERNANDEZ, “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual”, AGUSTINA (coord.), *Comentarios a la ley del «solo el sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 28 e 29.

⁸¹ LASCURAIN SANCHEZ, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, AGUSTINA (coord.), *Comentarios a la ley del «solo el sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 56.

⁸² No caso de violência, a prova provavelmente resulte mais simples, dado que pericialmente pode ser demonstrada sua existência na maioria dos casos. Por isso, afirma LASCURAIN SANCHEZ, *ibidem*, que “só poderá o juiz penal afirmar a falta de consentimento se o constata indubitavelmente, além de toda dúvida razoável”.

⁸³ Assim, por exemplo, as SSTS de 21 de maio de 2012, ou de 4 de novembro de 2021, entre outras.

argumentação do autor: credibilidade subjetiva (inexistência de um motor de ressentimento, inimizade, vingança, enfrentamento, interesse ou de qualquer outra índole), verossimilhança ou credibilidade objetiva (que o testemunho guarde lógica e coerência interna, e que ademais guarde coerência externa com os dados e meios de prova que estejam à margem da declaração da vítima) e persistência na imputação (que implique que não haja variações essenciais nas diferentes declarações da vítima, nem existam contrações ou vaguezas).

Justamente a exigência desses elementos determinou que certo setor doutrinário e social afirmasse que isso implicaria uma revitimização da pessoa agredida ao ter que reviver, em diversas ocasiões, o evento sofrido⁸⁴. Não nego que seja assim, mas também é assim em muitos outros delitos tão ou mais reprováveis que estes e que igualmente “obrigam” a vítima ou seus familiares a voltar a reviver uma e outra vez o fato concreto, e, nem por isso, quebramos as garantias de um Estado de Direito em relação aos autores do delito em questão. O problema, na minha opinião, é que tanto um delito contra a liberdade sexual quanto qualquer outro delito deve ser provado, e o recurso a esses critérios, que foram assinalados e adotados jurisprudencialmente há décadas, erige-se como uma garantia da presunção de inocência e como manifestação do princípio acusatório, segundo o qual o ônus da prova corresponde a quem acusa, base do sistema acusatório do nosso sistema processual e refletido na proteção constitucional da presunção de inocência. Obviamente, a vítima deveria enfrentar a necessidade de provar a veracidade de seu testemunho a fim de afastar a presunção de inocência que deve amparar o acusado, e o ônus da prova da existência do delito recai sobre quem acusa (a vítima ou o Ministério Público), e essa necessidade probatória implica necessariamente reviver uma situação de sofrimento e um inegável aumento da dor, mas não cabe outra possibilidade em prol do respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

⁸⁴ Nas palavras de LASCURAIN SANCHEZ, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, ob. cit., p. 56, “sabemos que a presunção de inocência tem preço, o da absolução de acusados culpados e aqui, ademais, normalmente, o doloroso testemunho da vítima (...) temo que não há modo de deixar de pagá-lo que não seja, por sua vez, mais custoso sob a perspectiva dos nossos valores”.

A nova definição de consentimento introduzida pela LO 10/2022, no inciso final do art. 178.1 CP, modifica notavelmente o panorama apresentado. Sem entrar em uma análise detalhada do seu conteúdo e da forma de manifestação (se expressa ou tácita, por atos conclusivos etc.)⁸⁵, o que é inegável é que se deu um giro de 180 graus, e do antigo “não é não” que carregava a ausência de consentimento provocado pela negativa, fosse ela expressa, implícita, por atos conclusivos de rejeição etc., passou-se a uma perspectiva positiva de “só o *sim* é *sim*”, de maneira que segundo estabelece o texto penal, *somente se entenderá que há consentimento quando se tenha manifestado livremente mediante atos que, em atenção às circunstâncias do caso, expressem de maneira clara a vontade da pessoa*. Passamos de que qualquer tipo de rejeição ou negativa explícita ou implícita determinasse a ausência de consentimento, que configura os delitos contra a liberdade sexual, à exigência de uma manifestação positiva do consentimento. E essa mudança de eixo não é de modo algum irrelevante, pois, na regulamentação anterior, era a acusação quem deveria provar que não havia existido consentimento e, portanto, seria mantida a presunção de inocência, enquanto com a atual regulação presume-se a ausência de consentimento⁸⁶, e só quando se demonstrar sua existência, nos termos indicados no texto penal, a conduta resultará atípica. Em outras palavras, exige-se, ainda que não se diga expressamente, que seja o suposto autor dos fatos quem demonstre que a suposta vítima consentiu a todo momento durante a relação sexual; ou seja, já não há presunção de inocência, já não há sistema acusatório e a obrigação de provar de quem acusa, mas estamos diante de um sistema inquisitivo, no qual se parte da culpabilidade do sujeito, recaindo o ônus da prova sobre o acusado e convertendo-se em uma *probatio diabólica* porque careceria de meios bastantes e adequados para tanto (não nos esqueçamos de que os critérios

