

ANÁLISE DO TRATAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DO DISCURSO DE ÓDIO E IMUNIDADE PARLAMENTAR NO INQUÉRITO 4694 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Breno Baía Magalhães

Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará (UFPA).
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (2015).

Rita de Fátima da Silva de Oliveira

Graduanda na Universidade Federal do Pará (UFPA).

RESUMO

Este artigo realiza uma análise do Inquérito 4694 (2018), o qual se refere aos discursos supostamente discriminatórios proferidos pelo então Deputado Federal Jair Bolsonaro contra quilombolas, indígenas, gays, e estrangeiros durante uma palestra no Clube Hebraica no Rio de Janeiro, com o objetivo de identificar o tratamento do Supremo Tribunal Federal acerca da liberdade de expressão, discurso de ódio e imunidade parlamentar, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Nesse sentido, foi possível verificar a inexistência de um entendimento consolidado e efetivamente coletivo na Corte, em razão da adoção de diferentes (e por vezes divergentes) justificativas e critérios interpretativos acerca da liberdade de expressão, bem como dos critérios de caracterização do discurso de ódio e de incidência da imunidade parlamentar. Identificou-se a utilização notória do critério triplo de Norberto Bobbio para a caracterização do discurso de ódio, o qual possui caráter problemático ao estabelecer critérios incompatíveis com o funcionamento do racismo estrutural no Brasil, assim como não abrangendo as situações de interseccionalidade de discriminações. Da mesma forma, se mostrou aparente a ausência de definições de conceitos básicos acerca do discurso de ódio, a exemplo do racismo em relação à raça, demonstrando uma falta de letramento dos Ministros acerca das questões identitárias, impossibilitando uma análise dos casos e realização de decisões efetivamente fundamentadas.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Discurso de ódio; Imunidade parlamentar; Supremo Tribunal Federal.

1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto do projeto de pesquisa “A Interpretação Evolutiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: evidências empíricas e análise teórica”, no plano de trabalho “A judicialização da Liberdade de Expressão no Supremo Tribunal Federal: categorização por meio de categorias do discurso”, financiado pela FAPESPA e realizado entre janeiro e dezembro de 2020, o qual visa a identificação do tratamento jurídico da liberdade de expressão pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de uma análise jurisprudencial do período de 2017 a 2020, a partir de 12 categorias do discurso, sendo uma delas o discurso de ódio.

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) proferida no Inquérito 4694 (2018) é de extrema relevância para o Direito Constitucional por, ao menos, duas razões. Em primeiro lugar, porque opera como precedente sobre os limites da liberdade de expressão e sobre o critério eleito pela corte para identificar um discurso odioso. Em segundo lugar, a decisão assume contornos políticos quando lida com a escolha da Corte em não interferir no panorama das eleições que ocorreriam em outubro daquele ano, porquanto uma condenação implicaria a inelegibilidade do investigado Jair Bolsonaro, na época Deputado Federal e candidato à Presidência da República. Por fim, ambas as razões parecem estar conectadas e a segunda pode ter determinado o destino da primeira.

Desta forma, este artigo possui o objetivo de identificar o tratamento da liberdade de expressão, do discurso de ódio e da imunidade parlamentar pelo Supremo Tribunal Federal por meio da análise da referida decisão, considerada paradigmática (SARLET, 2019), por meio da realização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando-se do método indutivo.

Inicialmente, realizamos uma exposição das circunstâncias fáticas do caso e dos votos dos Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de forma individualizada, com a identificação das interpretações utilizadas por cada um. Em seguida, realizamos a análise crítica referente aos problemas acerca da interpretação da liberdade de expressão, do discurso de ódio e da imunidade parlamentar. Por fim, concluímos que a ausência de definições concretas acerca de conceitos como “racismo” e “homofobia” dificulta a identificação do discurso discriminatório e, conseqüentemente, a ocorrência de condenação pelo crime de discurso de ódio.

No mesmo sentido, verificou-se a inexistência de um entendimento consolidado sobre o tema, bem como a utilização de diferentes métodos interpretativos pelos Ministros, destacando-se que o critério de Norberto Bobbio, um dos testes de maior proeminência jurisprudencial na Corte e proposta pelo Ministro Fachin (RHC

134.682/BA), possui aplicação falha e problemática ao determinar critérios rígidos e incompatíveis com a dinâmica do racismo estrutural no país.

Outrossim, observou-se uma divergência quanto à extensão da imunidade parlamentar, não havendo uma concordância acerca dos critérios a serem utilizados para analisar a incidência da prerrogativa, ocasionando a utilização de métodos interpretativos diferentes entre os Ministros para a análise da mesma questão.

2 – INQUÉRITO 4696 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DISPOSIÇÃO DOS VOTOS DOS MINISTROS E DECISÃO COLEGIADA.

Para a realização de análise acerca do tratamento da liberdade de expressão, do discurso de ódio e da imunidade parlamentar pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito 4696, é necessária a exposição das circunstâncias fáticas pertinentes ao caso e dos votos de cada Ministro da Primeira Turma, tendo em vista a observação de que, mesmo havendo uma concordância entre os resultados finais, os caminhos interpretativos utilizados são diferentes (ou até mesmo divergentes).

Nesse sentido, a avaliação dos votos de forma individualizada também possibilita a visualização acerca da existência (ou não) de entendimentos consolidados e unificados acerca dos temas explorados, bem como os métodos interpretativos adotados, fazendo jus à relevância política e jurídica da decisão.

Destaca-se que não será realizada uma análise do referido caso no âmbito penal, sem abranger a dogmáticas características do crime de racismo tipificado na Lei nº 7.716/1989, e sim focando nos aspectos constitucionais do tema.

2.1 - Contexto do Caso:

O Inquérito 4694/DF (INQ 4694) gira em torno de denúncia realizada pela Procuradora-Geral da República em face do, à época, Deputado Federal e candidato à presidência da República, Jair Bolsonaro. A peça ministerial imputava-lhe o delito tipificado no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989 por duas vezes, na forma do artigo 70 do Código Penal, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio.

O delito teria ocorrido em 3 de abril de 2017, durante palestra proferida pelo denunciado no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, na qual diversas manifestações de caráter, supostamente, discriminatórias acerca de populações quilombolas e indígenas,

refugiados, mulheres e LGBTQ+, foram proferidas. As falas poderiam ser caracterizadas como reprodutoras de discurso de ódio.

2.2 - O Conteúdo da decisão no INQ 4694: Uma visão distorcida da realidade ancorada por críticas políticas não configura racismo.

Em 11 de setembro de 2018, meses antes da eleição, a 1ª Turma do STF rejeitou a denúncia por considerar que Bolsonaro não cometeu o crime de racismo, pois, em sua fala não foi possível identificar uma intenção de repressão, dominação, supressão ou eliminação de um grupo étnico ou minoritário. Ademais, suas declarações estavam cobertas pela imunidade material, porquanto o conteúdo do discurso estava vazado de críticas a políticas públicas.

2.2.1 - Voto do Ministro Marco Aurélio:

Ao refutar o argumento de que o artigo 20 da Lei encerraria norma em branco (em razão de não trazer uma definição legal de racismo), o Ministro Marco Aurélio apontou que para a compreensão da abrangência do conceito de racismo seria necessário uma interpretação teleológica e sistemática da Constituição Federal (consideração dos fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais), a partir do estabelecido no Habeas Corpus nº 82.424. Portanto, o ministro sugere que haja um conceito jurídico/constitucional de racismo exposto em precedente da própria corte.

Considerou, ademais, que, para a configuração do tipo penal, não seria necessário que a incitação conduza ao cometimento de um ato discriminatório, bastando a aptidão material do teor do discurso. Ou seja, o mais importante para a configuração do crime é o conteúdo da manifestação.

Argumentou que, segundo Norberto Bobbio, a caracterização de um discurso discriminatório, portanto, odioso, exige o preenchimento cumulativo de três requisitos: 1) Juízo de fato sobre a desigualdade entre as pessoas ou grupos; 2) Juízo de valor acerca da diferença, com uma concepção hierárquica baseada em critérios específicos; 3) Formulação das consequências do juízo de valor de diferenciação, com a forma e modo de conceber a relação entre o grupo superior e o inferior, quais sejam a obediência e\ou destruição.

