

RODOLFO VIANA PEREIRA
ORGANIZADOR

DIREITOS POLÍTICOS,
LIBERDADE DE EXPRESSÃO
E DISCURSO DE ÓDIO

Volume II



instituto para o desenvolvimento democrático

RODOLFO VIANA PEREIRA
ORGANIZADOR

DIREITOS POLÍTICOS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

VOLUME II

Baixe gratuitamente essa obra em:

<https://doi.org/10.32445/97885671340621>



instituto para o desenvolvimento **democrático**
Belo Horizonte - 2018

D598 Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso
de ódio. / organização de Rodolfo Viana Pereira – Belo Horizonte:
IDDE, 2018.

188p.; v.2.;22,5cm

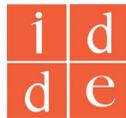
ISBN 978-85-67134-06-2

<https://doi.org/10.32445/9788567134062>

1. Direitos políticos. 2. Liberdade de expressão. 3. Análise do discurso.
4. Campanha eleitoral. 5. Ódio – Discurso. I. Pereira, Rodolfo Viana (org.).

CDD 342.07 (22.ed)

CDU 342.81



instituto para o desenvolvimento democrático

Rua Espírito Santo, 1204, Loja Térrea - Centro - Belo Horizonte - MG
CEP 30.160.031

Editoração gráfica:
André Esteves
(Quarto Crescente Design)

APRESENTAÇÃO

Rodolfo Viana Pereira 5

LIBERDADE DE EXPRESSÃO POLÍTICA DAS E NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR

Christiane Costa Assis 7

O DISCURSO HOMOTRANSFÓBICO COMO LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DISCURSO POLÍTICO: UMA DISCUSSÃO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E DA FALA ENQUANTO POTÊNCIA

Luiz Carlos Garcia 25

VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO PROGRESSISTA DA CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO RACIAL NA PROPAGANDA POLÍTICO-ELEITORAL

Diogo Fernandes Gradim 43

A LIBERDADE DO DISCURSO NO FÓRUM TÉCNICO DO PLANO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DE MINAS GERAIS: O EMBATE EM TORNO DAS QUESTÕES DE GÊNERO

Rodrigo Élcio Marcelos Mascarenhas 67

QUAL É A RESPOSTA DO PARLAMENTO AO DISCURSO DE ÓDIO? REFLEXÕES ACERCA DOS PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES POR QUEBRA DE DECORO E DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS IMUNIDADES PARLAMENTARES

Julia Camara Alves Moreira 89

STF OU TSE, QUEM DIZ O QUE DIZER?

Lucas Tavares Mourão 117

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO NA ARENA POLÍTICA: ENTRE O CRITÉRIO MORAL E O PRAGMÁTICO

André Matos de Almeida Oliveira 143

SERIA “DEUS” UM BOM CABO ELEITORAL?

Aghisan Xavier Ferreira Pinto 165

CONSELHO EDITORIAL 183

Rodolfo Viana Pereira¹

A presente obra complementa a série de debates travados em torno da temática dos discursos de ódio frente ao princípio constitucional da liberdade de expressão, tendo por viés específico o universo dos direitos políticos. Como mencionado no Volume I ([acesse aqui](#)):

“Vivemos a era da polarização. No cenário político brasileiro – e por que não mundial –, a impressão é a de que não há espaço para a consensos e de que as claques se entrincheiram cada vez mais, com vozes ampliadas no ecossistema virtual das redes sociais. E esse movimento traz consigo a radicalização das opiniões, impulsionando discursos virulentos, abjetos, discriminatórios.”¹

Essa opinião pode ser facilmente constatada nas manifestações travadas nas ruas e nas redes sociais por ocasião do processo eleitoral presidencial deste ano de 2018. Apoiadores de distintos campos político-eleitorais passaram a agir e a se expressar tendo por suporte argumentativo principal a bestialização do(s) oponente(s), de modo mais sutil ou mais explícito, o que leva, inexoravelmente, à indagação: o que fazer em relação a esses discursos? Deixá-los circular livremente ou impor restrições legais? Havendo restrições legais, qual a perspectiva adotar: mais restritiva ou mais liberal?

Esse segundo volume da série reflete a complexidade do debate. Ao fim e ao cabo, as discussões em torno do tema sempre trazem, ainda que de modo latente, as opções de cada um dos autores em prol do aumento ou da diminuição do controle legal dos atos de fala que mobilizam discursos de ódio.

Cristiane Assis começa com uma provocação interessante ao analisar quais os limites da liberdade de expressão política *das* e *nas* Instituições de Ensino Superior, ou seja, tanto em relação às suas comunicações externas quanto às suas comunicações direcionadas a alunos, docentes e funcionários. *Luiz Carlos Garcia* sustenta, sem rodeios, ser possível limitar a liberdade de expressão de candidatos no caso de veiculação de discurso homotransfóbico. *Diogo Gradim*, por sua vez, ostenta posição mais liberal ao tratar da

1 PEREIRA, Rodolfo Viana (org.). Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio. V. I. Belo Horizonte: IDDE, 2018, p. 5.



possibilidade de controle do discurso de ódio racial pela via da criminalização, dialogando com as teorias criminológicas tradicionais (positivistas) e a criminologia crítica. *Rodrigo Mascarenhas* parte de uma experiência concreta: afere se a liberdade de expressão foi garantida no Fórum Técnico do Plano Estadual de Educação, promovido pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais em 2016, sobretudo quando constatada a prática de discurso de ódio por participantes ou parlamentares. *Júlia Câmara* avalia de que forma os “discursos de ódio” veiculados por deputados federais são reprimidos no Congresso Nacional, a partir da apreciação tanto das previsões do Código de Ética e Decoro Parlamentar, quanto de eventuais procedimentos disciplinares instaurados em seu desfavor. *Lucas Mourão* desenvolve uma análise comparativa das posições do STF e do TSE quanto à proteção e aos limites da liberdade de expressão, sustentando haver posições conflitantes entre as Cortes. *André Oliveira*, a partir de uma abordagem teórico-filosófica, aponta soluções para o julgamento de casos difíceis envolvendo a temática do discurso de ódio e da liberdade de expressão, chamando a atenção para o risco da utilização não cautelosa de teorias morais e para a necessidade de se partir de uma abordagem mais pragmática e consequencialista. *Aghisan Pinto*, por fim, insere o debate no seio do binômio laicização *v.* influência religiosa nos processos eleitorais brasileiros, testando a (in)compatibilidade normativa da candidatura confessional no Brasil.

Os artigos ora apresentados nesse Volume II são resultado novamente das discussões e dos seminários realizados na disciplina “*Liberdade de expressão, (in)tolerância e propaganda eleitoral*” por mim ministrada no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da UFMG. Agradeço a todos os participantes pelo rico debate produzido e agora disponibilizado ao público.

Rodolfo Viana Pereira

Professor da Faculdade de Direito da UFMG

Coordenador Acadêmico do IDDE

LIBERDADE DE EXPRESSÃO POLÍTICA DAS E NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR

Christiane Costa Assis¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a liberdade de expressão política das Instituições de Ensino Superior, inclusive em seu âmbito interno. Para tanto, analisa não só a legislação sobre o tema mas também as construções doutrinárias, além de apontar casos ilustrativos. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica de obras nacionais e estrangeiras. Como resultado, apontaram-se as dificuldades para se estabelecer limites à liberdade de expressão, apesar da existência de construções teóricas sobre o tema, sendo necessário analisar as circunstâncias de cada caso.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão política consiste em um desdobramento dos direitos políticos essenciais à democracia. Sabe-se que os cidadãos são portadores desse direito, mas é possível que ele sofra limitações inclusive em função do sujeito que o exerce.

O presente artigo pretende abordar a liberdade de expressão política das Instituições de Ensino Superior (IES), entendida como a manifestação de posicionamento político da própria instituição. Convém esclarecer que o artigo não abordará a campanha eleitoral declarada ou a utilização da coisa pública para finalidades ilícitas, uma vez que tais análises demandam pesquisa diferente da ora realizada. A intenção é verificar se uma IES pode manter alguma proximidade com os atores políticos em função de seus interesses institucionais.

O artigo aborda, ainda, a liberdade de expressão política no âmbito interno da IES, ou seja, trata sobre possíveis limitações a esse direito para professores, funcionários e alunos

1 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora da graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogada.

da instituição, considerando as possíveis perseguições políticas resultantes dos diferentes posicionamentos.

Considerando a próspera produção científica relativa à liberdade de expressão nos Estados Unidos, o trabalho apresentará aportes teóricos norte-americanos. Entretanto, ilustrar-se-ão, com exemplos brasileiros, algumas situações nas quais a liberdade de expressão política “das” e “nas” IES foi colocada em debate, apresentando-se legislação e doutrina brasileiras sobre o tema.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA IES

A primeira tentativa de constitucionalização da autonomia universitária no Brasil se deu em 1823 na proposta de criação das faculdades de Direito de São Paulo e Olinda. O projeto foi apreciado pela Assembleia Geral Constituinte que foi dissolvida por Dom Pedro I². A Constituição Imperial não afirmava a autonomia das IES; além disso, na época, existiam poucas faculdades e inexistiam universidades³. A primeira afirmação da autonomia das universidades veio com o Decreto nº 19.851, de 11 de abril de 1931, que afirmou em seu art. 9º a autonomia administrativa, didática e disciplinar, conferindo ainda personalidade jurídica às universidades⁴. Porém, “a ausência de uma política universitária esclarecida e a falta de uma ideia dessa autonomia levaram o legislador a promulgar uma pletora de leis, decretos e portarias”⁵.

As constantes mudanças legislativas brasileiras evidenciam o tema espinhoso da autonomia das IES, que, a pretexto de controle de qualidade pelo Estado, podem converter-se em “cabo eleitoral” para candidatos e partidos políticos. Tais instituições são o *locus* de produção do conhecimento, e uma intervenção estatal exagerada pode culminar no direcionamento do ensino em favor de determinadas ideologias partidárias e influenciar votos.

A Constituição de 1934 conferiu privativamente à União a competência para dispor sobre as diretrizes da educação nacional e fixar o plano nacional de educação, porém foi na vigência da Constituição de 1946 que se publicou a primeira lei geral sobre educação

2 BOAVENTURA, Edivaldo M. A constitucionalização da autonomia universitária. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 27, n. 108, p. 297-308, out./dez. 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175827/000451509.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 nov. 2017, p. 299.

3 Ibidem.

4 BRASIL. Decreto nº 19.851, de 11 de abril de 1931. Dispõe que o ensino superior no Brasil obedecerá, de preferencia, ao systema universitario, podendo ainda ser ministrado em institutos isolados, e que a organização technica e administrativa das universidades é instituida no presente Decreto, regendo-se os institutos isolados pelos respectivos regulamentos, observados os dispositivos do seguinte Estatuto das Universidades Brasileiras. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19851.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

5 BOAVENTURA, op. cit., p. 299.

no Brasil⁶: a Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1961 (Lei nº 4.024), que afirmou em seu art. 4º a liberdade de ensino, assegurando a todos o direito de transmitir seus conhecimentos na forma da lei e, ainda, em seu art. 80, a autonomia universitária didática, administrativa, financeira e disciplinar⁷.

Em 1968, criou-se a Lei nº 5.540, que fixou normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média, cujo art. 3º afirmou que “as universidades gozarão de autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira, que será exercida na forma da lei e dos seus estatutos”⁸. A referida lei foi revogada pela Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, ainda em vigor. Ao tratar do ensino superior, essa nova lei apresentou as possibilidades de intervenção na instituição, como suspensão temporária de prerrogativas da autonomia e descredenciamento se ocorressem deficiências eventualmente identificadas na avaliação para credenciamento de instituições e reconhecimento dos cursos, que deveriam ser renovados periodicamente (art. 46, *caput* e § 1º).

A mesma lei apresentou uma distinção de tratamento para instituições públicas e privadas, afirmando que, no caso de instituição pública, o Poder Executivo responsável por sua manutenção acompanharia o processo de saneamento e forneceria recursos adicionais, se necessários, para a superação das deficiências (§ 2º). Já no caso de instituição privada, além das sanções mencionadas, o processo de reavaliação poderia resultar também em redução de vagas autorizadas, suspensão temporária de novos ingressos e de oferta de cursos (§ 3º).

O Decreto nº 2.207, de 16 de abril de 1997, tratou sobre o sistema federal de ensino e apresentou, em seu art. 7º, uma possibilidade diferente de intervenção ao afirmar que o Ministério da Educação e do Desporto, no exercício de sua função de supervisão do sistema federal de ensino, poderia determinar a intervenção, com a designação de dirigente pró-tempore, nas IES, em decorrência de irregularidades verificadas ou em inquéritos administrativos instaurados⁹. Trata-se de hipótese de intervenção fora do processo de avaliação da instituição e sem necessidade de apresentar-se representação de alunos,

6 Ibidem, p. 300.

7 BRASIL. Lei nº 4.021, de 20 de dezembro de 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4024-20-dezembro-1961-353722-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

8 BRASIL. Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968. Fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5540.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

9 BRASIL. Decreto nº 2.207, de 15 de abril de 1997. Regulamenta, para o Sistema Federal de Ensino, as disposições contidas nos arts. 19, 20, 45, 46 e § 1º, 52, parágrafo único, 54 e 88 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2207.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

professores ou pessoal técnico-administrativo. O referido decreto de abril foi revogado pelo Decreto nº 2.306 em 19 de agosto do mesmo ano, que também tratou sobre o sistema federal de ensino e manteve a mencionada possibilidade de intervenção. Em 2006, o Decreto nº 5.773 revogou o de agosto de 1997.