⁸⁵ A esse respeito, assinala LASCURAIN SANCHEZ, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, ob. cit., p. 55, que em atenção à regulação legal “*somente haverá um consentimento excludente da tipicidade quando o consentimento seja ativo, expreso e claro*”.

⁸⁶ Segundo indica LASCURAIN SANCHEZ, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, ob. cit., p. 57, se trataria de uma presunção *iuris et de iure* de que não concorre consentimento “*se ele não for manifestado mediante atos que expressem de maneira clara a vontade de participar da relação sexual*”, e em relação ao silêncio ou à passividade sustenta que estamos ante uma presunção *iuris tantum* que tampouco resulta de acordo com o direito constitucional, ao implicar que se inverta o ônus da prova.

estabelecidos pela jurisprudência servem para dar veracidade à declaração da vítima, não à do acusado). Com isso, e embora não tenha sido estabelecido assim expressamente, estão sendo violados direitos fundamentais derivados diretamente do direito à presunção de inocência e dos princípios do sistema acusatório⁸⁷.

Se o que se pretendia era evitar que casos nos quais a vítima se via impossibilitada de se autodeterminar e consentir ou não consentir, como nos casos de vulnerabilidade ou submissão química⁸⁸, por exemplo, bastaria destacar que, nessas hipóteses, em todo caso se entenderia como agressão sexual derivada do desamparo e/ou incapacidade de defesa da vítima que não podia manifestar de modo algum a sua vontade, nem em sentido positivo nem em sentido negativo.

No fundo, ao menos na minha opinião, o que se está introduzindo não é um elemento típico dos delitos contra a liberdade sexual, que já era o eixo central na regulamentação anterior, mas sim uma norma de valoração processual da prova, no sentido mencionado: a presunção de que não há consentimento diante de uma denúncia e a carga da prova recaindo sobre o acusado, que deve refutar a imputação que lhe é atribuída. Em suma, a vulneração da presunção de inocência.

4. CONCLUSÕES

De tudo o que foi exposto até este momento, são duas as ideias principais que se podem extrair. A primeira é que o legislador optou por colocar todos os instrumentos de controle social, principalmente o penal, a serviço da obtenção de uma inexistente e inalcançável segurança, concebida como a

⁸⁷ Considera que a incluso deste conceito afirmativo de consentimento não implica uma inversão do ônus da prova TORRES FERNANDEZ, “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual”, ob. cit., p. 29, indicando que o ônus da prova corresponde à acusação.

⁸⁸ Nota da tradutora: o original em espanhol, “sumisión química”, refere-se às situações em que a vítima foi involuntária e inconscientemente submetida ao uso de entorpecentes químicos. Diferentemente da “embriaguez accidental” à qual se referem a doutrina e a jurisprudência brasileiras, no caso da submissão química, fala-se na ação dolosa daquele que submete a vítima ao entorpecente em questão com a intenção de praticar crimes. Por essa razão, manteve-se a expressão “submissão química”.

erradicação de tudo aquilo que é discrepante ou resulta contrário ou rejeitável pela moral social. Com isso, é a moral social a que se converte no instrumento de decisão daquilo que deve ser proibido e do que não. E, em segundo lugar, que para alcançar essa enteléquia, não existe inconveniente algum em lesionar, vulnerar ou erradicar os direitos e garantias básicas e definidoras de um Estado Democrático de Direito.