Assim, considerou que as falas sobre as comunidades quilombolas não preenchiam o terceiro requisito, pois demonstrariam entendimento de diferenciação e

superioridade, desacompanhada da finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação, não estando, dessa forma, configurado o caráter discriminatório do discurso. Além disso, observou que as manifestações foram realizadas em contexto vinculado à discussão da política pública de demarcação de terras, estando abrangido pela liberdade de expressão disposta no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal. Para o ministro relator, defender a extinção de terras tradicionalmente ocupados, não significa desejar a extinção física das minorias.

Neste sentido, afirmou que a utilização da palavra “arroba” em referência às comunidades quilombolas fora somente uma expressão infeliz e relacionada a alguém acima do peso, não configurando desumanização de um grupo específico. Quanto às falas relacionadas aos estrangeiros, considerou que se tratava de críticas à política de imigração governamental, inclusive apontou que o denunciado não faz distinções entre a origem dos imigrantes, estando as falas abrangidas pela liberdade de expressão.

Considerou que as manifestações não são passíveis de incitar pensamentos e condutas nos ouvintes e, portanto, não tem aptidão material para a caracterização do tipo penal. Reiterou o entendimento da importância da liberdade de expressão citando trecho de seu voto vencido no Habeas Corpus nº 82.424.

Por fim, o Ministro destacou que as falas foram proferidas em razão do exercício do cargo de deputado federal, porquanto a palestra foi proferida a convite do presidente do clube, exatamente em razão do cargo então ocupado pelo denunciado. Salientou, ainda, que a natureza das falas proferidas condiz com sua atuação no Congresso.

Votou contra o recebimento da denúncia, pois as manifestações seriam abrangidas pela imunidade parlamentar prevista no artigo 53, caput, da Constituição Federal, implicando a exclusão da tipicidade e por, inicialmente, nem se configurarem como falas criminosas.

2.2.2 - Voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

Em seguida, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso destacou as falas do denunciado em relação às mulheres, aos estrangeiros e pobres brasileiros, afirmando que, apesar de expressar entendimento de superioridade, não possui conteúdo criminoso, estando abrangidas pela liberdade de expressão e imunidade parlamentar. O ministro considerou que tais manifestações expressam visões pré-iluministas, as quais são abarcadas pela Constituição Federal, ainda que ela tenha um viés iluminista inclusivo. Assim, muito embora as falas configurem um erro, não configurariam conduta criminosa.

Entretanto, o ministro não explica o que seria uma visão iluminista correta e como avaliar a visão pré-iluminista de uma pessoa, bem como não oferece elucidacões sobre as hipóteses de ilegalidade dos discursos pré-iluministas.

Porém, sobre as falas referentes às comunidades quilombolas, afrodescendentes e gays, considerou que se tratava de discurso de ódio, a partir do entendimento firmado no caso “Ellwanger” (HC 82.424). Analisou que houve uma equiparação de pessoas negras a animais por meio da utilização do termo “arroba”, com uma correlação direta. Divergindo no ponto do relator, que considerou que a fala se dirigia a pessoas gordas (o que demonstra evidente desconhecimento acerca do funcionamento do preconceito racial).

Enfatizou não ser possível classificar tais discursos como protegidos pela liberdade de expressão e que tais falas contribuem para a situação de marginalização e violência já sofridas pelos grupos em situação de vulnerabilidade no país, citando relatório do Grupo Gay da Bahia acerca dos assassinatos de LGBTQs nos anos de 2016 a 2018. Da mesma maneira, ressaltou que o discurso de ódio contra grupos minoritários, grupos historicamente violentados e grupos historicamente vulneráveis é, evidentemente, não admitido pelo Direito Constitucional Brasileiro. Entendeu, portanto, que a configuração do crime ocorreria quando as pessoas pertencentes ao grupo em situação de vulnerabilidade se sentirem afetadas em sua autoestima, mas não identificou porque esse mesmo critério não se aplicaria às mulheres.

Identificou que, em relação aos LGBTQs, a conduta praticada se encaixa no crime de incitação ou apologia ao crime, sendo que a incitação não precisa fazer referência ao modo como os atos serão incorporados posteriormente.

Votou a favor do recebimento da denúncia, mas somente em relação aos quilombolas e LGBTQs. Porém, destaca-se que quanto aos LGBTQs, atribuiu o crime de incitação ou apologia ao crime, diferente do constante na denúncia. Por fim, o ministro não discutiu a imunidade parlamentar.

2.2.3 - Voto da Ministra Rosa Weber:

Em relação às manifestações objeto do caso, considerou que o discurso possui cunho político-eleitoral e que foi proferido em razão do cargo de deputado federal.

Quanto às manifestações relacionadas aos estrangeiros, entendeu que se tratou de considerações pessoais do denunciado sobre a questão imigratória no Brasil decorrente da crise da Venezuela, feitas com um tom crítico. Assim como o Ministro Barroso,

concluiu que, por não haver diferenciação entre as origens dos imigrantes pelo denunciado, não haveria indicações de discriminação ou preconceito a estrangeiros. Tal como os ministros anteriores, afirma não ser necessário avaliar se a exposição pode ser fundada ou não.

Além disso, em relação ao crime de racismo referente aos estrangeiros, argumentou não ser possível inferir a referência a uma nacionalidade específica (venezuelana) pois o denunciado também menciona outras nacionalidades. Portanto, essas manifestações pessoais e isoladas não seriam capazes de incitar ou induzir terceiros.

Neste sentido, expôs uma definição geral das condutas “incitar” (fomentar ou acirrar uma ideia já existente) e “induzir” (provocar ou persuadir outrem a comportar-se de alguma maneira), assim como de “discriminação” e “preconceito” (acepção negativa de condutas ou atos voltados a estabelecer diferenças entre pessoas por pensamento de superioridade ou maior capacidade física ou intelectual).

Quanto às manifestações referentes às comunidades quilombolas, avaliou ser evidente o seu caráter ofensivo, especialmente por meio da palavra “arroba” relacionada a comercialização de animais. Nesse sentido, considerou preenchidos os requisitos da ação penal.

A Ministra abordou de maneira específica a imunidade parlamentar (imunidade material), prevista no artigo 53 da Constituição Federal, enfatizando o entendimento da Corte acerca da necessidade de conexão entre o delito de opinião e a atividade parlamentar para a sua incidência, com citação ao Inquérito 1024. Compreendeu, portanto, que a manifestação realizada em relação aos quilombolas não detinha conexão com a atividade parlamentar, sendo inaplicável a imunidade. Igualmente ao Ministro Barroso, entendeu haver o estabelecimento de uma correlação entre a raça negra e a condição de animal, realizada pela utilização do termo “arroba” pelo denunciado.

Retificou seu voto quanto ao crime de incitação em relação aos homossexuais, no qual havia inicialmente acompanhado o voto do Ministro Barroso, pois entendeu que, mesmo que configurados, já estariam prescritos, além de não haver imputação expressa na denúncia quanto às frases. O entendimento acerca da prescrição advém do fato de que as frases em relação aos LGBTQs não são do discurso proferido, e sim de diversas entrevistas concedidas pelo denunciado em anos anteriores, sendo que todos eles já teriam ocorrido há mais de 3 anos.

Votou a favor do recebimento da denúncia, mas apenas em relação ao crime de racismo no que toca a comunidade quilombola.

2.2.4 - Voto do Ministro Luiz Fux:

Salientou que o artigo 20 da Lei 7.716/89 não abrange a prática de preconceito em razão do gênero ou da orientação sexual/afetiva, não preenchendo o tipo penal suscitado e descabendo a análise (a presente decisão foi proferida anteriormente ao julgamento da ADO 26 e MI 4733, em 2019, que definiram a tipificação da homotransfobia como crime de racismo). Além disso, em relação às manifestações proferidas em matérias jornalísticas, compreendeu que a denúncia não imputou efetivamente a prática delitiva em razão da ausência de descrição das circunstâncias das falas (tempo, modo e lugar).

Mencionou que a referida lei sofre crítica doutrinárias por conta de uma excessiva abertura que ensejaria a censura do pensamento. Do mesmo modo, defendeu que a limitação penal da livre manifestação do pensamento deve se restringir ao discurso de ódio, nas hipóteses estabelecidas pela jurisprudência do STF.