Em 2001, o Decreto nº 3.860¹⁰ dispôs tanto sobre a organização do ensino superior e avaliação dos cursos quanto sobre as instituições, dando autonomia aos Centros Universitários (art. 11, § 1º) e aos Centros Federais de Educação Tecnológica (art. 11-A, § 1º) para criar, organizar e extinguir em sua sede cursos e programas de educação superior e ainda remanejar ou ampliar vagas nos cursos existentes. Caso fossem identificadas deficiências ou irregularidades nas ações de supervisão, avaliação e reavaliação, o Poder Executivo poderia determinar a suspensão de reconhecimento e desativação de cursos superiores, suspensão temporária de prerrogativas de autonomia, intervenção ou descredenciamento da instituição (art. 35).

O referido decreto foi revogado pelo já mencionado Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006¹¹, ainda em vigor, que dispôs sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. O decreto condicionou as prerrogativas da autonomia universitária ao credenciamento e funcionamento regular com padrão satisfatório de qualidade (art. 13, § 2º). O mesmo decreto afirmou, ainda, a possibilidade de representação de alunos, professores e pessoal técnico-administrativo em face de irregularidades no funcionamento da instituição de ensino superior (art. 46). Caso a instituição não promovesse o saneamento das deficiências no prazo determinado ou se a representação fosse admitida de imediato, seria instaurado processo administrativo para aplicação das penalidades de desativação de cursos e habilitações, intervenção, suspensão temporária de prerrogativas da autonomia ou descredenciamento (art. 52).

Em meio às alterações legislativas, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 226, os princípios da educação, afirmando expressamente a “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” e ainda o “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”¹². Por meio de tais disposições, a Constituição de 1988 foi a primeira a assegurar

-
- 10 BRASIL. Decreto nº 3.860, de 9 de julho de 2001. Dispõe sobre a organização do ensino superior, a avaliação de cursos e instituições, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3860.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- 11 BRASIL. Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773.htm#art79>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- 12 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

a autonomia universitária, que abrange as dimensões didático-científica, financeira e patrimonial¹³.

A atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação classifica como instituições públicas aquelas criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público e privadas aquelas mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (art. 19)¹⁴. Por sua vez, as instituições privadas subdividem-se em particulares em sentido estrito, se instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado; comunitárias, se instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade; confessionais, se instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendam a orientação confessional e ideologia específicas; ou filantrópicas, na forma da lei (art. 20)¹⁵.

A universidade é uma instituição que pertence à sociedade e está vinculada aos organismos que a mantêm; portanto, está sujeita a certas limitações em sua liberdade de ação e de funcionamento em razão dos objetivos que busca¹⁶. Não se afasta também a presença do Estado, que exerce controle especialmente em relação aos gastos, mas sem interferir na atividade universitária¹⁷.

A autonomia conferida à universidade significa uma possibilidade de auto-organização, o que permite a formação de departamentos especializados dos cursos. As prerrogativas e o grau de autonomia de cada departamento dependem do estatuto da instituição de ensino superior, mas é necessário considerar a possibilidade de divergências entre departamentos e instituição no tocante à gestão acadêmica – nesse caso, caberá a cada estatuto regular o meio para solução do conflito. Entretanto, a divergência ganha outra dimensão quando se trata de uma manifestação externa da instituição, como é o caso de apoio político a determinado partido ou candidato.

O apoio político perpassa pelo interesse da instituição de ensino superior na eleição de um candidato ou partido que pode significar o aumento de verba para suas atividades. No caso de instituições públicas, há claro interesse, já que a educação recebe diferentes graus de atenção dos partidos no direcionamento das verbas. Para as instituições privadas, a proximidade com um candidato ou partido pode implicar inclusive indiretamente o aumento

13 BOAVENTURA, Edivaldo M. A educação na Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 29, n. 116, p. 275-286, out./dez. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176040/000472173.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 18 nov. 2017, p. 278.

14 BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394compilado.htm>. Acesso em: 30 dez. 2017.

15 Ibidem.

16 BOAVENTURA, op. cit., p. 302.

17 Ibidem.

de verbas em função da influência e do prestígio. Ambos os casos, *a priori*, não consistem em condutas ilícitas, uma vez que naturalmente a instituição tem o legítimo interesse em manter, ou mesmo em ampliar, suas atividades de ensino e pesquisa. O problema reside nos limites do apoio, uma vez que há vedações a certas condutas para IES, que não podem se converter em “cabos eleitorais”.

No caso de instituições públicas, os apoios exigem ainda mais cautela, uma vez que seus integrantes são servidores públicos. Aliás, o envolvimento de dinheiro público na propaganda eleitoral perpassa pela regulação e pelo controle de conteúdo da justiça eleitoral¹⁸. Para as IES públicas, aplicam-se as vedações de condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais prevista no art. 73 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997). Porém, o apoio pode não advir de um servidor específico, e sim da instituição como um todo, até mesmo de forma indireta. Um convite ao candidato para participar de evento científico na instituição pode converter-se em palanque para campanha eleitoral; mas estabelecer na prática os limites de tal manifestação não é fácil.

Cite-se o exemplo ocorrido na Universidade Fumec (Fundação Mineira de Educação e Cultura), em Belo Horizonte (MG), que no ano de 2017 – anterior às eleições para presidente da República – convidou o deputado federal Jair Bolsonaro, do Partido Social Cristão e eleito pelo Rio de Janeiro, para palestrar no evento “Pensando o Brasil”. A reação ao convite foi violenta, resultando inclusive em manifestação na entrada da instituição convocada pela Associação de Ex-alunos da Fumec, que discordou da postura da instituição¹⁹. Além da manifestação que contou com a presença de alunos, ex-alunos e participantes externos²⁰, o Diretório Acadêmico de Psicologia da instituição também se posicionou contrariamente à recepção do deputado por meio de nota de repúdio divulgada em rede social²¹.

A controvérsia deu-se em função de posições polêmicas apresentadas pelo deputado, sua possível candidatura à presidência da República e pelo fato de ter sido ele o único candidato que até então compareceu ao evento da instituição. Em nota, a instituição informou que o principal objetivo do “Pensando o Brasil” era promover encontros com lideranças políticas em evidência, sem distinção de partido, para exporem suas diretrizes e

18 OLIVEIRA, Igor Bruno Silva de. Os limites da propaganda eleitoral negativa e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio. Belo Horizonte: IDDE, 2018 (no prelo).

19 FONSECA, Marcelo da. Manifestantes protestam contra e a favor de Bolsonaro na porta da Fumec. Estado de Minas, Belo Horizonte, 15 set. 2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/09/15/interna_politica,900858/manifestantes-protestam-contra-bolsonaro-na-porta-de-faculdade.shtml>. Acesso em: 19 nov. 2017.

20 Ibidem.

21 DIRETÓRIO ACADÊMICO DE PSICOLOGIA DA FUMEC – D.A. FUMEC. Nota de repúdio. 14 set. 2017. Disponível em: <<https://www.facebook.com/dapsicologiafumec/posts/1549570888399067>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

planejamentos de gestão, e os convites estavam sendo feitos de acordo com a agenda de cada um dos prováveis postulantes a cargos eletivos no ano de 2018, em âmbito federal e estadual, sendo que a ordem das apresentações seguia as datas disponíveis de cada convidado²².

Apesar da controvérsia, não existem critérios objetivos que permitam a classificação do convite feito ao deputado como apoio político. É possível argumentar que a exposição do candidato lhe é benéfica e que o espaço concedido por uma instituição de ensino superior pode lhe conferir mais confiabilidade e prestígio, resultando em aumento de votos nas urnas. Porém, ainda que se considere o convite como apoio político, é necessário indagar se a instituição não poderia manifestar preferência política em função de seus interesses institucionais.

Por fim, convém ressaltar que, sendo apoio político ou não, uma vez feito o convite, a instituição estará sujeita às críticas das vozes dissonantes internas e externas. Isso significa que ela não poderá silenciar por meios diretos ou indiretos alunos, órgãos de representação estudantil, professores, pessoal técnico-administrativo, etc. que discordem da participação do candidato e terá ainda de arcar com eventuais efeitos funestos em relação à procura por suas vagas de cursos e de trabalho.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA IES

A liberdade acadêmica pode ser conceituada como uma expressão não jurídica para se referir às liberdades dos professores contra interferências administrativas ou políticas na pesquisa, no ensino e na administração²³. Nos Estados Unidos, até 1915, professores que ofendessem administradores poderosos, curadores ou políticos poderiam ser demitidos sem aviso-prévio ou direito ao contraditório e, ainda que o professor tivesse importância científica e anos de pesquisa, não havia a quem recorrer para fazer valer os seus direitos de liberdade acadêmica²⁴. A mudança veio quando a American Association of University Professors (AAUP) estabeleceu o fundamento para a liberdade acadêmica de professores por meio da Declaration of Principles on Academic Freedom and Academic Tenure²⁵.

22 FUMEC. Nota relevante da Universidade FUMEC para a sociedade brasileira. Belo Horizonte, 14 set. 2017. Disponível em: <<http://www.fumec.br/comunicacao-e-eventos/noticias/nota-relevante-da-universidade-fumec-para-sociedade-brasileira/>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

23 BYRNE, J. Peter. Academic Freedom: a "special concern of the First Amendment". Yale Law Journal, v. 99, n. 2, p. 251-340, 1989. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2594&context=facpub>>. Acesso em: 19 nov. 2017, p. 255.

24 LEE, Philip. Academic freedom at American universities: constitutional rights, professional norms, and contractual duties. London: Lexington, 2015, p. xi.

25 ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS – AAUP. Declaration of Principles on Academic Freedom and Academic Tenure. 1915. Disponível em: <<https://www.aaup.org/NR/ronlyres/A6520A9D-0A9A-47B3-B550-C006B5B224E7/0/1915Declaration.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

Desde então, a AAUP investiga representações de violação da liberdade acadêmica nas universidades e auxilia na delimitação dos contornos de tal liberdade²⁶.

No Brasil, a referida liberdade está constitucionalmente garantida no art. 206, incisos II (liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber) e III (pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino). Tais garantias significam que, uma vez cumpridas as normas gerais da educação para credenciamento da instituição, há liberdade para criação de cursos e respectivos projetos pedagógicos, que serão periodicamente avaliados nos termos da legislação vigente. Nesse sentido, a liberdade de ensinar garantida pela Constituição Federal de 1988 significa tanto a liberdade institucional quanto a liberdade docente, mas ambas são limitadas tanto pelos outros princípios quanto pelas garantias constitucionais e também pela estrutura do sistema educacional brasileiro²⁷. A liberdade acadêmica constitucionalmente garantida é mais ampla do que a liberdade de cátedra e consiste em liberdade compartilhada, e não em liberdade puramente individual²⁸.

Os professores são incumbidos da tarefa institucional de transmissão do conhecimento científico e responsáveis pelo que ensinam ou deixam de ensinar, mas os posicionamentos políticos podem influenciar o conteúdo das aulas, já que o ser humano não se separa de sua pré-compreensão. Nesse contexto, é possível que alunos discordem do posicionamento do professor ou mesmo que professores discordem entre si. Entretanto, verificar com precisão a afetação política do conteúdo ministrado em sala é impraticável, pois não é viável estabelecer limites claros entre a intenção do professor de direcionar politicamente os alunos e a ausência de percepção sobre tal direcionamento. Em outras palavras, o professor pode direcionar sem que tenha a intenção de fazê-lo; nesse caso, a divergência do aluno poderia causar-lhe até mesmo estranheza.

No que tange a posicionamentos políticos, o problema ganha maiores proporções, como se observou em um caso ocorrido na Universidade Federal de Minas Gerais em 2016. Na ocasião, uma representação anônima gerou a abertura de inquérito contra uma professora efetiva de cidadania italiana. A representação afirmava que a professora “[...] estaria envolvida com a militância de partidos políticos e outras atividades partidárias, bem como com entidades sindicais, tendo, inclusive, concorrido a eleições sindicais, atitudes que violariam o estabelecido no artigo 107 do Estatuto do Estrangeiro”²⁹. Instaurado o

26 LEE, op. cit., p. xi.

27 RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docente. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. Diálogo ambiental, constitucional e internacional. Fortaleza: Premium, 2014, v. 2. Disponível em: <http://abmes.org.br/public/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadedacatedra_unifor.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017, p. 6.

28 Ibidem, p. 18.

29 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. Petição inicial de Habeas Corpus em face do inquérito policial nº 310/2016-4 SR/DPF/MG. 16 mai. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/habeas-corpus_professora-estrangeira-ufmg.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017, p. 4.

inquérito pela Polícia Federal, o Ministério Público Federal impetrou Habeas Corpus por falta de justa causa requerendo o trancamento³⁰. O inquérito foi suspenso por medida liminar³¹ e posteriormente arquivado. Assim entendeu o magistrado federal:

(...) o pluralismo político assegura ao indivíduo a liberdade para se autodeterminar e levar a sua vida como bem lhe aprouver, imune à intromissão de terceiros, sejam elas provenientes do Estado ou mesmo de particulares. Assim, embora a Constituição brasileira utilize a expressão pluralismo, agregando-lhe o adjetivo político, o que, à primeira vista, poderia sugerir tratar-se de um fundamento que se refere apenas a questões políticas ou ideológicas, certo é que sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na polis, ou seja, um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana³².