Ambas as ideias dão lugar a uma conclusão clara: a absoluta confusão do legislador penal atual entre moral e delito, de maneira que tudo aquilo que se desvie do socialmente adequado é automaticamente concebido como um perigo e, sobre essa mesma base, criminalizado a fim de erradicar e inocuizar a ameaça externa que se percebe. O problema é que nem o perigo existe, nem há ameaça externa para a sociedade ou suas bases e sistemas democráticos derivada de um dissidente, discrepante ou mesmo desviado, porque nenhum deles tem, por si só, a idoneidade nem a capacidade de lesionar o Estado Democrático, seu sistema e seus valores. Pelo contrário, constitui de fato uma ameaça, desta vez interna porquanto procede do próprio Estado, uma legislação criminalizadora, preventiva e securitária na qual não existe inconveniente algum em vulnerar os direitos e liberdades fundamentais e as garantias constitucionalmente reconhecidas em prol de “proteger” o sistema. Ou seja, o sistema democrático só pode ser destruído pelo próprio sistema democrático e pela sua legislação, ao vulnerar os princípios que o informam.

Como já se indicou, uma clara manifestação dessas tendências legislativas atuais, que respondem a reclamações de diversos setores sociais, políticos e midiáticos e que implicam uma grave e relevante interferência no exercício e respeito aos direitos fundamentais, são os diversos delitos que analisamos ao longo de todos este trabalho. Regulações que, como expus, não apenas afetam, a ponto de praticamente erradicá-los, o direito à liberdade de expressão, o direito de não declarar contra si mesmo e o de não se declarar culpado ou o direito à presunção de inocência, mas também atingem o próprio sistema democrático, a própria concepção que, como sociedade, devemos ter. Não podemos, não devemos advogar nem permitir outra sociedade que não seja a que se sustenta nesses parâmetros básicos de uma sociedade democrática, porque isso somente implicaria uma coisa: que a sociedade democrática, que o

Estado Democrático se autodestruísse para se transformar em qualquer outra coisa, mas certamente não em uma democracia.

Por isso, considero que a única opção viável em relação a essa situação é retornar àquela legislação garantista e respeitosa dos direitos e liberdades, e isso não significa dizer que o Direito penal não deva fazer frente a novos fenômenos ou novos âmbitos que devam ser protegidos; o que isso quer dizer é que essa proteção penal deve ocorrer somente quando for absolutamente necessária e a única opção possível (*ultima ratio*) e, o que talvez seja mais importante, respeitando sempre e em todo caso o livre exercício dos direitos fundamentais. Para isso, deve-se partir de uma premissa absolutamente irrenunciável: aquilo que é o exercício legítimo de um direito, por mais que nos desagrade ou nos resulte reprovável ou censurável moralmente, nunca, em hipótese alguma, pode ser constitutivo de delito. Sob esta perspectiva, e como venho destacando, a única via constitucional e democrática possível é a derrogação da maioria dos delitos que expusemos e a reformulação de outros deles, de maneira que estejam em conformidade e sejam respeitosos com os princípios básicos de um Estado Democrático de Direito.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALASTUEY DOBÓN, Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), n. 18-14, pág. 1-38. 2016
- ALCACER GUIRAO, “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, *Crítica penal y poder, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, n. 18, 2019.
- ALVAREZ GARCIA, “Algunos comentarios generales a la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, 2023.
- BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Navarro/Jiménez/Borrás, Barcelona 1998.

- BLANCO CORDERO, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-16, 2017.
- CABELLOS ESPIERREZ, “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 112, janeiro-abril, 2018.
- CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»”, *Liber Amicorum, Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Mª Terradillos Basoco*, Valencia, 2018.
- CORRECHER MIRA, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 27, 2017
- CUERDA ARNAU, “El nuevo delito contra la integridad moral”, *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023
- CUERDA ARNAU, *Derecho penal, Parte especial*, 7ª ed., González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- CUERDA ARNAU, “Proporcionalidad y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, *Revista General de Derecho penal*, n.º 8, 2007.
- DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, “El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código penal: Necesidad de limitar”, *Boletín Límites a la Libertad de expresión, Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 5, 2018.
- DIEZ RIPOLLES, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Desconciertos de Brandemburgo”, *Jueces para la Democracia*, 5., 2018.