A partir disso, argumentou que o entendimento doutrinário e jurisprudencial, baseado em Norberto Bobbio, é no sentido da necessidade do preenchimento dos três requisitos para a configuração do discurso discriminatório, conforme o entendimento proferido pelo Ministro Edson Fachin no RHC 134.682/BA. Também defendeu que a liberdade de expressão é um direito preferencial.

Realizou uma diferenciação entre o discurso efetivamente criminoso, o qual contém intenção deliberada de propugnar a inferiorização de determinados grupos a fim de suprimir ou reduzir direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos, e o discurso simplesmente ofensivo, que veicula ideias preconceituosas que devem somente ser criticadas no debate público. Neste ponto, fez referência ao entendimento do livre mercado de ideias, sendo necessário o combate de ideias ruins com ideias boas.

Da mesma maneira, sustentou que o discurso político merece uma proteção maior. Nesse sentido, analisou que as manifestações do denunciado sobre os quilombolas e os refugiados apenas expressaram o seu “ponto de vista” que, mesmo utilizando retórica preconceituosa, possuía finalidades políticas, quais sejam: a crítica de políticas governamentais atuais e proposta de mudanças jurídicas.

Em relação às manifestações sobre pessoas pobres, considerou que foram proferidas com viés humorístico (*animus jocandi*), mesmo que utilizando expressões desrespeitosas e antiéticas. Também analisou que este grupo não se encaixa no delito tipificado pela lei em questão, ressaltando que o artigo 20 não pode ser interpretado para possibilitar a censura, mesmo que de declarações “infelizes”.

Em observação, salientou que as declarações feitas pelo denunciado são passíveis de críticas pelas suas infelicidades e que seriam intolerantes, repugnantes e arrogantes, mas não caberia a sua criminalização por consistirem em críticas a políticas públicas. Votou no sentido da rejeição da denúncia em razão da atipicidade da conduta, mas não se debruçou sobre a imunidade parlamentar.

2.2.5 - Voto do Ministro Alexandre de Moraes:

O ministro focou seu argumento, principalmente, na imunidade parlamentar, a partir da exposição de sua construção jurídica ao longo da história, enfatizando não se tratar de privilégio e sim um direito do próprio Congresso. Isso se daria em razão da própria finalidade das imunidades de impedir a ingerência dos outros Poderes e órgãos na atividade legislativa. Salientou, ademais, que essa concepção se restringe à proteção das manifestações ocorridas dentro do Parlamento, ou seja, a imunidade possui uma cláusula espacial/geográfica. Portanto, seriam absolutamente invioláveis as palavras, votos e opiniões proferidas dentro do Congresso/Assembleia enquanto discussão parlamentar.

Segundo Moraes, em relação aos pronunciamentos realizados dentro das dependências físicas das Casas Legislativas, o entendimento consolidado do STF é de que a prerrogativa da imunidade parlamentar teria caráter absoluto. Por outro lado, em relação às manifestações proferidas fora do Parlamento, ela incide em manifestações parlamentares, independentemente do local onde o interlocutor estiver, se elas possuírem a intenção de comunicar suas posições políticas aos cidadãos. Para a aplicação da última, seria necessária a existência do “nexo de implicação recíproca” (nexo causal entre as declarações e o exercício do mandato), ou a de relação com as funções parlamentares de crítica política, prestação de contas ou informação do cidadão (*propter officium*). O Ministro reputou, por entendimento próprio, serem requisitos para a incidência da imunidade tanto o nexo de implicância recíproca quanto a presença das finalidades características dos parlamentares.

Compreendeu como preenchido o nexo de implicação recíproca no caso de Bolsonaro, visto que as declarações realizadas têm relação com o exercício do seu mandato (foi convidado em razão de seu cargo). Porém, salientou ser necessário a verificação da ocorrência de desvio de finalidade, pois, caso presente, justificaria o afastamento da inviolabilidade. Mencionou como exemplos desses desvios a realização de ofensas pessoais e veiculação de discurso de ódio. Portanto, seria possível inferir que estes “desvios de finalidade” são considerados limitações à imunidade parlamentar.

A partir disso, o discurso de ódio não estaria abarcado pela imunidade de expressão quando o parlamentar, na sua condição política, profere discurso fora do Congresso.

No que se refere aos estrangeiros, concluiu não haver discurso de ódio e incitação à discriminação ou repúdio, consistindo em discurso político, por vezes, “grosseiro”. Do mesmo modo, no que tange aos quilombolas, considerou que as declarações constituíam apenas críticas a políticas públicas de demarcação de terras, abrangidas pela liberdade de expressão. Argumentou que, embora falsas, grosseiras e vulgares, as manifestações devem ser protegidas por estarem abrangidas pela liberdade de expressão e imunidade parlamentar, citando Isaiah Berlin e Dworkin (os quais possuem entendimentos divergentes acerca da liberdade de expressão).

Ressaltou que as falas do denunciado não negavam ou faziam apologia à escravidão (ou seus efeitos), não negavam os direitos dos quilombolas ou defendiam tratamento desumano, degradante ou cruel. Também analisou que elas não buscaram ampliar ou propagar o ódio em razão de terem sido expressas com grosseria e falta de conhecimento. Ou seja, elas não conseguiriam propagar o ódio racial por consistirem em informações falsas e argumentos não fundamentados.

Assim, argumentou que o segundo requisito referente às finalidades do discurso foi preenchido, não havendo ocorrência de qualquer tipo de desvio de finalidade ou excesso que justifique o afastamento da imunidade parlamentar. O Ministro votou pelo não recebimento da denúncia em razão da incidência da cláusula de inviolabilidade material.

Desta maneira, a Primeira Turma decidiu, por maioria, rejeitar a denúncia nos termos do voto do Relator.

3 - COMENTÁRIOS CRÍTICOS ACERCA DA DECISÃO: A DEFINIÇÃO DO DISCURSO POLÍTICO E O RIGOROSO TESTE PARA A IDENTIFICAÇÃO DE UM DISCURSO DE ÓDIO.

3.1 – Problemas relacionados à interpretação da liberdade de expressão

É possível verificar que, tanto o Ministro Luiz Fux quanto o Ministro Luís Roberto Barroso consideram que o direito à liberdade de expressão possui uma posição preferencial em relação aos demais direitos fundamentais, mas não absoluta, sendo o

discurso de ódio um de seus limitadores. Esta seria a percepção da posição preferencial relativa, sendo que as suas limitações estariam pré-fixadas na Constituição da República.

O teste da posição preferencial possui como principal expositor no país o Ministro Luís Roberto Barroso (2004), propondo a existência de uma preferência *prima facie* do direito à liberdade de expressão perante os demais direitos fundamentais, especialmente os direitos da personalidade, tendo em vista a sua importância vital para a constituição do sistema democrático.

Com isso, para que houvesse a sua restrição por parte do Estado, seria necessário a ocorrência de um ônus argumentativo maior do que o normal, objetivando a desconstrução de uma atuação historicamente autoritária por parte do governo brasileiro sobre tal liberdade individual.

A “posição preferencial relativa” seria uma ramificação do teste da posição preferencial, tendo sido formulada e difundida pelo Ministro Barroso, segundo a qual não se confere um peso maior para o direito à liberdade de expressão em casos que envolvam tipos de discursos não abarcados constitucionalmente, em especial o discurso de ódio, ainda que não expresse de maneira definida quais seriam os tipos de discurso indignos de preferência *prima facie*.

Ou seja, a incidência definitiva da liberdade de expressão dependeria, em determinadas situações, das circunstâncias do caso concreto, havendo a aplicação do teste da proporcionalidade, a exemplo da RCL 22.328 e RE 685.493.

Segundo análise jurisprudencial realizada por Ingo Sarlet (2019), a posição preferencial da liberdade de expressão e informação é o entendimento atualmente adotado de forma majoritária pelo Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais Superiores.

O mesmo foi identificado por Magalhães (2021), em análise jurisprudencial a partir de categorias do discurso realizada com os julgados proferidos entre 2017 e 2020, e que inclusive identificou as justificativas e os testes interpretativos adotados por cada Ministro da Corte (ainda que não de maneira efetivamente uniforme e consistente), traçando um perfil individual.