No caso em tela, não se sabe se a representação foi impulsionada por discussões de conteúdo político em sala de aula, mas o pano de fundo parece ser a diferença de posicionamentos políticos.

O professor como autoridade responsável pela sala tem poder de influência sobre alunos e, nesse contexto, surgem propostas que buscam coibir tentativas de doutrinação política. Um deles é o movimento “Escola Sem Partido” que, embora voltado para ensino fundamental e médio, se implantado, certamente afetará o ensino superior no futuro. O anteprojeto de lei elaborado pelo movimento busca “[...] inibir a prática da doutrinação política e ideológica em sala de aula e a usurpação do direito dos pais dos alunos sobre a educação moral dos seus filhos”³³.

O Projeto de Lei 867/2015 – projeto em tramitação que implantará o programa – em seu art. 3º veda, em sala de aula, a prática de doutrinação política e ideológica, bem como a veiculação de conteúdos ou realização de atividades que possam conflitar com as convicções religiosas ou morais dos pais ou responsáveis pelos estudantes³⁴. Já o art. 4º apresenta diretrizes para a conduta do professor:

30 Idem, 2016.

31 MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Habeas corpus nº 27270-21.2016.4.01.3800/MG (deferimento de liminar). 17 mai. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/05/hcprofessoraufmg.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

32 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. MPF/MG: Justiça Federal determina arquivamento de inquérito contra professora da UFMG. 3 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-mg-justica-federal-determina-arquivamento-de-inquerito-contra-professora-da-ufmg>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

33 ESCOLA SEM PARTIDO. O que é o Programa Escola sem Partido?. 2017. Disponível em: <<https://www.programaescolasesempartido.org/faq>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

34 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 867, de 2015. Inclui, entre as diretrizes e bases da educação nacional, o “Programa Escola sem Partido”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050668>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

Art. 4º. No exercício de suas funções, o professor:

I – não se aproveitará da audiência cativa dos alunos, com o objetivo de cooptá-los para esta ou aquela corrente política, ideológica ou partidária;

II – não favorecerá nem prejudicará os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou da falta delas;

III – não fará propaganda político-partidária em sala de aula nem incitará seus alunos a participar de manifestações, atos públicos e passeatas;

IV – ao tratar de questões políticas, sócio-culturais e econômicas, apresentará aos alunos, de forma justa, as principais versões, teorias, opiniões e perspectivas concorrentes a respeito;

V – respeitará o direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções;

VI – não permitirá que os direitos assegurados nos itens anteriores sejam violados pela ação de terceiros, dentro da sala de aula³⁵.

Determina o art. 7º (*caput* e parágrafo único) do mesmo projeto de lei que as secretarias de educação contarão com um canal de comunicação destinado ao recebimento de reclamações relacionadas ao descumprimento das disposições apresentadas, assegurado o anonimato. Tais reclamações deverão ser encaminhadas ao órgão do Ministério Público incumbido da defesa dos interesses da criança e do adolescente, sob pena de responsabilidade³⁶.

Na justificativa do projeto de lei, o deputado federal Izalci (PSDB/DF) afirma que:

[...] a doutrinação política e ideológica em sala de aula compromete gravemente a liberdade política do estudante, na medida em que visa a induzi-lo a fazer determinadas escolhas políticas e ideológicas, que beneficiam, direta ou indiretamente as políticas, os movimentos, as organizações, os governos, os partidos e os candidatos que desfrutam da simpatia do professor³⁷.

O desafio a ser enfrentado por qualquer iniciativa que tente coibir um “abuso de autoridade” do professor e de outros funcionários das universidades ou que tente evitar perseguições políticas, inclusive de alunos contra professores, é estabelecer os limites entre a simples manifestação de opinião e a intenção de doutrinação.

Uma interpretação mais restritiva da liberdade acadêmica sugere que ela abrangeria apenas os direitos necessários às funções da educação superior; nesse sentido, manifestações políticas de estudantes e professores estão fora do âmbito de tal liberdade³⁸. Essa acepção protegeria outros cidadãos contra a arrogância profissional e preservaria o

35 Ibidem.

36 Ibidem.

37 Ibidem.

38 BYRNE, op. cit., p. 264.

valor da busca pela verdade da educação superior³⁹. O problema, entretanto, é conseguir separar na prática quais discursos são exclusivamente acadêmicos e não afetados por opiniões políticas.

4. RESPONSABILIDADE PELA OPINIÃO

A liberdade de ensinar não se confunde com a liberdade de opinião, pois esta se aproxima da liberdade de consciência, sendo amplamente garantida pela Constituição Federal de 1988, mas é preciso considerar que a universidade é um espaço científico, e não do senso comum. A academia é um local privilegiado da ciência da filosofia, no qual os processos de conhecimento estão sujeitos a críticas e refutações porque são estruturados em argumentos lógicos e fatos empiricamente verificáveis quando possível⁴⁰.

Nas universidades utiliza-se o *academic speech* (“discurso acadêmico”, em tradução livre), que engloba tanto as falas de professores quanto as de alunos⁴¹. O auditório desse discurso o entende e avalia dentro de uma tradição de conhecimento, suposições compartilhadas e argumentos sobre metodologias e critérios, além de objetivos comuns de exploração ou descoberta. Esse público tem estudo e capacidade crítica, proporcionando, concomitantemente, conforto e desafios para quem se manifesta no ambiente acadêmico. Aquele que se manifesta academicamente sabe que seu auditório o escutará com cuidado, tecerá considerações com conhecimento e o desafiará com inteligência; nesse contexto, a persuasão será alcançada por meio da razão e da evidência⁴².

As opiniões políticas são notadamente marcadas por opções pessoais e às vezes passionais, logo, são diferentes do *academic speech* e estão sujeitas à não aceitação, inclusive imotivada, por parte de terceiros. Nesse contexto, é preciso saber lidar com a divergência de opiniões na academia, sem que isso seja causa de perseguição de professores e alunos. O professor que expõe sua opinião política em sala de aula não pode exigir adesão de seus alunos, assim como um aluno não pode exigir que o professor siga sua preferência política. E, ainda, professores de uma mesma instituição precisam saber lidar com os diferentes posicionamentos políticos de colegas. Já a instituição como um todo poderia, em tese, expor sua opinião política, mas dificilmente haveria a necessária coesão interna entre seus membros sobre o assunto. Em todos os casos, trata-se de opinião, e não de conhecimento científico propriamente dito. Assim sendo, não há impedimento para que todos se posicionem politicamente, mas é preciso cautela para que a opinião não seja confundida com o conhecimento científico.

39 Ibidem, p. 265.

40 RODRIGUES; MAROCCO, op. cit., p. 18.

41 BYRNE, op. cit., p. 258.

42 Ibidem.

Lado outro, exigir imparcialidade de professores e alunos é impossível, posto que cada um carrega em si pré-compreensões e paixões das quais não é possível se separar. Mas, uma vez reconhecida essa característica inerente ao ser humano – a ausência de imparcialidade –, a aceitação do direito à divergência de opiniões mostra-se essencial. Considerando a pluralidade de ideias constitucionalmente garantida, a divergência torna-se inclusive elemento democrático do ensino. Se não há imparcialidade, é certo que as diferentes opiniões em alguma medida interferem na pluralidade do próprio ensino, o que é salutar para a democracia.

É necessário considerar, ainda, as diferenças de tratamento do direito à opinião em instituições públicas e privadas. Mesmo que os funcionários públicos inicialmente tenham garantida sua liberdade de expressão pela lei, na prática existem restrições. Até mesmo nos Estados Unidos – país no qual o direito à liberdade de expressão se mostra forte – a jurisprudência da Suprema Corte demonstra a construção de discricionariedade disciplinar para funcionários públicos. Embora os empregadores públicos não possam exigir que seus funcionários simplesmente renunciem a sua liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda, eles podem regular tal liberdade sustentando que ela não se aplica a manifestações relacionadas ao trabalho de natureza pública. Entretanto, a liberdade de expressão sobre o trabalho exercido deve prevalecer caso o assunto seja de interesse público, porém o empregador público pode restringir o direito de manifestação se ela perturbar o ambiente de trabalho⁴³.

No Brasil há indícios de que talvez tenha havido tentativa de silenciar funcionários públicos durante um importante momento político: o *impeachment* presidencial de 2016. Em ofício circular encaminhado aos reitores e diretores de IES federais brasileiras, a Defensoria Pública da União recomendou que tais instituições assegurassem a livre iniciativa de seu corpo docente, discente e servidores na promoção de atividades pacíficas relacionadas ao debate em torno do processo de *impeachment* que se encontrava em andamento e participação nelas ou de qualquer outro assunto que fosse de interesse da comunidade universitária e da sociedade em geral, sem qualquer cerceamento no exercício do direito à liberdade de expressão, independentemente da posição político-ideológica⁴⁴.

Vedar o direito à liberdade de expressão política dos funcionários públicos não é compatível com a democracia, pois obriga um cidadão ao silêncio conivente com o plano de governo em andamento – e, ao se tornar funcionário público, o indivíduo não deixa de

43 MASSARO, Toni M. Significant silences: freedom of speech in the public sector workplace. *Southern California Law Review*, v. 61, n. 1, 1987. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2584123>. Acesso em: 19 nov. 2017. p. 4.

44 DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Ofício Circular nº 1 – DPU 2CATDF/GDPC 2CATDF/OFDHTC 2CATDF. Brasília, 6 mai. 2016. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/stories/foto_noticias/2016/Of%C3%ADcio_Circular_Universidades.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

ser cidadão. Aliás, independentemente da natureza da instituição, não se pode exigir o silêncio político do professor. Nesse sentido, a declaração da AAUP menciona o direito dos professores de expressarem suas opiniões livremente fora da universidade ou de se engajarem em atividades políticas na condição de cidadãos⁴⁵, afirmando não ser possível nem desejável privar um professor universitário dos direitos políticos concedidos a todos os cidadãos⁴⁶.

Lado outro, no caso de professores universitários, é preciso lembrar que a fala é seu meio de trabalho e nela podem estar embutidos interesses, ainda que não haja intenção clara de doutrinação política. Nesse contexto, a vedação à liberdade de expressão torna-se insustentável, pois o falante sequer percebe que está promovendo o direcionamento político de seus alunos. Exigir autopolicimento do professor em relação às suas opiniões é plausível, mas a imparcialidade é humanamente inalcançável.

Se não é possível exigir imparcialidade dos membros de uma universidade e se na prática também não é possível separar com precisão *academic speech* de opinião política, uma solução pode ser o apontamento amplo de situações que potencialmente significariam desrespeito à liberdade de expressão política *na* e *da* academia. A não ocorrência de tais situações não significaria a existência da liberdade de expressão, mas a constatação de uma ou mais situações dessa natureza seria forte indício de desrespeito a tal liberdade.

Uma administração autoritária é prejudicial à liberdade de expressão acadêmica, e esse problema torna-se mais grave em instituições privadas ou pequenas⁴⁷, pois elas são mais fáceis de controlar em variados aspectos. Ao contrário, as IES de quaisquer naturezas e tamanhos devem ter uma gestão plural e inclusiva, que proporcione a todos os membros oportunidades de participação nas decisões, independentemente de seu posicionamento político.

Restrições administrativas no uso de tecnologias de comunicação também são ruins para a liberdade de expressão acadêmica⁴⁸. A imposição da utilização exclusiva de e-mails institucionais pode significar intimidação para manifestações políticas dos membros da universidade, forçando o uso de outros canais de comunicação restritos, o que não contribui para a pluralidade de ideias que deveria ser característica da universidade.

Supervisões injustificadas de pesquisas podem também ameaçar a liberdade de expressão das universidades⁴⁹. Processos burocráticos, exigências e objeções absurdas,

45 ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS – AAUP, op. cit., p. 292.

46 *Ibidem*, p. 299.

47 NELSON, Cary. No university is an island: saving academic freedom. New York: New York University, 2010, p. 55.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*, p. 56.

imposição de obstáculos ou mesmo vetos injustificados a projetos de pesquisa podem dificultar descobertas que sejam contrárias aos interesses da instituição ou servir de meio para prejudicar professores e alunos, resultando em perseguição acadêmica.

A adoção da ideologia gerencial também pode significar restrição à liberdade de expressão nas universidades⁵⁰, pois é possível que as contratações de professores levem em consideração o posicionamento político. Um professor ligado ao governo em andamento pode ser mais interessante para a instituição, mas a contratação exclusiva de professores ligados a determinado partido político pode instaurar uma ideologia dominante na instituição. Nesse contexto, haveria violação da pluralidade constitucionalmente exigida.

Outra característica incompatível com a liberdade de expressão na academia são os procedimentos de reclamação inadequados ou inexistentes⁵¹. A universidade deve ter um canal de fácil acesso e confiável para que professores e alunos registrem suas reclamações sobre eventuais perseguições de cunho político. Muitas vezes a única reclamação cabível é para a pessoa responsável pela perseguição⁵² e, nesse caso, a reclamação pode inclusive agravar a situação de perseguição política.

A intolerância política é um fenômeno global que ameaça a liberdade de expressão⁵³, mas é necessário lembrar que, *a priori*, a academia é um local para debate racional e não passional. Opiniões provavelmente serão emitidas – por isso é necessária a responsabilidade nas manifestações políticas –, mas o *academic speech* deve prevalecer.