- FABIAN CAPARROS, “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito España”, *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Rodriguez Garcia/Carrizo Gonzalez-Castell, Rodriguez Lopez (edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- FUENTES OSORIO, “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*, nº 19-27, 2017
- GALAN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio”, *Revista Penal*, vol. 12, n. 23, 2023.
- GALÁN MUÑOZ, “Delitos de odio. Discurso del odio y Derecho penal ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, *Revista Penal*, ISSN 1138-9168, n. 46, 2020, p. 41-66.
- GALAN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018.
- GALAN MUÑOZ, “Redes sociales, discurso terrorista y Derecho Penal. Entre la prevención, las libertades fundamentales y ¿los negocios?”, Galán Muñoz/Gómez Rivero (dir.) *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GALLARDO ROSADO, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GARCIA ARAN, “De las reformas bienintencionadas con resultado represivos: el delito de promoción del odio”, *Represión penal y Estado de Derecho, Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Morales Prats/Tamarit Sumalla/Garcia Alberó (coords.), Aranzadi, 2018.
- GARCIA ARROYO, “Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista, ¿el fin de las garantías del Derecho penal democrático?”, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GONZALEZ CUSSAC, “Política y delito”, *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, nº 26, Tirant lo Blanch, 2019.

- JARIA I MANZANO, “La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales”, *Derecho Penal Constitucional*, Quintero Olivares (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- LANDA GOROSTIZA, “El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP”, *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Landa Gorostiza/Garro Carrera (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- LASCURAIN SANCHEZ, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, *Comentarios a la ley del «solo el sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Agustina (coord.), Atelier, Barcelona, 2023
- LASCURAIN SANCHEZ, El delito de rezoar, *Diario El Mundo*, 19 de maio de 2022.
- LEON ALAPONT, “La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra Civil española y del franquismo”, *El odio como motivación penal*, Teijón Alcalá (dir.), La Ley Wolter Kluwer, 2022.
- MENENDEZ CONCA, “Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 22, 2019.
- MIRA BENAVENT, “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, *Terrorismo y Contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Portilla Contreras/Pérez Cepeda (dir.), Ratio Legis, Universidad de Salamanca, 2016
- MIRÓ LLINARES, "Derecho Penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión", *Cometer delitos em 140 caracteres: El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Miró Llinares (dir.), Marcial Pons, 2022.
- MORENO CATENA, “Sobre la presunción de inocencia”, *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Publicaciones de la Universidad Jaume I, 2015.

- MUÑOZ CONDE, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal del enemigo”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 3, Studia Iuridica, Universidad de Coimbra, 2009.
- NUÑEZ CASTAÑO, “Discurso terrorista y libertad de expresión en el delito de enaltecimiento del terrorismo”, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- NUÑEZ CASTAÑO, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno hacia el Derecho penal del enemigo?”, *Revista General del Derecho Penal*, nº 11, 2009.
- NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022
- PAREDES CASTAÑON, “Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización”, *Terrorismo, Sistema penal y Derechos fundamentales*, Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- PASTRANA SANCHEZ, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2020
- PENA GONZALEZ, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y el principio de lesividad”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9468, 2019.
- PORTILLA CONTRERAS, “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”, *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Miró Llinares (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2017.
- RAGA VIVES, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- RODRIGUEZ MOLINA, “La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo”, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

- ROIG TORRES, "El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste com la regulación alemana", *Revista General de Derecho Penal*, n. 33, 2020.
- ROIG TORRES, "El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 23, 2021.
- ROLLNERT LIERN, "El enaltecimiento del terrorismo desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Político*, 109, 2020, p. 191-228.
- TORRES FERNANDEZ, "Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual", *Comentarios a la ley del «solo el sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Agustina (coord.), Atelier, Barcelona, 2023
- VALENCIA CANDALIJA, *Libertad religiosa y protección de las creencias en el futbol*, Tecnos, Madrid, 2021.
- VIVES ANTÓN. "Garantías constitucionales y terrorismo", *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.