Tabela 01: Ministro do STF e sua justificativa para a liberdade de expressão (2017-2020)

Ministro/Ministra	Justificativa	Julgado
Alexandre de Moraes	Democrática/Mercado de ideias	ADI 4.451 (2018)
Cármen Lúcia	Democrática	ADPF 548 (2020)

Celso de Mello	Democrática	Rcl 15.243/RJ (2019)
Dias Toffoli	Democrática	HC 146.303 (2018)
Edson Fachin	Democrática	ADI 2.566 (2018)
Gilmar Mendes	Democrática	HC 141.949 (2018)
Luiz Fux	Mercado de ideias/ Democrática	Rcl 28.747/MS (2018)
Marco Aurélio	Dignidade Individual/Mercado de Ideias/Democrática	RE 685.493 (2020)
Ricardo Lewandowski	Democrática	ADPF 548 (2020)
Roberto Barroso	Democrática/Dignidade Individual/Mercado de ideias	RCL 22.328/RJ (2018)
Rosa Weber	Democrática	ADPF 496 (2020)

Fonte: MAGALHÃES, Breno Baía (2021).

Tabela 02: Ministro do STF e teste jurisprudencial para a liberdade de expressão (2017-2020)

Ministro(a)	Teste	Julgado
Alexandre de Moraes	Proporcionalidade	ADPF 496 (2020)
Cármem Lúcia	Posição Preferencial	RCL 42.143 MC (2020)
Celso de Mello	Posição Preferencial	RCL 15.243/RJ (2019)
Dias Toffoli	Proporcionalidade	HC 146.303 (2018)
Edson Fachin	Posição Preferencial	ADI 2.566 (2018)
Gilmar Mendes	Proporcionalidade	HC 141.949 (2018)
Luiz Fux	Posição Preferencial	RCL 28.747/MS (2018)
Marco Aurélio	Posição Preferencial	RE 685.493 (2020)
Ricardo Lewandowski	Proporcionalidade	RCL 24.954/MG (2017)
Roberto Barroso	Posição Preferencial	RCL 22.328/RJ (2018)
Rosa Weber	Proporcionalidade	ADPF 496 (2020)

Fonte: MAGALHÃES, Breno Baía (2021)

Todavia, observa-se que esta presunção de primazia de um direito fundamental em face dos demais essencialmente contraria a teoria dos direitos fundamentais no que tange ao princípio da unidade da Constituição, no qual todas as normas constitucionais

possuem o mesmo valor e, segundo Virgílio Afonso da Silva (2021), enseja um dever de interpretação sistemática do texto constitucional. Dessa forma, presumir maior valor ao direito à liberdade de expressão em face dos demais inevitavelmente incorre em uma hierarquização entre os direitos.

Importante ressaltar que o teste da posição preferencial foi importado da doutrina estadunidense, cujo entendimento foi abandonado pela Suprema Corte durante a Guerra Fria, com a adoção de uma interpretação mais conservadora em relação à Primeira Emenda (EPSTEIN e WALKER, 2010). Logo, não é possível compreender o motivo da aplicação recorrente de um teste que é considerado como ultrapassado e conflitante com a dogmática nacional.

Da mesma forma, não parece haver real diferença entre a utilização do teste da posição preferencial de modo “relativo” e a aplicação do teste da proporcionalidade de Robert Alexy (2008), tendo em vista o afastamento da presunção *prima facie* a favor da liberdade de expressão e a valoração de acordo com as circunstâncias presentes no caso concreto para o julgamento do direito fundamental preponderante.

3.2 - Problemas relacionados à interpretação do discurso de ódio:

A princípio, é possível verificar que a Primeira Turma não fixa de forma unânime uma interpretação sobre a configuração de um discurso de ódio, uma vez que os ministros divergiram sobre o critério a ser adotado para a sua realização.

Os únicos que fizeram referência à existência de critérios objetivos para a configuração de um discurso discriminatório foram os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, que adotam o entendimento estabelecido por Norberto Bobbio em seu livro “Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais”. O Ministro Barroso, aparentemente, considerou apenas o conteúdo de cunho discriminatório e a sua ofensividade para a pessoa, enquanto a Ministra Weber considerou apenas o preenchimento dos requisitos da ação penal. O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, discorreu brevemente e somente acerca do discurso de ódio contra negros, com a atribuição de “características” necessárias para a sua configuração (negar sofrimento de negros ou apologia à escravidão etc.).

Tabela 03: Ministros da Primeira Turma do STF e critérios de caracterização do discurso de ódio no Inquérito 4694.

Ministro/Ministra	Critério(s)
Marco Aurélio	Critério triplo de Norberto Bobbio

Luiz Fux	Critério triplo de Norberto Bobbio
Roberto Barroso	Conteúdo discriminatório e Ofensividade
Rosa Weber	Requisitos da ação penal (tipicidade, ilicitude e culpabilidade)
Alexandre de Moraes*	Critério próprio: discurso que negue o sofrimento dos negros, negue os efeitos da escravidão, incite o tratamento desumano, degradante ou cruel ou realize apologia à escravidão.

*Trata somente do discurso discriminatório de cunho racista.

Fonte: Elaboração dos autores.

Esta divergência resulta na impossibilidade de um julgamento coeso acerca do tema, pois cada ministro estaria partindo de pressupostos diferentes para a análise e classificação de uma mesma conduta. Além disso, a inexistência de uma definição adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre conceitos básicos para a discussão do caso, como discurso de ódio, racismo, xenofobia e homofobia também dificulta a percepção de como elas podem ser expressas de maneiras diversas nos discursos e impossibilita uma análise adequada. Ou seja, não é possível a um juiz avaliar se um discurso é racista se ele não compreende o que é o racismo (tanto no geral quanto no seu contexto social específico), por exemplo.

O Ministro Marco Aurélio cita trecho de seu voto vencido no HC nº 82.424 (2003) a fim de demonstrar a compreensão assentada pela Corte sobre a análise do racismo. Entretanto, o julgado mencionado se referiu tão somente à abrangência da ideia de “raça” no texto constitucional, sugerindo que ela alcançaria os judeus, mas não desenvolveu uma definição do que seria racismo e discriminação racial. Apesar de demonstrar uma evidente expectativa de ampliação da abrangência do conceito de racismo, não seria possível considerar o seu entendimento como o compartilhado pela Corte, tendo em vista que não foi adotado pelos demais ministros no julgamento do caso (e nem posteriormente).

É possível inferir que, para o Ministro Alexandre de Moraes, a conceituação do discurso de ódio contra negros, ou seja, o discurso racista abarcaria: 1) negação do sofrimento dos negros; 2) negação dos efeitos da escravidão; 3) incitação de tratamento desumano, degradante ou cruel ou 4) apologia à escravidão. Ainda que tal conceituação se refira especificamente à caracterização do discurso de ódio de cunho racista, ela se

adequa ao critério triplo de Norberto Bobbio no que tange ao seu terceiro critério (formulação das consequências do juízo de valor de diferenciação).

A partir desta consideração, verifica-se que as manifestações do denunciado não seriam consideradas como criminosas, ainda que inexistente a imunidade parlamentar, pois ausentes as “características” discriminatórias.

No entanto, ambas características não apenas são demasiadamente restritivas, como também ignoram o caráter sistêmico, estrutural e dinâmico do racismo na sociedade brasileira, o qual pode ser expresso de formas diversas.

Do mesmo modo, não fica evidente a compreensão da diferença entre discriminação e preconceito, definidos de forma geral e conjunta pela Ministra Rosa Weber como “acepção negativa de condutas ou atos voltados a estabelecer diferenças entre pessoas por pensamento de superioridade ou maior capacidade física ou intelectual”.

No tocante ao tema racial, o jurista Silvio Almeida (2019) expõe esta diferença ao caracterizar o preconceito racial como um juízo construído a partir de estereótipos sobre membros de determinados grupos racializados. Outrossim, a discriminação racial é caracterizada pelo autor como uma diferença de tratamento atribuída aos membros de determinados grupos racializados. O preconceito não necessariamente ocasiona práticas discriminatórias, mas estas sempre possuem em sua origem uma lógica de preconceito.

A partir dessas definições concretas, é possível identificar que a discussão do caso é acerca da existência de atos discriminatórios (e não somente preconceituosos).