As ameaças legais também se relacionam com a liberdade de expressão acadêmica⁵⁴. As interferências do Poder Judiciário, assim como a supervisão do Poder Executivo sobre as atividades da instituição, nas universidades podem significar o reforço ou o enfraquecimento da liberdade de expressão acadêmica. A reavaliação periódica da instituição pelo Ministério da Educação não pode ser influenciada por questões políticas, caso contrário somente instituições próximas ao governo em andamento se manteriam abertas, instaurando uma doutrinação política em massa. Não se nega o direito das instituições de articulação com o governo para que, por exemplo, a educação receba mais verbas. Porém, manter em funcionamento apenas as IES que compartilham da ideologia política dominante é incompatível com a democracia.

Ainda na tentativa de se garantir a liberdade de expressão política nas universidades, a AAUP publicou uma declaração específica sobre a garantia da liberdade acadêmica

50 Ibidem.

51 Ibidem, p. 58.

52 Ibidem.

53 Ibidem, p. 59.

54 Ibidem.

nos casos de controvérsia política⁵⁵, que apresenta uma série de princípios-guia para a questão. Segundo os princípios da declaração, avaliações de acusações de doutrinação na sala de aula somente podem ocorrer se restar comprovado o uso de táticas desonestas para enganar os estudantes – e não a simples exposição das visões políticas, advocacia ou afiliações do professor⁵⁶. Contanto que as opiniões emitidas em sala não sejam apresentadas como verdade dogmática, o estilo da apresentação da opinião fica a critério do professor, bem como a escolha dos assuntos e argumentos específicos é uma questão de julgamento pessoal, baseada nos padrões e nas particularidades das disciplinas e consistente com a liberdade acadêmica⁵⁷.

Para evitar intromissões nos processos de rotina de pessoal da universidade, a declaração sustenta que as queixas de agências externas ou de indivíduos relativas às opiniões emitidas em sala de aula não devem ser consideradas nos processos de credenciamento e credenciamento de professores. Já as queixas apresentadas por grupos políticos de estudantes devem ser consideradas apenas como queixas e somente se baseadas em evidências de estudantes que realmente estavam matriculados na disciplina e presentes no dia da conduta que foi objeto da queixa⁵⁸.

A declaração sugere ainda medidas para assegurar a revisão desapaixonada em circunstâncias passionais, como é o caso dos processos relativos às controvérsias políticas, e a necessidade de sopesamento da queixa em face de todo o registro acadêmico do professor⁵⁹. Aponta ainda como deve ser a composição dos comitês de audiência acadêmica, a confidencialidade e a transparência de suas atividades, as obrigações do comitê e da administração e a garantia do devido processo substantivo⁶⁰.

5 CONCLUSÃO

As constantes mudanças legislativas sobre a liberdade de expressão das IES indicam que o tema é espinhoso e merece atenção. Do ponto de vista institucional, desde que a instituição não se desvie de suas finalidades e se converta em “cabo eleitoral”, é necessário considerar os interesses em jogo. Sabe-se que as IES são afetadas pelas mudanças no poder do Estado; nesse sentido, impedir sua participação pode lhes ser prejudicial. O limite entre um simples interesse político e o desvio de finalidade, porém, dependerá das

55 ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS – AAUP Ensuring Academic Freedom in Politically Controversial Academic Personnel Decisions. 2011. Disponível em: <<https://www.aaup.org/file/EnsuringAcademicFreedomFINALExecSumm.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

56 Ibidem, p. 34.

57 Ibidem.

58 Ibidem, p. 35.

59 Ibidem.

60 Ibidem, p. 35/36.



circunstâncias do caso. De toda forma, a IES estará sujeita às críticas em função do apoio político manifestado ainda que de forma indireta, o que pode refletir na sua confiabilidade perante a sociedade.

No campo interno das IES fala-se em *academic speech*, que consiste em discurso científico diferente de uma opinião. As opiniões são pessoais e estão sujeitas à não aceitação imotivada. Professores, funcionários e alunos devem estar cientes de que opiniões políticas não podem ser impostas nem podem ser causa de perseguição. Entretanto, separar opinião e *academic speech* é humanamente impossível, então os casos deverão ser analisados individualmente.

A experiência norte-americana sobre a liberdade de expressão fornece uma lista de características que apontam os sinais de possível cerceamento da liberdade de expressão “das” e “nas” IES, mas não se pode afirmar que a presença ou ausência de tais indicativos seja determinante para o tema. Nesse contexto, a responsabilização das instituições e de sua comunidade acadêmica pelas opiniões políticas emitidas deve ser construída caso a caso, respeitando-se os requisitos dos procedimentos democráticos, como a ampla defesa e o contraditório.

REFERÊNCIAS

ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS – AAUP. **Declaration of Principles on Academic Freedom and Academic Tenure**. 1915. Disponível em: <<https://www.aaup.org/NR/rdonlyres/A6520A9D-0A9A-47B3-B550-C006B5B224E7/0/1915Declaration.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS – AAUP. **Ensuring Academic Freedom in Politically Controversial Academic Personnel Decisions**. 2011. Disponível em: <<https://www.aaup.org/file/EnsuringAcademicFreedomFINALExecSumm.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BOAVENTURA, Edivaldo M. A constitucionalização da autonomia universitária. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 108, p. 297-308, out./dez. 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175827/000451509.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. A educação na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 116, p. 275-286, out./dez. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176040/000472173.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. **Decreto nº 2.207**, de 15 de abril de 1997a. Regulamenta, para o Sistema Federal de Ensino, as disposições contidas nos arts. 19, 20, 45, 46 e § 1º, 52, parágrafo único, 54 e 88 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2207.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. **Decreto nº 2.306**, de 19 de agosto de 1997. Regulamenta, para o Sistema Federal de Ensino, as disposições contidas no art. 10 da Medida Provisória nº 1.477-39, de 8 de agosto de 1997, e nos arts. 16, 19, 20, 45, 46 e § 1º, 52, parágrafo único, 54 e 88 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2306.htm#art22>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. **Decreto nº 3.860**, de 9 de julho de 2001. Dispõe sobre a organização do ensino superior, a avaliação de cursos e instituições, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3860.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. **Decreto nº 5.773**, de 9 de maio de 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773.htm#art79>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. **Decreto nº 19.851**, de 11 de abril de 1931. Dispõe que o ensino superior no Brasil obedecerá, de preferênciã, ao systema universitario, podendo ainda ser ministrado em institutos isolados, e que a organizaçãõ tecnica e administrativa das universidades é instituida no presente Decreto, regendo-se os institutos isolados pelos respectivos regulamentos, observados os dispositivos do seguinte Estatuto das Universidades Brasileiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19851.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. **Lei nº 4.021**, de 20 de dezembro de 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4024-20-dezembro-1961-353722-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. **Lei nº 5.540**, de 28 de novembro de 1968. Fixa normas de organizaçãõ e funcionamento do ensino superior e sua articulaçãõ com a escola média, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5540.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394compilado.htm>. Acesso em: 30 dez. 2017.

_____. **Lei nº 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BYRNE, J. Peter. Academic Freedom: a “special concern of the First Amendment”. **Yale Law Journal**, v. 99, n. 2, p. 251-340, 1989. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2594&context=facpub>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 867**, de 2015. Inclui, entre as diretrizes e bases da educação nacional, o “Programa Escola sem Partido”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050668>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Ofício Circular nº 1 – DPU 2CATDF/GDPC 2CATDF/OFDHTC 2CATDF**. Brasília, 6 mai. 2016. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/stories/foto_noticias/2016/Of%C3%ADcio_Circular_Universidades.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

DIRETÓRIO ACADÊMICO DE PSICOLOGIA DA FUMEC – D.A. FUMEC. **Nota de repúdio**. 14 set. 2017. Disponível em: <<https://www.facebook.com/dapsicologiafumec/posts/1549570888399067>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

ESCOLA SEM PARTIDO. **O que é o Programa Escola sem Partido?**. 2017. Disponível em: <<https://www.programaescolasespartido.org/faq>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

FONSECA, Marcelo da. Manifestantes protestam contra e a favor de Bolsonaro na porta da Fumec. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 15 set. 2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/09/15/interna_politica,900858/manifestantes-protestam-contrabolsonaro-na-porta-de-faculdade.shtml>. Acesso em: 19 nov. 2017.

FUMEC. **Nota relevante da Universidade FUMEC para a sociedade brasileira**. Belo Horizonte, 14 set. 2017. Disponível em: <<http://www.fumec.br/comunicacao-e-eventos/noticias/nota-relevante-da-universidade-fumec-para-sociedade-brasileira/>>. Acesso em: 19 nov. 2017.



LEE, Philip. **Academic freedom at American universities**: Constitutional Rights, professional norms, and contractual duties. London: Lexington, 2015.

MASSARO, Toni M. Significant silences: freedom of speech in the public sector workplace. **Southern California Law Review**, v. 61, n. 1, 1987. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2584123>. Acesso em: 19 nov. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Habeas corpus nº 27270-21.2016.4.01.3800/MG (deferimento de liminar)**. 17 mai. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/05/hcprofessoraufmg.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. **MPF/MG: Justiça Federal determina arquivamento de inquérito contra professora da UFMG**. 3 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-mg-justica-federal-determina-arquivamento-de-inquerito-contra-professora-da-ufmg>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. **Petição inicial de Habeas Corpus em face do inquérito policial nº 310/2016-4 SR/DPF/MG**. 16 mai. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/habeas-corpus_professora-estrangeira-ufmg.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

NELSON, Cary. **No university is an island: saving academic freedom**. New York: New York University Press, 2010.

OLIVEIRA, Igor Bruno Silva de. Os limites da propaganda eleitoral negativa e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Belo Horizonte: IDDE, 2018 (no prelo).

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docente. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Fortaleza: Premium, 2014, v. 2. Disponível em: <http://abmes.org.br/public/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

O DISCURSO HOMOTRANSFÓBICO COMO LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DISCURSO POLÍTICO: UMA DISCUSSÃO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E DA FALA ENQUANTO POTÊNCIA

Luiz Carlos Garcia⁶¹

Pensar a alteridade é, então, pensar o diferente, a relação, o conflito. Isto é mais difícil, evidentemente, do que pensar a diferença dos sexos apoiada em invariantes culturais, antropológicas ou psicanalíticas ou, ainda, graças a boas intenções sobre a complementaridade natural dos sexos e a boa consciência sobre a perenidade do mal feminino. (Geneviève Fraisse)

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de limitar-se a liberdade de expressão de candidatos fundamentada na prática por parte deste do discurso homotransfóbico. Tal análise parte do pressuposto de que todo indivíduo tem direito a viver sua sexualidade e identificar-se da forma que quiser e que o discurso que o diminua tendo por base sua identidade e/ou orientação sexual configura discurso de ódio e deve ser coibido. O pressuposto do trabalho é que a fala em si é capaz de violentar e ser limitadora do livre exercício de direitos alheio, no que há de mais fundamental que a própria manifestação de si e de sua sexualidade.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, poucos temas foram tão abordados quanto o exercício da liberdade de expressão e a possibilidade de esta ser ou não limitada, especialmente diante de um discurso cujo conteúdo possa caracterizá-lo como de ódio. Fato incontestável é que o direito de manifestar e expressar o que se pensa é algo muito caro a cada indivíduo de forma singular e à coletividade como valor. Entretanto, na mesma medida, há outros valores que por vezes podem ser feridos em determinadas manifestações e gerar consequências que provocam danos imediatos, bem como corroboram uma visão deturpada de sociedade e do que se quer enquanto grupo organizado.

61 Professor de Direito Privado. Mestre em Engenharia Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

A ideia de possíveis manifestações que devem ser tolhidas por seus conteúdos que atacam determinados grupos é malvista por muitos por considerar tal movimento um ato de censura ao que é denominado *mercado livre das ideias*. Esse medo da censura de manifestação tem, entre muitos outros aspectos, lastro no passado brasileiro recente marcado pela ditadura militar que tinha na censura uma arma usada à revelia de qualquer garantia do indivíduo. Por que dizer que este é um aspecto que sustenta a aversão a qualquer ideia de limitação à liberdade de expressão? Exatamente pelo fato de que a discussão suscita uma série de outras questões, desde a ideia que tal limitação pode gerar uma reação violenta até o fato inequívoco de que os grupos vitimados por esses discursos não contam com grande preocupação de ampla parcela da sociedade e das instituições em geral. Ou seja, o preconceito obviamente também é pano de fundo para justificar por que é mais relevante garantir a expressão irrestrita do que impedir a violência a alguns indivíduos pelo que são.

É exatamente nesse lugar que se encontra o grupo composto por homossexuais e transexuais, por isso a necessidade de discutir-se o discurso homotransfóbico enquanto um limitador a liberdade de expressão, inclusive de candidatos. A análise dessa conjuntura, tanto no momento de aferir-se se ocorreu um discurso de ódio quanto para se determinar como lidar com tal situação, deve ser feita de maneira contextualizada. Isso significa que uma mesma fala pode produzir resultados diferentes em contextos diferentes. E esse contexto é determinado pelo momento histórico, por quem profere o discurso e principalmente a quem esse discurso é direcionado.

No presente trabalho, o objetivo é discutir, portanto, o reconhecimento do discurso homotransfóbico enquanto um limitador da liberdade de expressão de candidatos. Para tanto, será discutida a situação real vivida por esses grupos, de modo a demonstrar sua posição de minoria social. Será problematizado o conceito de discurso de ódio e o que o caracteriza. Com um importante recorte no sentido de trabalhar o aspecto do discurso em si como potência, ou seja, defende-se aqui que a fala em si pode ser um ato violento e que, portanto, ataca aquele a quem é direcionada, de modo a diminuir determinados indivíduos em relação a sua própria dignidade.