Ainda no tocante à ausência de definições conceituais, nota-se que os próprios núcleos do tipo penal descritos no artigo 20 da Lei nº 7. 716/1989 (incitar, praticar e induzir) não são delimitados durante os votos, com exceção da Ministra Rosa Weber que oferece um conceito simples, no sentido de explicar a literalidade das palavras, não discorrendo acerca da sua adequação ao caso concreto, tendo em vista que se tratam de vários discursos proferidos. Por sua vez, também não ocorre a classificação das manifestações do denunciado de acordo com esses núcleos, gerando dúvida sobre qual conduta ele teria praticado em cada parte do discurso. Bolsonaro induziu, incitou ou praticou falas racistas?

No mesmo sentido, é interessante observar a diferença entre os verbos utilizados nos critérios de caracterização do discurso de ódio adotados pelos Ministros Marco Aurélio e Roberto Barroso. O Ministro Marco Aurélio utilizou o verbo “incitar”, conforme descrito na lei mencionada, com uma interpretação de uma conduta discriminatória mais direta e explícita, de acordo com o terceiro critério elencado por

Norberto Bobbio. Já o Ministro Barroso utilizou o verbo “contribuir”, que abarca tanto as manifestações explícitas quanto implícitas (a exemplo da violência simbólica), o que se mostra mais condizente com o funcionamento do racismo no país, assim como expressa um reconhecimento de um cenário já existente de discriminação predominante na sociedade brasileira, o que é endossado pelos dados estatísticos expostos ao longo do seu voto.

Não obstante a diferença entre os verbos na língua portuguesa ser tênue, no contexto utilizado demonstram as divergências substanciais entre os entendimentos dos ministros e dos respectivos critérios adotados por eles.

O Ministro Marco Aurélio também exige que o discurso proferido possua capacidade de incitação de pensamentos e condutas para a sua caracterização como discurso de ódio, sem, entretanto, explicar como realizar a análise da existência e do grau dessa capacidade. Esse entendimento é um reflexo da percepção do racismo como uma conduta individual, que precisaria de uma “intenção” por parte do agente para a sua consumação, o que corresponde a uma visão completamente equivocada diante da realidade do racismo estrutural.

Adilson Moreira (2019), ao questionar a incidência do animus jocandi na análise judicial de “piadas” racistas, argumenta justamente que esta concepção tradicional de que o racismo consiste somente em ações com caráter intencional e arbitrário é insuficiente e limitante. No mesmo sentido, Silvio Almeida (2019) classifica essa percepção como a tese da concepção individualista do racismo, a qual o considera como uma falha moral cometida de forma individual na sociedade, e também a considera frágil e limitada.

À vista disso, a referida capacidade de incitação de pensamentos e condutas dos discursos discriminatórios é inerente ao seu próprio conteúdo, tendo em vista que reforçam e propagam os fundamentos de sistemas opressores que violentam pessoas diariamente. As condutas de violência incitados pelos discursos de ódio ocorrem diariamente por todas as regiões do país, sendo que todos os crimes de ódio são baseados nas concepções difundidas neste tipo de discurso, conforme foi argumentado pelo próprio Ministro Luis Roberto Barroso ao expor dados estatísticos da violência sofrida pela comunidade LGBTQ+ no Brasil. Assim, é preciso analisar essas manifestações no contexto (histórico, social e político) em que são proferidas para conseguir enxergar o seu impacto negativo na sociedade.

A exigência de uma análise da intenção do agente não se mostra somente equivocada mas também impossível diante da incapacidade dos magistrados conseguirem

saber o que se passou na mente do agente no momento em que proferiu o discurso e nem na das pessoas que o escutaram. A outra opção seria a ocorrência de um ato específico de violência (mais grave do que o crime de racismo) perpetrada com fundamento direto no discurso proferido pelo agente, o que tornaria a repressão criminal completamente inócua.

A partir do entendimento firmado pela Corte no HC nº 82.424 (2003), é possível observar que o objetivo da proibição judicial do discurso discriminatório não é somente a punição da ofensa à honra e dignidade coletiva do grupo ofendido, mas também a prevenção de crimes mais graves contra os membros desses grupos, a exemplo de lesões corporais e até mesmo o genocídio. Portanto, o critério da capacidade de incitação elencado pelo Ministro Marco Aurélio se mostra incoerente com a realidade social brasileira, bem como não possui uma formulação sólida que possibilite sua aplicação.

Outro ponto notável é a utilização do critério de Norberto Bobbio (2000) para a interpretação do discurso discriminatório pelos Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, criando um patamar extremamente rigoroso para a classificação do discurso de ódio e expressando a necessidade de uma intenção deliberada pelo interlocutor de violar a dignidade de um grupo para a sua configuração. Assim como os requisitos expostos pelo Ministro Alexandre de Moraes, ele não consegue abranger a complexidade do sistema racista e como ele se manifesta em discursos, podendo acarretar análises equivocadas.

O terceiro requisito deste teste é especialmente preocupante, pois, ao exigir que o discurso contenha uma sustentação da finalidade de subjugação ou extermínio físico do grupo “inferior” pelo “superior” para ser considerado discriminatório, acarreta a punição somente dos discursos explícita e extremamente ofensivos e na tolerância de manifestações evidentemente discriminatórias, mas expressas por meios mais sutis, o que é característica da discriminação contemporânea brasileira.

Acerca dos modos atuais de expressão do racismo, Adilson Moreira (2019) argumenta que ele se manifesta de maneira plural e dinâmica, sempre ressurgindo com o mesmo conteúdo em diferentes formas, visando a continuidade da manutenção do poder pelo grupo racial dominante em face do constante questionamento das práticas excludentes e das estratégias de dominação.

A decisão da corte deixaria, por exemplo, incólumes hipóteses em que uma pessoa deixa de conseguir emprego, por não ser portadora de “boa aparência” ou, mesmo, se por ser negra. A institucionalidade do racismo já fora, inclusive, detectada pela corte na ADC 41 (2017). Diagnóstico que, infelizmente, se estende ao próprio STF, cuja composição

atual (2020) não dispõe de ministros que representam a pluralidade da formação étnico-racial brasileira.

Ao determinar que o tipo penal será cumprido, tão somente, se o “racista” desejar a destruição de negros ou sustentar posições revisionistas sobre a escravidão, a corte dificulta, para não dizer que virtualmente inviabiliza, o combate criminal ao racismo construído na sociedade brasileira. Se a corte reconhece a existência de um racismo estrutural brasileiro, não ignorando que ele se perfaz de maneira velada e por meio de vários meandros, conforme os entendimentos formados na ADC 41 e ADPF 186, mas exige que a manifestação racista seja acompanhada de uma racionalidade prática destrutiva no campo físico, ela passa a reproduzir, chancelar e naturalizar estereótipos e práticas racistas.

No mesmo sentido, o teste do critério triplo não consegue abarcar a ocorrência da interseccionalidade de sistemas discriminatórios, a exemplo do sexismo e do racismo que atuam conjuntamente na opressão de mulheres negras.

Conforme Carla Akotirene (2019), a interseccionalidade é um termo criado por Kimberlé Crenshaw, se referindo à intersecção entre grupos identitários e conexão inseparável entre as estruturas de opressão, sendo a análise mais recorrente sobre a relação entre gênero, raça e classe social. Dessa forma, é possível observar que o discurso de Bolsonaro em relação aos quilombolas abrange tanto um preconceito racial quanto social, o que sequer chegou a ser mencionado nos votos. Assim, a interpretação estreita realizada pelo critério triplo impede a análise profunda dos discursos de ódio, pois sequer considera a sobreposição identitária como uma hipótese.

Ademais, há uma concordância nos votos majoritários de que as declarações proferidas pelo denunciado caracterizam discurso político, especialmente por conta da crítica às políticas públicas realizadas pelo Governo Federal acerca da demarcação de terras indígenas e quilombolas, assim como das políticas sobre imigração. Assim, consideram que o discurso político seria, de certa forma, incompatível com o discurso discriminatório, sendo que eles seriam mutuamente excludentes (o discurso pode ser somente político ou discriminatório).

Da mesma forma, ao considerarem o discurso de ódio como uma limitação à incidência da prerrogativa da imunidade parlamentar, incorreram na compreensão de que os discursos abarcados pela imunidade não podem ser considerados discriminatórios, o que novamente significaria uma incompatibilidade entre o discurso político e o discurso de ódio. Destas afirmações da corte, é possível inferir o entendimento jurisprudencial de

que o discurso de ódio não é, ou não pode ser, expresso como discurso político no espaço público.