2. IDENTIDADE DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL NO BRASIL – QUEM É QUEM NESSE CENÁRIO

Falar de gênero na atualidade é algo que leva a discussões homéricas ou então gera grande confusão, mesmo nas mentes mais bem-intencionadas. Quando essa conversa ainda é permeada por outras esferas, como a orientação sexual, a compreensão do assunto para alguns beira o impossível.

A maior dificuldade reside exatamente no fato de que somos criados numa cultura binária que simplesmente ignora as múltiplas possibilidades existentes em todas as esferas de compreensão e manifestação humana. Vive-se numa sociedade em que a heteronormatividade e o machismo ditam as normas de comportamento. Nesse sentido, processos de naturalização nos são ensinados desde a primeira infância⁶². Naturalizar é exatamente tornar natural algo que não o é, ou seja, dar a um determinado comportamento – cultural ou socialmente construído – contornos quase biológicos. E qual é o ganho com isso? A invisibilização de lutas sociais contrárias. É muito mais fácil reprimir ou simplesmente ignorar determinados indivíduos quando o que os torna discordantes é exatamente um fato antinatural.

Para entender e adentrar as muitas implicações sociais e, portanto, jurídicas que advêm dessas definições, é fundamental estabelecer alguns conceitos. No presente estudo, partir-se-á de algumas categorizações. Entretanto, registre-se que mesmo as categorias que aqui serão utilizadas – as quais correspondem ao que é majoritariamente aceito na atualidade – são hoje questionadas; assim, a melhor maneira de compreendê-las é numa ideia fluida, de algo não estanque e que estará sempre à mercê da subjetividade humana e das muitas possibilidades de contexto social em que o indivíduo pode inserir-se.

De modo geral, aceita-se que sexo corresponde ao aspecto biológico, ou seja, a pessoa nasce com um órgão A ou B. De acordo com o tipo de genitália, essa pessoa será classificada como masculina ou feminina, na ideia básica de macho/fêmea. Ressalve-se a situação intersexo, que corresponde à pessoa cuja genitália não se enquadra na divisão binária entre pênis e vagina. Considere-se que a situação do intersexo, o que o caracteriza, como o reconhecer, divide opiniões na comunidade médica⁶³.

2.1 Gênero e identidade sexual – uma história de violência

Vive-se hoje no Brasil momentos que mesclam intensamente ganhos relativos à liberdade sexual e verdadeiros ataques e avanços conservadores. Fala-se do Congresso mais conservador desde a ditadura militar no Brasil, o que repercute diretamente nos avanços ou retrocessos a que a legislação e as políticas públicas acabam por atender.

A naturalização de condutas – que aborda como inerente a determinada condição, principalmente a ideia de gênero ou orientação sexual, características que são socialmente construídas –, somada a um histórico que tratou a homossexualidade como pecado, como doença e como crime, acaba por sustentar condutas violentas até hoje no Brasil e no mundo.

62 SCOTT, Joan. Tradução: Christine Rufino Dabat. Maria Betânia Ávila. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. Revista Educação e Realidade, 1998.

63 ISNA. Sociedade Americana de Intersexo. What is intersex?. Disponível em: <www.isna.com>. Acesso em: 15 nov. 2017.

Durante a Idade Média, a homossexualidade foi demonizada pela Igreja Católica, que perseguiu homossexuais por meio da Inquisição⁶⁴. Com a perda de espaço da Igreja Católica no cenário político, a homossexualidade saiu de cena, deixando de ser encarada como algo a ser perseguido pela máquina estatal, até então atrelada diretamente à religião. Entretanto permaneceu como algo moralmente inaceitável que deveria ser coibido tanto pela família, heterossexual, patrimonialista e patriarcal, como pelos órgãos do Estado, que não reconheciam a essas pessoas quaisquer tipos de direitos.

Se anteriormente a homossexualidade era vista como maldição, como ato pecaminoso, passa então a ser identificada como distúrbio, incorporada como transtorno sexual na Classificação Internacional de Doenças (CID) no ano de 1975. Como patologia, portanto, deveria ser tratada. Apesar de atualmente já ser unísono na psiquiatria bem como na psicologia que a homossexualidade não é uma patologia, haja vista que no ano de 1995 deixou de fazer parte da CID perdendo o sufixo “-ismo”, que entre outros significados quer dizer doença, e adotando o sufixo “-dade”, que define jeito de ser. Dez anos após a indicação da OMS quanto ao fato de não ser a homossexualidade uma doença⁶⁵, ainda há pessoas que apontam o caminho de tratamentos tanto com medicamentos quanto com terapia para “curá-la”.

Por muito tempo, a homossexualidade foi considerada uma perversão, ou seja, um desvio psiquiátrico relacionado à sexualidade. Porém, diversos estudiosos da mente humana e dos fenômenos a ela relacionados, como Sigmund Freud, já assinalavam o fato de não se tratar de um quadro de distúrbio, e sim de uma manifestação da sexualidade. Freud adota a teoria de que todos os seres humanos, bem como os animais, são aprioristicamente bissexuais, apresentando uma predisposição biológica ora para o sexo oposto, ora para o mesmo sexo⁶⁶.

Há ainda estudos, especialmente no campo da antropologia, que apontam a homossexualidade como uma questão influenciada também por aspectos culturais, tal qual os demais aspectos da subjetividade humana como identidade e prática sexual. Independentemente de ser algo biologicamente determinado ou socialmente influenciado, o fato é que definitivamente a homossexualidade não está no campo das patologias.

No ano de 1973, a Associação Psiquiátrica Americana (APA) retirou a homossexualidade da lista de doenças mentais. No Brasil, em 1985, o Conselho Federal de Medicina (CFM) retirou a homossexualidade da condição de desvio sexual. O Manual Diagnóstico e Estatístico

64 DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito e a justiça. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

65 MOREIRA, F.; MADRID, D. A homossexualidade e a sua história. Encontro de Iniciação Científica, América do Norte, 2009. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1646/1569>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

66 ROUDINESCO, Elisabeth e PLON, Michel. Dicionário de psicanálise. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

de Transtornos Mentais (DSM-IV) também retirou a homossexualidade da classificação de transtorno mental. Neste documento são identificados todos os transtornos mentais por meio de códigos; ele serve de orientação para a classe médica. Finalmente, no ano de 1993, a Organização Mundial da Saúde (OMS), retirou o termo *homossexualismo* e adotou a expressão *homossexualidade*.

Em 1995, na última versão da CID, o termo *homossexualismo* deixou de constar nos diagnósticos. E houve em 1999 uma resolução do Conselho Federal de Psicologia (CFP) proibindo qualquer tipo de ação que favoreça a patologização da homossexualidade. No caso da transexualidade, não houve ainda a retirada do termo do campo das patologias, sendo ainda considerada uma doença psiquiátrica, em que pese diversos estudos apontarem em outro sentido⁶⁷.

Saliente-se que recentemente essa questão do tratamento para a cura da homossexualidade foi alvo de um projeto de decreto legislativo – PDL 234/2011⁶⁸, apresentado por um deputado federal e inclusive aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (CDHM), isso obviamente por haver na citada comissão uma composição quase total de membros da bancada religiosa, havendo um claro movimento religioso no aludido projeto. O objetivo era alterar a resolução do CFP que proíbe o tratamento da homossexualidade, uma vez que esta não é mais considerada doença tanto pelos psiquiatras quanto pelos psicólogos, como já dito.

Trata-se de um movimento que significa verdadeiro retrocesso diante de tudo o que já foi discutido, pesquisado e concluído acerca do tema. Tal projeto não chegou a ser votado em plenário, pois foi retirado da pauta a pedido daquele que o apresentou, diante de pressões exercidas por órgãos de defesa dos direitos LGBT, como do próprio CFP, outros parlamentares e manifestações de civis nas ruas reivindicando o arquivamento dessa verdadeira aberração legislativa.

Com as mudanças sociais e consequentes implicações para o homossexual e para as relações homoafetivas, além de modificações no próprio ordenamento jurídico que afetaram a forma de ler-se as leis, levando a uma interpretação mais inclusiva e mais preocupada com a promoção da dignidade do cidadão, houve razoável avanço no que diz respeito aos direitos dos homossexuais e à tutela das relações homoafetivas.

67 TONINETTE, Marcelo Augusto. Um Breve Olhar Histórico Sobre a Homossexualidade. Revista Brasileira de Sexualidade Humana, São Paulo, jan. a jun. de 2006. Disponível em: <<http://www.sbrash.org.br/portal/images/stories/pdf/5-rbsh-vol17-2006-n1.pdf#page=37>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

68 BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo nº 234, de 2 de junho de 2011. Susta a aplicação do parágrafo único do art. 3º e o art. 4º, da Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 1/99 de 23 de Março de 1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual.

2.1.1 A violência diária contra a comunidade LGBT – homotransfobia em números

Estupros corretivos contra lésbicas. Transexuais que não podem usar banheiros com os quais se identificam. Gays que são xingados desde a infância. A violência contra a comunidade LGBT no Brasil é algo corriqueiro e muitas vezes encarado com naturalidade pela sociedade. Quando se analisa a questão da violência sob a ótica de teorias feministas e de gênero – Joan Scott⁶⁹, Sara Salih⁷⁰ – é notório que as condutas ocorrem em razão da manutenção de estereótipos marginalizados, relacionados à orientação sexual e identidade de gênero. Ou seja, numa ideia hegemônica e padronizada de sexualidade, todo aquele e aquela que não se enquadra é considerado desviante e merecedor muitas vezes de condutas agressivas.

O Brasil é o país que mais mata transexuais, segundo o grupo Transgender Europe. Entre 2008 e 2014, foram assassinadas no Brasil 604 travestis e transexuais. Este número coloca o país na posição de mais transfóbico do mundo. Os crimes são caracterizados por violência extrema, por exemplo, o caso recente de tortura e assassinato de Dandara, amplamente noticiado, pois os assassinos filmaram todo o processo. Isso denota uma total despreocupação com qualquer ideia de punibilidade pelo ato cometido.

Condutas violentas contra essas minorias sexuais são endêmicas. O site de notícias G1, juntamente com a Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância (Decradi) fez um levantamento sobre o mapa da violência no estado de São Paulo. Em dez anos, 465 vítimas fizeram boletins de ocorrência acerca de crimes motivados por homofobia no estado (2017). É importante salientar, entretanto, que tais números são os que foram registrados em razão da denúncia, havendo ainda os casos que não são denunciados, seja pela opressão social sofrida por tais grupos, seja porque quem comete tais crimes são pessoas próximas, como familiares.

Tanto quanto a ideia de feminino, o masculino também é construído. Logo, há formas pelas quais o indivíduo se reconhece e é reconhecido como homem: o perfil traçado pela mídia, o reconhecimento do grupo e a reação despertada⁷¹. A ideia de masculinidade é algo que supera de maneira clara o indivíduo homem. E isso é um vetor de violência contra grupos que coloquem – ainda que meramente por serem da maneira que se identificam – algum tipo de questionamento a essa dita masculinidade.

Tal análise vai no sentido que este indivíduo não é, *a priori*, detentor dessa masculinidade. Na verdade ele é desde sempre formado para atender aos ditames que essa ideia social estabelece. Não se tem apenas um tipo de homem; portanto, seria lógico não

69 SCOTT, op. cit.

70 SALIH, S. Judith Butler e a teoria Queer. Belo Horizonte: Autêntica. 2012

71 KORIN, Daniel. Nuevas perspectivas de género en salud. Revista Adolescencia Latinoamericana, v. 2, n. 2, 2001.

se ter apenas um formato de masculinidade. Entretanto, a prática cultural alicerçada em uma série de signos e significantes estrutura uma realidade na qual só é reconhecido e reverenciado enquanto homem – detentor dessa ideia quase mítica de masculinidade – aquele que segue o que esta estabelece. Assim, cria-se a ideia de haver uma masculinidade hegemônica. Neste sentido asseveram Robert W. Connell e James W. Messerschmidt:

A masculinidade hegemônica se distinguiu de outras masculinidades, especialmente das masculinidades subordinadas. A masculinidade hegemônica não se assumiu normal num sentido estatístico; apenas uma minoria dos homens talvez a adote. Mas certamente ela é normativa. Ela incorpora a forma mais honrada de ser um homem, ela exige que todos os outros homens se posicionem em relação a ela e legitima ideologicamente a subordinação global das mulheres aos homens.⁷²

Deste modo, o que se vivencia é uma masculinidade hegemônica a qual determina padrões muito fechados do “ser homem”. Tais padrões passam não só por condutas do homem em relação a si mesmo, mas especialmente pelo desprezo por tudo que faz referência ou contato com o feminino. É exatamente na ideia de uma inferioridade presumida da mulher em relação a todo e qualquer homem – e a própria ideia de masculino enquanto essência – que serve de base para justificar a conduta perniciososa de homens em relação às mulheres, aos transexuais e aos homossexuais. Pois, quando um homem se aproxima da ideia de feminino – seja por estilo de roupa, seja pela forma de falar ou pelo ato de estar com outro homem –, ele está colocando em xeque toda a ideia de masculinidade e, por conseguinte, merece ser marginalizado, quando não eliminado.