Silvio Almeida (2019), ao propor o conceito de racismo estrutural, defende que a própria noção de raça é um elemento intrinsecamente político, tendo em vista a sua construção para justificar o colonialismo europeu. Além disso, nesta perspectiva, argumenta que o racismo pode ser desdobrado em um processo histórico, mas também político, tendo em vista que o poder político é requisito necessário para a ocorrência de qualquer tipo de discriminação sistemática de grupos sociais.

No mesmo sentido, Bel Hooks (2021) ao refutar o mito do “matriarcado negro” na sociedade estadunidense do século XX, argumenta que a característica principal de um matriarcado seria o exercício de poder social e político pelas mulheres na ordem social, o que não corresponde a realidade das mulheres, e especialmente de mulheres negras (que sofrem tanto sexismo quanto racismo). A autora também defende que o racismo é parte de um projeto político imperialista iniciado no período colonizatório, cuja instituição e manutenção sempre ocorreu de forma institucionalizada.

Portanto, o discurso discriminatório não só pode ser expresso como argumentação política, como possui um inerente caráter político. No mesmo sentido, verifica-se no voto do Ministro Alexandre de Moraes uma descaracterização do caráter nocivo do discurso de ódio por ser baseado em informações falsas e sem embasamento científico, o que se mostra problemático tendo em vista que todos os sistemas de discriminação (machismo, racismo, homofobia e etc) são baseadas em informações, demonstradamente, incorretas ou fundamentadas em dados pseudocientíficos, o que, entretanto, não diminui a sua capacidade de propagar o ódio e incentivar atos discriminatórios. Portanto, de transformar um discurso em ato e prática política.

Como exemplo do erro de dissociar racismo de discurso político, os ministros consideram que defender alterações substantivas no processo de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas, não significa defender a extinção ou destruição do grupo tradicional. Como salientado acima, a natureza estrutural e velada do racismo não deixa a Corte imune de reproduzir ou considerar como naturais, manifestações que, caso lidas e pensadas como atos políticos, poderiam, sim, significar a extinção dessas comunidades, cuja relação com as terras tradicionalmente ocupadas transcende o elemento de titularidade de uma propriedade e alcança uma dimensão existencial. Ou seja, mesmo o critério proposto pelo STF seria cumprido, caso deixasse de ler o caso a partir de uma visão etnocêntrica.

De outro modo, é interessante verificar o entendimento da Turma acerca da relação entre liberdade de expressão e *fake news*. Com exceção do Ministro Marco Aurélio, todos afirmaram que foram proferidas diversas informações falsas pelo parlamentar, mas que mesmo assim as declarações estariam protegidas pelo direito à liberdade de expressão. Essa compreensão advém da realização de uma distinção entre fato e opinião, na qual seria permitido a emissão de informações conhecidamente falsas desde que sejam veiculadas por meio de opinião, como o discurso proferido. O problema, no entanto, é quando as informações falsas tidas por opinativas não são qualificadas como racistas, por conta dos critérios eleitos pelo STF.

O julgamento do Inquérito 4781 em 2019, mais conhecido como “inquérito das fake news” e que apura suposto esquema de disseminação de notícias falsas e campanhas de difamação por meio de redes sociais por legisladores e seus funcionários, e as recentes decisões do Ministro Alexandre de Moraes em 2021, o entendimento acerca desse ponto parece ter sofrido alguma mudanças, havendo a determinação de busca e apreensão em relação à vários parlamentares e funcionários, bem como a prisão em flagrante do Deputado Federal Daniel Silveira (do PTB-RJ).

Estas decisões ocorreram após uma série de publicações em redes sociais realizadas pelo “Gabinete do Ódio” (denominação do suposto grupo criminoso) em evidente ataque contra o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, especialmente o Ministro Gilmar Mendes, assim como a incitação ao rompimento do Estado Democrático de Direito e o enaltecimento da ditadura militar, que são expressões características do grupo de ultradireita que compõe a base de apoio do atual presidente Jair Bolsonaro.

Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes considerou que a disseminação voluntária e intencional de notícias falsas seria ato contrário ao regime democrático e prejudicial à sociedade, não podendo ser abrangido pela liberdade de expressão. Assim, mudou seu entendimento tradicional de que as “fake news” seriam aceitáveis em uma sociedade democrática, com a adoção da teoria do mercado de ideias defendida por Dworkin (2006), para a visão atual de vedação veemente da sua disseminação realizada de forma intencional.

Entretanto, essa restrição não parece se dirigir a todos os tipos de notícias falsas, e sim especificamente às que possuam conteúdo antidemocrático, levando à conclusão de que o entendimento tradicional continua prevalecendo para as fake news com conteúdo racista ou propagadas entre particulares. Como discurso antidemocrático se incluem as manifestações que ataquem as instituições democráticas e seus membros (Corte

Constitucional e Congresso Nacional, principalmente), defendam ou enalteçam o período da ditadura militar brasileira, e a disseminação voluntária e intencional de notícias (sabidamente) falsas nos meios de comunicação (especialmente o virtual).

Considerando o contexto social e político de ataques recorrentes aos ministros do STF que lastreou a mudança de entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, é importante analisar que na avaliação das consequências do discurso antidemocrático, parece se ter concluído que o ataque aos membros das instituições democráticas teria um caráter negativo (e consequente reprovável) muito maior que o ataque aos membros dos grupos historicamente marginalizados. Essa conclusão ignora que as consequências da propagação em massa do discurso discriminatório é a opressão de milhares de cidadãos, perpassando desde a violência simbólica e a segregação até a própria eliminação.

Não obstante a importância da proteção das instituições democráticas, dentre elas a Corte Constitucional e seus membros, não é razoável desconsiderar o discurso discriminatório como antidemocrático quando suas consequências são letais na sociedade brasileira.

Nesse sentido, se torna necessário questionar a compatibilidade entre o discurso de ódio e próprio regime democrático. Segundo Magalhães (2021), a justificativa mais utilizada pelos ministros da Corte Constitucional para explicar a relevância da liberdade de expressão é a do fortalecimento da democracia, que preconiza a proteção das manifestações que garantam e promovam os ideais democráticos, ensejando uma maior proteção jurídica ao discurso político.

Assim, a Corte considera que este direito fundamental é necessário para fortalecer o Estado Democrático de Direito, especialmente considerando os diversos resquícios ainda presentes do período da ditadura militar, conforme demonstrado pelos entendimentos proferidos na ADI 4451 (2018), RE 685.493 (2020) e HC 141.949 (2018). A partir dos entendimentos proferidos no INQ 4649 (2018) e no INQ 4781 (2019), depreende-se que ela considera que o discurso racista seria abarcado pelo modelo democrático brasileiro, quando ele for proferido no âmbito do discurso político, especificamente de críticas às políticas públicas.

De acordo com Magalhães (2021), a tese adotada pelo STF acerca do modelo de democracia presente no Brasil seria a da poliarquia, formulada por Robert Dahl, a qual preconiza uma ordem política cujo objetivo seja a garantia da cidadania para a maioria das pessoas, tendo como uma de suas principais instituições o sufrágio inclusivo. Partindo desse conceito, a aparente compatibilidade entre o regime democrático e o discurso de

ódio admitida pela Corte não se mostra razoável. Segundo Waldron (2012), o discurso de ódio possui como objetivos principais a marginalização e exclusão de determinados grupos do meio social e político. Portanto, a prática do discurso de ódio constitui uma conduta antidemocrática, tendo em vista impedir o próprio exercício da cidadania e, subsequentemente, a participação política dos membros desses grupos marginalizados, não sendo possível a sua tolerância tanto no âmbito social quanto no político.

A aceitação do discurso de ódio no contexto de crítica à políticas públicas também se mostra incoerente com o entendimento estabelecido no HC 82.424/RS (2003), o qual caracterizou a prática de edição, distribuição e venda de livros com conteúdo anti-semita como crime de racismo. Ao confirmar a condenação de Siegfried Ellwanger determinada pelo Superior Tribunal de Justiça, a Corte veda a propagação de discursos de conteúdo discriminatório inclusive no âmbito político. É necessário perceber que os livros que foram objeto da lide continham conteúdo de defesa e propagação das teses de negacionismo do Holocausto (revisionismo histórico) e anti-semitismo, bem como de exaltação do regime nazista ocorrido na Alemanha. Portanto, o tipo de discurso proibido possui, essencialmente, conteúdo político, inclusive no âmbito da crítica política.

Entretanto, a caracterização de discurso político realizada atualmente pela Corte se mostra estar relacionada à incidência da imunidade parlamentar. Ou seja, o discurso seria caracterizado como político ou discriminatório em função de quem o profere, e não necessariamente do seu conteúdo. A partir do presente inquérito, é possível observar que quando a crítica política for realizada por parlamentares, possui uma proteção jurídica maior, abarcando os discursos de cunho discriminatório, o que não ocorreria caso o mesmo discurso fosse proferido por um cidadão comum, ainda que no mesmo contexto de crítica a uma política pública.

Também é notável a percepção do Ministro Fux sobre as declarações realizadas acerca de pessoas pobres, a qual considera que elas foram realizadas como piadas, ainda que utilizando expressões desrespeitosas. Esse entendimento incorre na discussão complexa da utilização do humor como instrumento de perpetuação de estereótipos preconceituosos e propagação de discursos discriminatórios, bem como o uso do *animus jocandi* para descaracterizar condutas discriminatórias no âmbito judicial.

No mesmo sentido, ele não consegue identificar a interseccionalidade de sistemas discriminatórios no discurso proferido, qual seja entre à discriminação social e racial presente nas declarações do parlamentar.

Da mesma maneira, observa-se nos votos dos Ministros Marco Aurélio, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber uma descaracterização da xenofobia motivada, em parte, pelo fato do denunciado não fazer distinção entre a origem dos imigrantes, o que afastaria a ocorrência de discriminação ou preconceito a estrangeiros.

Entretanto, tal argumentação não se mostra razoável do modo como foi exposta, tendo em vista que admite que as declarações expressam repúdio à todos os imigrantes, de forma indistinta, o que continuaria a configurar conduta xenofóbica. Assim, o entendimento parece ser de que a aversão a todos os estrangeiros não consiste em xenofobia, exigindo uma diferenciação entre as suas origens para a configuração do delito.

A interpretação do STF reforça um triste diagnóstico feito por Ginsburg e Huq (2018, p. 172) sobre a tibieza de leis que criminalizam o racismo e a xenofobia na proteção de ideais democráticos e plurais. Isso porque, acrescentamos, as leis que criminalizam o racismo dependem de uma definição anterior de racismo que será desenvolvido pelas Cortes, as quais, como vimos, podem concordar com as manifestações problemáticas em análise.

Enfim, é necessário acentuar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no tocante às declarações sobre LGBTQ+ pois ao compreender que a conduta cometida se encaixa no crime de incitação ou apologia ao crime (arts. 286 e 287 do Código Penal Brasileiro), há a imputação de tipo penal diverso do estabelecido na denúncia. Tal imputação é preocupante, no sentido que estende ao parlamentar um crime pelo qual não foi denunciado, não havendo a apresentação de provas para a sua ocorrência e impossibilitando a realização de sua defesa sobre a questão.

Em 13 de junho de 2019, foram proferidas as decisões na ADO 26 e MI 4.733, que incluíram a homotransfobia como um dos tipos penais do crime de racismo, superando o cenário de omissão legislativa presente no caso analisado. Nesses julgados, a Corte adotou definições concretas acerca dos conceitos de homotransfobia e racismo, sendo notável uma mudança nas referências doutrinárias utilizadas, tendo em vista que os autores mencionados são especialistas nacionais no âmbito do Direito Antidiscriminatório (como Paulo Iotti), desviando um pouco da usual utilização de autores estrangeiros e mais aclamados (como John Stuart Mill e Dworkin).

No que tange ao discurso de ódio homotransfóbico, foi conceituado como sendo todo tipo de exteriorização que incite a discriminação, hostilidade ou a violência contra

pessoas em razão de sua orientação sexual (homofobia) ou identidade de gênero (transfobia).

Já o racismo foi conceituado como toda tipo de manifestação de poder que, ao buscar justificção na desigualdade, objetiva viabilizar a dominação do grupo majoritário sobre integrantes de grupos vulneráveis, fazendo instaurar, mediante odiosa e inaceitável inferiorização, situação de injusta exclusão de ordem política e de natureza jurídico-social.

A partir desse novo entendimento, o racismo passou a ter um caráter abrangente, sendo, na verdade, equivalente à discriminação ou discurso de ódio. A definição adotada de racismo faz com que ele seja tão somente o tipo penal que abrange todo tipo de discriminação, inclusive as que já eram tipificadas (como o sexismo), sendo transformado em um crime de ampla aplicabilidade.

O caráter positivo dessa decisão é o alcance de sistemas discriminatórios ainda não criminalizados ou sequer abrangidos pela legislação nacional, sendo que a decisão ocorreu justamente em uma tentativa de suprir a omissão legislativa em face de um cenário de aumento da violência contra a comunidade LGBTQ+.

Por outro lado, o caráter negativo, além da questão do ativismo judicial e atuação legislativa por parte da Corte Constitucional (que necessitaria de um artigo próprio para sua discussão), está na junção de situações que, ainda que guardem algumas semelhanças, são diferentes, como a homotransfobia, o racismo em relação à raça, a intolerância religiosa e a xenofobia. Assim, se mostra inevitável a ocorrência de um esvaziamento do conceito pela sua generalização ampla demais, dificultando até mesmo sua aplicação pelos magistrados.

Outrossim, o tratamento do crime de racismo em relação à raça continua sem uma definição específica pelo Supremo Tribunal Federal até o presente momento.

3.2. Problemas relacionados à imunidade parlamentar:

Na análise da denúncia pela Primeira Turma, é possível verificar que não são todos os membros que examinam a questão da imunidade parlamentar. Apenas os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Alexandre de Moraes trataram do tópico em seus votos, sendo que os Ministros Barroso e Fux se limitam a citá-la sem explicar a sua utilização nos argumentos.

A ausência de análise deste tópico por alguns membros da Turma resulta em certo empobrecimento da argumentação, tendo em vista que a prerrogativa parlamentar é uma

das questões mais importantes do julgado, e dificulta o estabelecimento de uma compreensão completa da Primeira Turma ou da Corte sobre o caso, especialmente sobre a interação entre discurso político e de ódio.

Os Ministros que se propõem a avaliar a incidência da prerrogativa realizam inicialmente uma avaliação do conteúdo das declarações e se elas se encaixam no tipo penal e, posteriormente, se a imunidade é aplicável à situação. Todavia, considerando que o julgamento se trata do recebimento de denúncia, verifica-se que a ordem de análise adotada não seria a mais adequada, dada a natureza prejudicial da imunidade.

A imunidade parlamentar consiste em uma garantia instituída em função da relevância do cargo em uma democracia e que, no plano material, proporciona inviolabilidade às palavras proferidas pelos congressistas durante seus mandatos e no desempenho de suas funções. Desse modo, no âmbito penal, ela caracteriza uma excludente de tipicidade que, de acordo com as características básicas do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), deveria ser analisada primeiro. Caso se considerasse que a excludente é aplicável, nem seria necessário examinar o conteúdo do discurso, o que reitera a ocorrência de inversão da ordem de análise nos referidos votos.

Além disso, observa-se que não há uma concordância acerca dos critérios a serem utilizados para analisar a incidência da prerrogativa da imunidade parlamentar no caso. Alguns Ministros consideram apenas o “nexo de implicação recíproca” (como o Relator), qual seja o nexo causal entre as falas proferidas e o exercício do cargo de deputado federal, enquanto outros (como o Ministro Alexandre de Moraes) exigem a relação das declarações com as finalidades características dos parlamentares (*propter officium*), que seriam a crítica política, prestação de contas ou informação do cidadão.

Há também os que não esclarecem os critérios utilizados, a exemplo do voto da Ministra Rosa Weber, no qual considera que as declarações referentes aos membros das comunidades quilombolas não possuem conexão com a atividade parlamentar sem, entretanto, explicar os motivos para a inaplicabilidade da prerrogativa.

Outrossim, os Ministros que abordaram a imunidade parlamentar em seus votos não demonstram estar em acordo acerca da sua extensão no âmbito da discussão sobre o discurso de ódio. A partir dos seus entendimentos, é possível construir três hipóteses de análise: 1) As manifestações do denunciado são criminosas, mas estão abarcadas pela prerrogativa da imunidade parlamentar; 2) as declarações não configuram conduta criminosa e, adicionalmente, estão acobertadas pela imunidade parlamentar e 3) as

manifestações proferidas são criminosas, mas a cláusula de imunidade parlamentar não afasta a tipicidade por se tratar de discurso de ódio.