3. O DISCURSO HOMOTRANSFÓBICO NO BRASIL ENQUANTO DISCURSO DE ÓDIO – UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

A ideia dos Direitos Humanos enquanto garantia do indivíduo em sua essência e num compromisso com seu livre desenvolvimento é simplesmente incompatível com a defesa do exercício irrestrito da liberdade de expressão, ainda que isso configure ataque direto e ostensivo a determinado grupo.

Pensar os Direitos Humanos é muito mais que pensar em um corpo de normas; é conceber e pensar todo o Direito direcionado a uma nova perspectiva e com um compromisso de promoção da dignidade e reconhecimento social. Nesse diapasão, qualquer ponderação que considere o fator vontade da maioria no momento de estabelecer ou não políticas públicas a grupos socialmente minoritários ou estabelecer normas jurídicas que beneficiem tais grupos é um paradoxo. Se houvesse vontade geral pelo benefício igualitário de todos,

72 CONNELL, Robert W.; MESSERSCHMIDT, James W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, maio 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2013000100014>>. Acesso em: 15 dez 2017.

a própria ideia de Direitos Humanos como concebida no pós-guerra e é entendida hoje deixaria de ser necessária. É como se um país onde os índices de criminalidade são quase nulos estabelecesse como prioridade a construção de centenas de presídios. Só é preciso falar-se em proteção de minorias quando socialmente há indivíduos cujos direitos são cerceados por uma maioria estabelecida que o faz cultural e sistemicamente.

3.1 Alguns exemplos que ganharam notoriedade e chegaram à justiça – o caso Levy Fidelix nas eleições de 2014

Nas eleições presidenciais de 2014, houve uma situação emblemática relacionada ao discurso de ódio no Brasil. O então candidato José Levy Fidelix da Cruz, do Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), em debate entre os presidenciáveis realizado na rede de TV Record, ao responder à candidata Luciana Genro sobre uma pergunta relativa aos direitos dos cidadãos LGBT, rebateu de forma agressiva e pejorativa. Diante do ocorrido, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou uma Ação Civil Pública contra o candidato, que foi condenado em primeira instância, porém essa sentença foi parcialmente reformada na segunda instância.

A pergunta feita ao candidato Levy Fidelix pela candidata Luciana Genro do Partido Socialista (PSOL) questionava o posicionamento dele acerca do reconhecimento da união entre casais homoafetivos como família no Brasil. Em resposta, Levy Fidelix disse:

Jogo pesado agora. Tenho 62 anos e, pelo que vi na vida, dois iguais não fazem filho. E digo mais: **me desculpe, mas aparelho excretor não reproduz**. É feio dizer isso **mas não podemos jamais deixar esses que aí estão achacando a gente no dia a dia, querendo escorar essa minoria à maioria do povo brasileiro**. Luciana [Genro, candidata do PSOL à Presidência], você já imaginou que o Brasil tem 200 milhões de habitantes. Se começarmos a estimular isso aí [casamentos entre homossexuais] daqui a pouquinho vai reduzir pra 100. (...) **Então, gente, vamos ter coragem, nós somos maioria, vamos enfrentar essa minoria [gays]**. Vamos enfrentar, não ter medo de dizer que sou pai, mamãe, vovô. **E o mais importante é que esses, que têm esses problemas, realmente sejam atendidos no plano psicológico e afetivo mas bem longe da gente, bem longe mesmo por aqui não dá.**⁷³

A resposta do candidato enquadra-se em mero comentário desagradável, portanto perfeitamente amparado e abarcado pela liberdade de expressão ou pode ser considerada discurso de ódio? Em situações posteriores, ele afirmou taxativamente que não pediria “perdão” – como sugerido por outros candidatos em debates subsequentes –, pois o que ocorrera foi apenas a manifestação de sua opinião e o exercício de seu direito de se expressar.

73 Resposta do candidato Levy Fidelix em debate em rede aberta de televisão na campanha presidencial de 2014.

A análise do discurso proferido pelo então candidato Levy Fidelix não pode ser feita senão à luz de uma ideia do que configuraria o discurso de ódio, pois a concepção do que configura ou não esse tipo de discurso é o grande ponto de debate sobre o tema, acompanhado com certeza da questão de, ainda que reconhecido um discurso como causador de dano, ser suficiente para limitar a liberdade de expressão enquanto princípio⁷⁴.

São muitos os conceitos de discurso de ódio, alguns mais amplos, outros mais restritos. O adotado como melhor conceito no presente trabalho é aquele que identifica como tal qualquer manifestação que venha a denegrir e promover – essa promoção deve ser entendida em sentido amplo – a inferiorização de um grupo minoritário. Senão veja-se:

Os Estados defrontam-se com alguns aspectos polêmicos no domínio da tutela à liberdade de expressão e são vários os temas que suscitam o debate público acerca da legitimidade da intervenção estatal. Entre esses temas, destaca-se a resposta ao discurso do ódio, que pode ser definido como toda manifestação que denigra ou ofenda os membros das minorias tradicionalmente discriminadas, que estão em inferioridade numérica ou em situação de subordinação socioeconômica, política ou cultural. **Em outras palavras, o discurso do ódio compõe-se de todas as formas de expressão que propagam, incitam, promovem ou justificam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia, o antissemitismo e outras formas de ódio baseadas na intolerância.**⁷⁵

Alguns podem afirmar que o que foi feito pelo candidato tenha sido um exercício de seu direito de se manifestar. O que num olhar superficial pode parecer razoável, entretanto, a partir de uma análise cuidadosa, é inequívoco que nenhum exercício regular de Direito pode prever essencialmente o ataque ao outro. Beira a ausência de lógica que um cidadão possa se ancorar em um pretense direito para ter como desdobramento a exposição e a ofensa a outro cidadão.

No caso específico em tela, o discurso proferido não só é agressivo e violento em si como há a conclamação para que uma dita maioria se insurja contra uma dita minoria. Frise-se que, conquanto esse claro chamado a um ato que pode, sim, ser entendido como incentivo a posturas violentas não tivesse acontecido, o restante da fala já seria suficiente para se enquadrar em discurso de ódio. A partir do momento que o candidato faz alusão direta à ideia reprodutiva como fator definidor de um casal, – utilizando premissas de determinada matriz religiosa – no caso, o cristianismo –, ele exclui uma gama de pessoas de classificação social importante. Que espécie de respeito pode exigir determinado aglomerado de pessoas que vivem em pecado e nem família são? Portanto, é fundamental considerar que falas desse gênero proferidas em um contexto como o brasileiro e por um

74 LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. *Revista Direito e Liberdade – ESMARN*, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014.

75 BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público, Brasília, DF*, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

candidato à presidência da República acabam por causar danos a um caminho em busca do reconhecimento de direitos.

É fundamental considerar que a análise do discurso que objetive sua identificação enquanto discurso de ódio, discurso impopular ou ofensivo deve pautar-se por determinadas características, entre elas quem profere o discurso, a quem se dirige o discurso e em qual contexto se insere a fala produzida e as pessoas a quem ela é direcionada. Quando em um país onde há uma situação de violência institucionalizada contra homo e transexuais, que se perfaz das maneiras mais variadas, desde xingamentos até espancamentos e homicídios, um discurso que menospreze esse indivíduo ou o coloque em posição de subalternização é arma poderosa.

Por um lado, quando se fala em qualquer medida de controle sobre a liberdade de expressão, causa-se verdadeiro alarde, especialmente em países como o Brasil e a maioria dos países latinos que sofreram e ainda sangram com marcas de longas ditaduras que tinham como característica a opressão ao discurso. Por outro lado, o amadurecimento democrático pressupõe que o Estado se movimente no sentido de promover uma sociedade mais igual e verdadeiramente preocupada com a solidez dos valores que compõem seu arcabouço jurídico. Assim, a defesa da manutenção de condutas que violam direitos subjetivos, vale ressaltar que a livre orientação sexual se insere no rol dos direitos da personalidade, é, portanto, protegida pela denominada cláusula geral de proteção à dignidade humana, enquanto desdobramento do princípio da dignidade humana no Direito Civil.⁷⁶ Ou seja, ainda que numa perspectiva de garantias de direitos, a baliza ou ponderação no sentido de um prestígio absoluto à liberdade de expressão em detrimento da dignidade humana não parece apontar para um caminho de acerto.

3.2 Homotransfobia e discurso – a negativa do reconhecimento enquanto violação de direitos

O professor José Reinaldo de Lima Lopes é salutar ao estabelecer como o discurso pode afetar a situação real dos homossexuais – e obviamente o mesmo raciocínio se aplica aos transexuais.

Eribon e Honneth dizem que as injúrias são formas de ofensa e violência. Pode-se até dizer que as injúrias consistentes na negação de direitos permitem propagar uma visão negativa dos homossexuais. A negação de direitos, os discursos que publicamente afirmam que não se pode condenar os homossexuais, mas que também não se deve estimulá-los, têm como resultado o estímulo contrário, isto é, o estímulo a violências físicas e morais contra eles. (...) É uma mensagem de desigualdade.⁷⁷

76 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. São Paulo: Método, 2016.

77 LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. Sur, Rev. Int. Direi-

Na esteira do que o autor traz, pensar qualquer espécie de fala como um vetor de promoção de desigualdade não é em si uma violação de direitos? Quando se pensa que o discurso se produz em um meio, e este meio é hostil ao ator sobre o qual o discurso é tecido, as implicações negativas sobre o ouvinte ganham muito mais facilidade e penetração.

O autor Rosenfeld⁷⁸ faz interessante análise acerca do discurso de ódio, dividindo-o em duas situações: *hate speech in form*, que faz referência às declarações odiosas em si, e o *hate speech in substance*, que seria o discurso velado, aquele que não é *a priori* agressivo, mas no contexto em que é aplicado e de acordo com o grupo ao qual se direciona é discriminatório e vexatório. Se em um discurso há a exaltação de valores morais e condutas sociais que automaticamente excluem determinado grupo, está-se diante de um discurso de ódio em substância.

Ilustrativamente, uma fala de determinado candidato que não ataque diretamente os homossexuais, mas que exorte a ideia heterossexual de família enquanto única e real possibilidade, está proferindo discurso de ódio contra homossexuais. Vez que, ainda que o grupo não seja diretamente citado, o *contrario sensu* de que a única forma de família aceitável e moralmente correta é a heterossexual é que a família composta por pessoas do mesmo sexo, é imoral e não querida. Logo, não se está diante de mera manifestação de opinião de um candidato, mas de um agente que tem notoriedade pela posição que ocupa e profere uma fala que potencializa essa esfera de hostilidade já existente.

O Supremo Tribunal Federal em diversos julgamentos já se manifestou acerca das questões relativas à liberdade de expressão e ao discurso de ódio. Como ilustração, no julgamento da ADI 4274/DF, o ministro Celso de Melo foi categórico sobre os limites da liberdade de expressão e o discurso de ódio:

O repúdio ao “hate speech” traduz, na realidade, decorrência de nosso sistema constitucional, que reflete, nesse ponto, a repulsa ao ódio étnico estabelecida no próprio Pacto de São José da Costa Rica. (...) Evidente, desse modo, que a liberdade de expressão não assume caráter absoluto em nosso sistema jurídico, consideradas, sob tal perspectiva, as cláusulas inscritas tanto em nossa própria Constituição quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos. (...) **Há limites que, fundados na própria Constituição, conformam o exercício do direito à livre manifestação do pensamento, eis que a nossa Carta Política, ao contemplar determinados valores, quis protegê-los de modo amplo, em ordem a impedir, por exemplo, discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais.** (grifo nosso)

tos Human., [online], 2005, v. 2, n. 2, p. 64-95. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452005000100004>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

78 ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. Public Law Research Paper, n. 41, Cardozo Law School, abr. 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939>. Acesso em: 15 nov. 2017.

O ministro em seu voto diz expressamente não possuir a liberdade de expressão caráter absoluto, da mesma forma que coloca como uma baliza discriminações que possam ser atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Resta cristalino que o direito à livre determinação de identidade de gênero e sua manifestação – afinal, do contrário cair-se-ia em mera prolixidade normativa sem a menor efetividade –, bem como a liberdade quando da definição e vivência de uma orientação sexual em acordo com o projeto de vida do indivíduo, inserem-se perfeitamente na ideia de liberdades fundamentais dessa ordem, abarcados pelos limites enunciados pelo eminente ministro.

4. A PROTEÇÃO ÀS MINORIAS SEXUAIS COMO EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa foi erigida no ordenamento jurídico brasileiro para nortear toda a atuação do Estado em toda a sua conformação e suas instituições. Sob essa ótica, impõe-se à sociedade como um todo e ao Estado não só o respeito a todos os indivíduos e a seus projetos pessoais, mas também a promoção e proteção dessa diversidade de projetos. Cada indivíduo tem o direito de viver sua sexualidade plena e sadiamente. E o Estado tem a obrigação legal de garantir que isso ocorra de maneira concreta e materialmente igual⁷⁹. Afinal, são exatamente grupos em situação de fragilidade social que merecerão – na perspectiva da dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico – especial proteção da lei.

A livre orientação sexual é um atributo da própria condição humana. Está entre um rol fundamental de direitos de cada indivíduo, denominados direitos da personalidade, que compõe a expressão mais profunda dos princípios constitucionais no Direito Civil. Portanto, a partir do momento em que o Estado não garante adequadamente esse desenvolvimento – por exemplo, não protegendo de maneira efetiva determinadas pessoas que são limitadas/violentadas em razão de sua orientação sexual –, está-se diante de flagrante violação ao que hoje constitui o centro referencial de todo o ordenamento jurídico.

Entender a dignidade humana enquanto mandamento constitucional – princípio fundante da República – é necessariamente reconhecer que a Constituição possui efetividade normativa, ou seja, que não se está diante de meros conselhos, mas de mandamentos a serem perseguidos por todo agente público. Assim, é mister a perfeita compreensão do conteúdo desses princípios constitucionais, de modo a garantir de fato sua efetividade e consolidação. Em se tratando da livre autodeterminação sexual enquanto desdobramento necessário da dignidade humana, será adotado o conceito desenvolvido por Maria Celina

79 DIAS, op. cit.

Bodin de Moraes⁸⁰, que considera a dignidade humana sob o viés da igualdade, da integridade psicofísica, vontade livre, autodeterminação e garantia de não marginalização.

Do prisma da igualdade, urge vislumbrar que se trata de uma igualdade material, ou seja, que se faz presente no mundo dos fatos e não apenas na norma. É o reconhecimento de que o outro merece o mesmo respeito, independentemente de qualquer característica que tenha. Por que dizer que o outro é merecedor do mesmo respeito e não do mesmo direito? Exatamente pelo outro viés da igualdade enquanto princípio que recai sobre a consideração do que torna o sujeito particular, ou seja, o respeito a diversidade. A ideia de igualdade não pode, portanto, jamais servir a uma ideia hegemônica ou totalizante, e sim partir do pressuposto de uma equidade enquanto dignidade e não características e condutas.

Na esfera da integridade psicofísica, o que se encontra como norte é o direito a uma vida digna. Essa perspectiva deu ao princípio novo conteúdo extrapolando enormemente o que se tinha até então – defesa contra tortura e garantias aos presos. Este postulado passa a ser fundamental para a defesa dos direitos da personalidade e vai abarcar ainda importantes manifestações na busca do indivíduo por sua realização pessoal, como a reprodução humana assistida – congelamento de embriões – transplantes de órgãos, mudança de sexo, dentre outros. Enfrentar todas essas questões – algumas enquanto desdobramento direto dos avanços científicos – é questionar limites entre a autodisposição do próprio corpo e a atuação do Estado.

O indivíduo, para ser de fato respeitado e assim se desenvolver de maneira digna, necessariamente carece de ter preservado seu direito à autodeterminação, ou seja, a sua liberdade. O desenvolvimento é íntimo e pessoal, cada indivíduo o tem de forma única e as muitas “castrações” que são promovidas – muitas vezes pelo próprio Estado, seja por ação ou por omissão – configuram verdadeira violência contra esse indivíduo.

Essa liberdade, portanto, se materializa no livre exercício por parte do indivíduo da sua personalidade e intimidade.

O último postulado é a ideia de solidariedade, que passa a ser verdadeira tábua axiológica nos ordenamentos jurídicos modernos, inclusive como forma de se afastar dos horrores praticados durante a Segunda Grande Guerra.⁸¹ A escolha do legislador em insculpir a solidariedade enquanto princípio impõe a toda ação o dever de buscar uma sociedade mais justa e igualitária, abrindo necessariamente um momento de não permissão para qualquer tipo de exclusão ou marginalização. Assim, pensar a solidariedade enquanto

80 MORAES, Maria Celina Bondin. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 118.

81 SANTOS, Boaventura de Souza. As tensões da modernidade. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325792284_As%20tens%C3%B5es%20da%20Modernidade%20-%20Boaventura%20de%20Sousa%20Santos.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

uma manifestação da dignidade humana é visualizar como projeto de Estado e de sociedade um espaço que não permita a discriminação, uma vez que esta tem como produto uma massa de marginalizados.

Desse modo, compreender a necessidade de se buscar – do ponto vista social e jurídico – a efetivação dos direitos das minorias sexuais de modo amplo, é atender ao projeto constitucional de 1988. O que se vive na atualidade é um descompasso entre o que a lei e todo o contexto histórico-jurídico impõe à atuação do Estado, dado que inexistente um compromisso efetivo com a promoção desses grupos e políticas públicas que viabilizem a autodeterminação sexual, especialmente quando se considera que tais direitos são diariamente cerceados pelo quadro de violência generalizado no país contra essas minorias sexuais. Nessa conjuntura, permitir que qualquer cidadão, em especial algum que esteja com determinada projeção – como um candidato, por exemplo –, é ir na contramão de todo um histórico de lutas e ganhos, ainda que tímidos, de diversas pessoas.

4.1 A teoria dos atos de fala e o discurso de ódio contra homo e transexuais

Há uma série de coisas que podemos fazer ou tentar fazer simplesmente falando. Pode-se perguntar algo, fazer uma ameaça, celebrar um casamento, agredir alguém. Cada uma dessas coisas é um ato de fala específico. A teoria dos atos de fala divide o discurso em categorias de acordo com a que se prestam e qual sua capacidade de produzir efeitos específicos.⁸² O ato de fala produz efeitos e são necessárias várias condições relacionadas às circunstâncias em que a frase é produzida e aos interlocutores. Ou seja, o contexto é determinante para que determinada fala tenha ou não significado.

O mais relevante da citada teoria para o presente estudo é o reconhecimento da fala enquanto potência. Ou seja, o discurso por si só é uma força e produz efeitos. Uma ilustração para demonstrar como o uso da palavra assume uma carga cultural e social de modo a modificar seu significado é a palavra “viado”. A mesma palavra que é utilizada cotidianamente entre amigos para se chamarem – verdadeiro vocativo entre homens independentemente da orientação sexual – é também utilizada como xingamento. Mas, ao final, qual mensagem a palavra vai carregar enquanto formadora? Se em um jogo de futebol um pai acompanhado do filho de seis anos, ao se deparar com um erro do árbitro que prejudica seu time grita “Que isso seu viado?!", a referência da palavra para o filho é de que ser “viado” é fazer algo errado. Quando esse mesmo garoto se depara com um colega de classe que é chamado por outros garotos e garotas de “viado”, a inferência dele já está pronta. Assim tem-se uma manifestação significativa da linguagem perpetuando preconceito e violência contra determinado grupo.

82 SEARLE, John. Filosofia da linguagem: uma entrevista com John Searle. Tradução de Gabriel de Ávila Othero. ReVEL, v. 5, n. 8, 2007.



A ilustração acima tem como único objetivo problematizar que, reduzir a linguagem a um canal apenas, e não como um produto, é um erro. Pois a potência da fala, além de ser perceptível, é culturalmente construída. Essa construção obviamente não está livre de toda a carga de preconceito que porventura já exista na sociedade objeto da análise. Provavelmente chamar uma mulher de adúltera no Brasil não tem o mesmo peso que fazê-lo em um país islâmico teocrático. Ou seja, novamente o contexto em seu sentido amplo é fator crucial para se aferir o poder/potência de determinada fala.

Nessa esteira, quando se analisa o discurso proferido, a percepção de seu conteúdo é fundamental para aferir se há ou não agressão a outrem. Pensar o discurso apenas pelo viés do exercício regular de direito sob o manto da liberdade de expressão é ignorar o caráter polipotente de qualquer fala proferida. A fala forma, incita, informa, agride e modifica. E não se está falando de um produto a ser concretizado ou realizado a partir da fala, e sim desta enquanto produto.

Faz-se necessário o estudo e a compreensão do discurso em todo o seu poder e suas implicações. Afinal, a fala pode ser um meio para se chegar a determinado resultado pretendido. Aqui se enquadra uma das teorias/conceitos do discurso de ódio, em que se defende que só se estará diante de um discurso de ódio quando este gerar uma consequência prática ou incentivar claramente a um ato prático de violência. Indubitável que, ocorrendo o caso citado, se estará diante de uma situação em que houve discurso de ódio. Entretanto, reduzir a ideia do discurso de ódio à conclamação direta à violência é ignorar o discurso enquanto produto.

Ou seja, quando a fala tem conteúdo que em si inferioriza e ataca um grupo determinado – ainda que se ataque um indivíduo e essa agressão se faça por meio do uso, no discurso, de características que o identifiquem como parte de um grupo, sendo isso usado como razão de inferiorizá-lo –, o ato violador de direito consoma-se, naquele momento, na própria fala. Desse modo, a fala deixa de ser meio para se chegar a um fim violento e é em si um ato violento; portanto, se não for um crime, no mínimo se trata de abuso de direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar o discurso de ódio enquanto um limitador para o exercício da liberdade de expressão de candidatos quando este proferir discurso de cunho homotransfóbico. O discurso tem a capacidade de intimidar, agredir, violentar e assediar. Ou seja, trata-se de atentado direto e imediato, não carecedor, portanto, de consequência mediata para que se configure enquanto violento a partir de que se manifeste discriminatório e inferiorizante.

Problematiza-se de forma intensa a definição do que seria um discurso inferiorizante. Nesse sentido, valem duas acepções. A primeira correspondendo ao contexto no qual aquele discurso foi proferido. Contexto entendido enquanto tempo, lugar, promotor do discurso e de quem ele fala. E ainda os aspectos de dignidade, enquanto princípio preenchido de conteúdo que pode ser mensurado no discurso e também na manifestação do agredido.

Independentemente da esfera jurídica em que essa apuração seja feita – civil ou penal –, ela obedecerá aos ritos e princípios tradicionais como a ampla defesa e o contraditório; logo, será possível a descaracterização do ocorrido. Em suma, em um processo instaurado, o que não se pode é naturalizar a ofensa e o menosprezo a determinados grupos – que são fatores incitadores de violência devido ao histórico de marginalização desses indivíduos – de modo a manter numa ideia de normalidade o que é violento e violador de direitos.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Carmen Quesada. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. **Revista Electrónica de Estudios Internacionales**, 2015.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, Brasília, DF, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

CODERCH, Pablo Salvador. PUIG, Antoni Rubi. Negación de genocidio y libertad de expresión. **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, n. 1, 2009.

CONNELL, Robert W.; MESSERSCHMIDT, James W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, maio 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2013000100014>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e lndb. 13. ed. Rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

ISNA. Sociedade Americana de Intersexo. **What is intersex?**. Acesso em: 15 nov. 2017. Disponível em: <www.isna.com>.

KORIN, Daniel. Nuevas perspectivas de género en salud. **Revista Adolescencia Latinoamericana**, v. 2, n. 2, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur, Rev. Int. Direitos Human.**, [online], vol. 2, n. 2, p. 64-95, 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452005000100004>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade – ESMARN**, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014.

MORAES, Maria Celina Bondin. **O conceito da dignidade humana**: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang, org. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 118.



MOREIRA, F.; MADRID, D. **A homossexualidade e a sua história**. ETIC – Encontro de iniciação científica, América do Norte, 2009. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1646/1569>>. Acesso em 12 dez. 2017.

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. Public Law Research Paper, n. 41, Cardozo Law School, abr. 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939>. Acesso em: 15 nov. 2017.

SALIH, S. **Judith Butler e a teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **As tensões da modernidade**. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325792284_As%20tens%C3%B5es%20da%20Modernidade%20-%20Boaventura%20de%20Sousa%20Santos.pdf> Acesso em: 20 jan. 2018.

SCOTT, Joan. Tradução: Christine Rufino Dabat, Maria Betânia Ávila. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. **Revista Educação e Realidade**, 1998.

SEARLE, John. Filosofia da Linguagem: uma entrevista com John Searle. Tradução: Gabriel de Ávila Othero. **ReVEL**, v. 5, n. 8. 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2016.

TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista Brasileira de Sexualidade Humana**, São Paulo, jan. a jun. 2006. Disponível em: <<http://www.sbrash.org.br/porta/images/stories/pdf/5-rbsh-vol17-2006-n1.pdf#page=37>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO PROGRESSISTA DA CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO RACIAL NA PROPAGANDA POLÍTICO-ELEITORAL

Diogo Fernandes Gradim

RESUMO:

O presente artigo apresenta uma crítica ao controle do discurso de ódio racial pela via da criminalização. Em tal tarefa, serão trabalhadas teorias criminológicas tradicionais (positivistas) e a criminologia crítica para apresentar ao leitor uma síntese dos principais pontos da crítica ao funcionamento das instituições penais. Além disso, serão expostas com especial enfoque as críticas que relacionam a atuação do poder punitivo e a opressão de uma raça por outra para alcançar o principal problema apontado pela criminologia crítica nas propostas de utilização do poder punitivo como forma de mudar uma realidade opressora: o caráter intrinsecamente opressor do poder punitivo. Expostas as questões gerais do poder punitivo, serão analisados, também sob dois prismas distintos (favorável e contrário ao controle do discurso de ódio), os efeitos políticos do controle penal do discurso de ódio racial buscando identificar se os argumentos da criminologia crítica podem ser transportados para a esfera da política eleitoral a fim de estabelecer posição sobre o assunto. Ao final, serão apontadas algumas soluções de acordo com as críticas aqui desenvolvidas.

1 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E RACISMO

1.1 Breve apresentação da criminologia crítica

Tradicionalmente a criminologia é conceituada como um ramo das ciências criminais que estuda as causas da prática de conduta criminosa, visão que tem origem na escola positivista de criminologia.