No geral, o entendimento da Turma parece se encaixar na segunda hipótese, considerando o resultado do julgamento pela rejeição da denúncia nos termos do voto do Relator, o qual concluiu que as manifestações direcionadas aos quilombolas não possuem caráter criminoso por não cumprirem o critério tríplice de Norberto Bobbio e consistirem em críticas à políticas públicas, além de estarem abrangidas pela imunidade parlamentar, tendo em vista que o convite para a palestra na qual o discurso foi proferido foi realizado em função do cargo do denunciado.

Entretanto, a partir de uma análise individual dos votos, é possível verificar um desacordo nos entendimentos quanto à relação entre a prerrogativa da imunidade parlamentar e o discurso de ódio, especificamente sobre a extensão da imunidade nesses casos. Tal situação resulta na realização de análises com critérios não apenas diferentes, mas, principalmente, divergentes entre si. Logo, há uma impossibilidade de estabelecer um entendimento jurisprudencial sólido sobre a questão, a qual se mostra de extrema relevância para o cenário democrático atual.

Com a advinda do Inquérito 4781 em 2019, e as recentes decisões monocráticas do Ministro Alexandre de Moraes, o entendimento acerca da abrangência da prerrogativa da imunidade parlamentar parece ter sofrido algumas mudanças.

Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes, que anteriormente possuía posição de ferrenha defesa da abrangência da imunidade parlamentar, atualmente parece ter mudado de entendimento, compreendendo que ela não abrange manifestações com conteúdo de ataque ao regime democrático e suas instituições (como o próprio STF), sendo necessária a ação do Poder Judiciário no sentido de impedir esta associação criminosa.

Assim, segundo o Ministro, os parlamentares investigados estariam se utilizando da imunidade parlamentar e liberdade de expressão como um instrumento de salvaguarda em face da responsabilização judicial pelo cometimento de práticas criminosas voluntárias, ou seja, desviando-se do objetivo original da garantia de proteger parlamentares da perseguição e abuso estatal para a preservação do regime republicano.

Dessa forma, é possível observar que o Ministro classifica o discurso antidemocrático como um novo limite tanto para o direito à liberdade de expressão quanto para a garantia da imunidade parlamentar, tendo em vista conterem um conteúdo de ódio (o que não é explicado explicitamente, mas parece se referir às ameaças de violência

física), visando a subversão da ordem e incentivo à quebra da normalidade institucional e democrática.

Entretanto, por se tratar de uma decisão monocrática, não é possível analisar se houve uma mudança de entendimento na Corte, mas ainda assim é um sinal de alteração na concepção dos limites da garantia da imunidade parlamentar.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo realizou análise do Inquérito 4694 com o objetivo de identificar o tratamento da liberdade de expressão, do discurso de ódio e da imunidade parlamentar pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, foi possível identificar a ausência de um entendimento sedimentado na Corte, com a utilização de justificativas e testes interpretativos diferentes (e até mesmo divergentes) pelos Ministros, impossibilitando a construção de uma jurisprudência consolidada acerca do tratamento do discurso de ódio no âmbito parlamentar, o que se mostra um reflexo de um panorama geral nos julgados do STF.

Não obstante este cenário, foram observados problemas interpretativos acerca da liberdade de expressão e do discurso de ódio, bem como aplicação da imunidade parlamentar.

No que tange à liberdade de expressão, verificou-se a utilização preponderante do teste interpretativo da posição preferencial pelos Ministros da Turma, o que reflete o entendimento majoritário da Corte, mesmo que a pressuposição da primazia da liberdade de expressão se mostre em desacordo com as bases da teoria dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, identificou-se a utilização da teoria da posição preferencial “relativa”, criada e exposta pelo Ministro Luis Roberto Barroso, a qual não demonstra diferença efetiva do tradicional método da ponderação de Robert Alexy.

Acerca do discurso de ódio, a despeito da ausência de critérios interpretativos claros e definidos de forma geral pela Corte, observou-se que havia uma preponderância na adoção do teste do critério triplo em relação à categoria de discurso de ódio, formulado pelo filósofo Norberto Bobbio em seu livro “Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais”, no qual propõe três critérios para a caracterização de um discurso como discriminatório, na seguinte ordem: 1) juízo de fato; 2) juízo de valor; 3) concepção de que o grupo considerado superior teria o direito de suprimir, dominar, subjugar ou exterminar o grupo considerado inferior.

Todavia, a utilização do critério triplo seria problemática, na medida que este teste não concebe o discurso discriminatório como parte de um sistema de opressão, baseada na concepção de que um grupo seria “naturalmente” superior a outros a partir de critérios morais construídos sócio-historicamente, e que pode ocorrer tanto de maneira explícita quanto sutil, a exemplo da violência simbólica. Além disso, pelo mesmo motivo, ele não abrange as ocorrências de interseccionalidade de discriminações presentes em um mesmo discurso.

Quanto à imunidade parlamentar, observou-se que não há uma concordância acerca dos critérios a serem utilizados para analisar a incidência da prerrogativa da imunidade parlamentar no caso. No mesmo sentido, os Ministros não demonstram estar em acordo acerca da sua extensão no âmbito da discussão sobre o discurso de ódio, sendo que o entendimento geral parece ser de que as declarações não configuram uma conduta criminosa e estão acobertadas pela imunidade parlamentar.

5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Silvio. Racismo estrutural. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia : O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos estud. CEBRAP, São Paulo , v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 dez. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

EASTLAND, Terry (Coord), Freedom of Expression in the Supreme Court: The Defining Cases: Boston: Rowman & Littlefield, 2000.

EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. Constitutional Law for a Changing America. 7ª ed. Washington: Congressional Quarterly Inc., p. 211, 2010.

FISS, Owen M. Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power. Massachusetts: Westview, 1996.

GHANEA, Nazila. Intersectionality and the spectrum of racist hate speech: Proposals to the un committee on the elimination of racial discrimination. Human Rights Quarterly, v. 35, n. 4, p. 935-954, 2013. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hurq35&div=50&g_sent=1&casa_token=y-DaBZ19HUQAAAAA:H1PY5qCuc8vVSJPjBBsQXdqyP8SDCrjflgLc-TzI1I7tF0tZ9rNqubFVdE2eYQYL6r9jtO7yku0&collection=journals>. Acesso em: 13 dez. 2020.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. How to save a constitutional. Chicago: The University of Chicago Press, 2018, p. 172.

HARTMANN, Ivar A.. Crise dos precedentes no Supremo: o caso dos precedentes sobre liberdade de expressão. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 109-128, 2020. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/462>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

HARTMANN, Ivar Alberto. Liberdade de Expressão e Capacidade Comunicativa. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 39, p. 145-183, 2019. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/665>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

KARST, Kenneth. Equality as a Central Principle of the First Amendment. University of Chicago Law Review. Vol. 43, nº 01, p. 20-68, 1975.

KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN. Constitutional Law. 19ª ed. New York: Foundation Press: 2016, p. 944-949.

KOATZ, Rafael Lorenzo Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Daniel Sarmiento. (Org.). Direitos Fundamentais na Jurisprudência do STF: Balanço e Crítica.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LAURENTISS, Lucas Catib de. THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de Expressão: Teorias, Fundamentos e Análise de casos. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2260-2301, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662020000402260&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 29 mar. 2022.

MAGALHÃES, Breno Baía. A liberdade de expressão na jurisprudência do STF (2017-2020): justificativa poliárquica e o teste da posição preferencial relativa. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 26, n. 4, p. 18-18, 2021. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/12247>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

MOREIRA, Adilson. Racismo recreativo. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1921, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200209&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 mar. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. *REI-Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n.3, p. 1207-1233, 2019. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18859/2/LIBERDADE_DE_EXPR ESSO_E_O_PROBLEMA_DA_REGULAO_DO_DISCURSO_DO_DIO_NAS_MDIA S_SOCIAIS.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

SULLIVAN, Kathleen M. Two Concepts of Freedom of Speech. *Harvard Law Review*. Vol. 124, nº 01, p. 143–177, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2017.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.