Especificamente no que tange à construção do sistema penal e da criminologia positivista, o elemento racial tem papel central dentro desta escola que busca analisar o crime por uma ótica causal-explicativa, aparecendo na obra de autores como Cesare Lombroso⁸³

83 LOMBROSO, Cesare. O homem criminoso. Tradução de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Rio, 1887.

na Europa e Nina Rodrigues⁸⁴ no Brasil como um elemento de identificação do criminoso. É importante identificar a centralidade do elemento racial na criminologia positivista porque grande parte das políticas criminais são formuladas ainda com base nesta visão que centraliza o indivíduo infrator e as causas do crime.

A criminologia crítica empreendeu uma modificação do objeto de estudo para o momento anterior à prática do ato delituoso e estuda o processo de criminalização de condutas bem como deixa de analisar o agente da conduta para analisar as condições objetivas que formam o contexto da prática das condutas desviantes. Tal mudança de objeto e de método ocorreu com o surgimento do *labeling approach*, configurando o chamado *criminologic turn*.

Conforme destaca Nilo Batista,

ao contrário da Criminologia Tradicional, a Criminologia Crítica não aceita, qual a priori inquestionável, o código penal, mas investiga como, por quê [sic] e para quem (em ambas as direções: contra quem e em favor de quem) se elaborou este código e não outro.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, a criminologia crítica surgiu a partir da “integração dos processos subjetivos de construção social da criminalidade, estudados pelo *labeling approach*, com os processos objetivos estruturais e ideológicos das relações sociais de produção da vida material, definidos pela teoria marxista”⁸⁵. A partir dessa mudança, opera-se também uma alteração no conceito de criminologia. Lola Anyar de Castro, citada por Nilo Batista⁸⁶, a define como “a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante (...)”. Vera Malagutti Batista⁸⁷, acompanhando Eugênio Raúl Zaffaroni, diz que a criminologia seria “o curso dos discursos sobre a questão criminal” e aconselha que “observemos o curso desse caudaloso rio a partir da nossa margem periférica”.

Alessandro Baratta, um dos principais teóricos da criminologia chamada de crítica, resume bem a ideia em seu *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*:

Na perspectiva criminológica crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos a destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados

84 RODRIGUES, Nina. As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil. Salvador: Progresso, 1957.

85 SANTOS, Juarez Cirino dos. Criminologia e Política Criminal. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). A Criminologia no Século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

86 BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

87 BATISTA, Vera Malagutti. Foucault na periferia da barbárie. Quadranti – Rivista Internazionale di Filosofia Contemporanea, v. II, n. 1, 2014.

entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é – segundo uma interessante perspectiva já indicada nas páginas anteriores – um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.⁸⁸

Vera Malaguti extrai da obra de Alessandro Baratta que “a função simbólica da pena e a punição de ‘certos comportamentos’, sobre os quais a dor é infligida, apenas serve de cobertura ideológica para os mecanismos de controle social duro sobre as classes perigosas”⁸⁹.

A criminologia crítica promove uma desconstrução do crime como algo natural e da pena como uma resposta óbvia à conduta desviante, resposta essa que é pretendida também por muitos movimentos que buscam alteração da atual relação de forças existente na sociedade (desigualdade de gênero e de raça, por exemplo).

A partir da criminologia crítica, percebe-se que o poder punitivo é, intrinsecamente, opressor e gerador de desigualdade e a sua demanda seria uma espécie de “cobertura ideológica”⁹⁰ que encobre a reprodução da realidade social já existente com todas suas desigualdades.

1.2 Racismo estrutural e sistema penal

O deslocamento do objeto de análise da criminologia da justificativa causal-explicativa do fato imputado como criminoso para o processo de criminalização de condutas e para a análise de comportamentos desviantes para além da esfera criminal será aqui utilizado para analisar o racismo enquanto discurso de ódio praticado no âmbito do discurso político (eleitoral ou não).

Nesse contexto, serão tratadas apenas condutas de injúria qualificada por racismo e em tese enquadráveis na previsão do art. 140, § 3º, do Código Penal, e o art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/1989, afastando-se os demais tipos previstos na Lei nº 7.716/1989, por não se tratar de condutas que podem ser entendidas como discurso.

88 BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

89 BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

90 Em metáfora que dialoga com a astrofísica, a socióloga Sabrina Fernandes explica que há “buracos de minhoca ideológicos” que encurtam o espaço entre esquerda e direita. Nas palavras da socióloga, “quanto a esquerda faz uma defesa de esquerda mas se apropria de táticas mais coerentes com um projeto de direita, isso cria algo como uma junção, um buraco de minhoca que dobra o tecido ideológico ao invés de o espaço-tempo na astrofísica. Na teoria, quando se pensa em viagem pelo universo, uma das possibilidades seria o tal buraco de minhoca, que seria praticamente um buraco de duas bocas que formaria um atalho entre regiões distintas do universo”. JUSTIFICANDO. Buracos de minhoca ideológicos: o punitivismo. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5GnTS2eOPOA&t=317s>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

Também se faz necessária uma ressalva quanto ao conceito de racismo. Não obstante variados conteúdos semânticos, racismo será considerado aqui como um fenômeno social que vai além da concepção biologizante, sendo caracterizado também pela sua origem social e histórica⁹¹, destacando que o conceito de raça será utilizado apenas na sua forma sociológica e ressaltando as críticas pertinentes sobre o conceito biológico⁹².

Isso posto, dados estatísticos⁹³ apontam para um resultado prejudicial à população não branca das ações criminalizadoras no Brasil, havendo sobrerrepresentação de negros e sub-representação de brancos nas prisões em flagrante quando comparados os números com os da composição da população em geral, conforme apontado pelo *Mapa do encarceramento*⁹⁴. Thula Rafaela Martins traz, em sua tese de doutorado, dados da Anistia Internacional segundo os quais mais de 90% da população carcerária brasileira é composta por negros⁹⁵.

Um dos grandes problemas apresentados tanto no estudo de práticas racistas (discursivas ou não) quanto no estudo de práticas criminalizadas é a individualização da questão, tratando uma ofensa racial ou a prática de uma conduta criminosa prevista em lei única e exclusivamente como um conflito individual entre vítima e autor.

Essa visão é problemática porque encobre um conflito social que dá origem e forma o contexto daquela conduta individual, fazendo com que sejam propostas soluções que não levam em conta tal contexto. A fim de esclarecer melhor a questão, cumpre trazer digressão histórica para expor dois fatores cruciais para a compreensão dos processos de criminalização expostos por Foucault em *Vigiar e Punir* e Rusche e Kirchheimer em *Punição e Estrutura Social*.

O primeiro deles é a extinção de métodos horizontais de solução de conflitos entre particulares para a verticalização dessa solução que atribuiu a uma autoridade superior o poder de arbitrar a solução adequada ao conflito, o que afastou a vítima desse processo. A isso Vera Malaguti chamou de confisco do conflito, defendendo que “a gestão horizontal da conflitividade é substituída por uma gestão vertical e hierarquizante que funda o que

91 DUARTE, Evandro Charles Piza. Criminologia e racismo: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1988.

92 Ibidem, p. 93.

93 Por exemplo, presentes no “Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil”, elaborado pela Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, e na Nota Técnica nº 10, de novembro de 2013, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

94 BRASIL. Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil/Secretaria-Geral da Presidência da República. Brasília, 2014..

95 PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: p. 12, 2013.

Foucault chama de poder punitivo, uma ideia muito mais densa que a de sistema penal⁹⁶. A criação de uma estrutura que, dado um comportamento desviante, afasta da solução do conflito a vítima e centra na pessoa do ofensor a reprimenda promove a despolitização da questão e a subjetivação do conflito.

O segundo fator é colocar-se a prisão como uma resposta para a deslegitimação do poder punitivo gerada pela identificação entre a população em geral com os condenados. A pena de prisão promove uma nova legitimação do mesmo poder, porém com penas distintas.

No âmbito específico que toca ao racismo, pode-se observar que a criminologia crítica, baseada sobretudo em análises marxistas, deixa de lado a questão racial tida como central no Brasil. Trata-se da importação da criminologia crítica a partir das obras de autores europeus como Foucault, Rusche e Kirchheimer e Baratta de modo acrítico e sem as ressalvas adequadas, permitindo a colonização teórica e a reprodução de uma visão exclusivamente branca da questão criminal.

Nesta atribuição de papel coadjuvante à questão racial é colocada a crítica de que a academia tem também um viés branco e importa teorias europeias que não falam por completo da realidade periférica dos países da América Latina. Camila Cardoso de Mello Prando⁹⁷ destaca que a recepção da criminologia crítica no Brasil e na América Latina teve três etapas nas quais nem sempre a questão racial esteve com a importância que tem na realidade brasileira, sendo “diluída” na luta de classes na primeira fase; na segunda fase, houve a inserção de elementos característicos da periferia, da colonização e um começo de abordagem da questão racial; na terceira fase, as questões de gênero e raça ganharam importância nas análises criminológicas.

A crítica permanece, porém, mais por ser a raça um elemento explicativo da seletividade penal (distorção) do que um elemento intrínseco ao próprio poder punitivo.

A partir dessa desvalorização do elemento da raça na pesquisa criminológica, Camila Cardoso de Mello Prando traz, com base em Bell Hooks⁹⁸, a provocação aos acadêmicos bancos para que passem também a racializar suas próprias questões já que, tradicionalmente, os não brancos são racializados e os brancos são vistos de forma neutra nesse ponto.

96 BATISTA, op. cit.

97 PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A criminologia crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n1/2179-8966-rdp-9-1-70.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

98 HOOKS, Bell. *Yearning: race, gender and cultural politics*. New York and London: Routledge, 2015 apud PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A criminologia crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n1/2179-8966-rdp-9-1-70.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

Vê-se que há, mesmo à luz da criminologia crítica, que incorpora críticas a uma relação de poder consolidada, permanece a crítica de que a questão racial não teve dado o espaço devido nem teve reconhecida proximidade entre racismo e poder punitivo. Tal crítica coloca ainda mais problemas na proposta de criminalização do racismo, posto que se trata de uma ampliação do poder punitivo com todas as suas implicações.

1.3 Colocações preliminares sobre a criminalização do racismo

A identificação de um ambiente social onde, além dos mais notáveis e mais divulgados casos de racismo contra indivíduos, há também racismo na forma estrutural e institucional levou os movimentos a pleitearem reconhecimento jurídico de igualdade. Tal busca também foi direcionada ao sistema penal visando, pela teoria do bem jurídico, ao reconhecimento da população não branca como sujeitos de direitos titulares de bens jurídicos penalmente tuteláveis na mesma medida em que a população branca.

Partidários da criminologia crítica, não obstante reconheçam a legitimidade do movimento que busca reconhecimento das instituições jurídico-penais, colocam questões acerca do funcionamento do poder punitivo que o tornariam em si incompatível com tal luta, já que seria o instrumento por excelência de subjugar grupos mal colocados nas relações de poder.

Não se trata de um embate entre negar e reconhecer os direitos de igualdade racial, mas de questionar se – e em que medida – a criminalização alcança os objetivos de reconhecimento da população não branca. Thula Rafaela de Oliveira Pires coloca que “o questionamento central refere-se a viabilidade/eficiência de se apostar na criminalização do desrespeito como forma de proteção de identidades”, entendendo que:

Enquanto o movimento social aposta na criminalização como política de reconhecimento, representantes da criminologia crítica alertam para o fato de que sua utilização com esse intuito pode gerar exatamente o efeito inverso, na medida em que o sistema de justiça criminal foi pensado como um instrumento oficial de dominação e opressão dos grupos sociais não reconhecidos.⁹⁹

A criminologia crítica contribui para que seja analisada a contribuição que a própria criminologia, em sua vertente positivista, deu para que o negro tivesse sua figura associada à criminalidade.

99 PIRES, op. cit., p. 11 e 12.

2. EFEITOS DA CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO NA POLÍTICA

2.1 Impulsionalamento de candidaturas de réus

Exposição de estudos em que foi trabalhado o efeito negativo da utilização do sistema de justiça criminal no combate aos discursos de ódio de um modo geral.

Conforme trabalhado por Heli Askola em *Taking the bait – impacts of prosecuting politician*, o processo criminal e, em especial, sua intensa exposição midiática podem ter o efeito de dar visibilidade a atores políticos com posições extremadas e propiciar a suas falas um alcance que não teriam. Com o aumento de visibilidade, é possível que partidários dos mesmos ideais se agrupem em torno da figura mais conhecida, fazendo com que seu capital político-eleitoral seja substancialmente expandido. Esta é uma das explicações dadas para o crescimento eleitoral de Halla-aho, político de pouca expressão na Finlândia que, após provocar intencionalmente o chefe do Ministério Público local, foi processado criminalmente. O candidato que não conseguira viabilizar candidaturas competitivas a uma vaga no legislativo municipal conseguiu alcançar uma vaga no parlamento nacional, crescimento também experimentado por seu partido.

Uma outra possível explicação ao argumento de que o controle do discurso de ódio pode fortalecer os atores que o praticam é a possibilidade de construção de uma narrativa de perseguição política com base no conteúdo de fala. Nem sempre as falas são claramente caracterizadas como criminosas e, sabendo dessas zonas cinzentas, os atores políticos polêmicos valem-se dessa disputa de interpretação para manifestarem suas opiniões de forma indireta ou sutil e, quando atacados pelo aparato jurídico, negarem o caráter odioso de suas falas e construírem uma narrativa vitimista. Heli Askola vê no caso Halla-aho esse elemento, sobretudo diante do resultado final condenatório de seus processos. A absolvição pode ser vista, também, como chancela do Estado para discursos abjetos, ou no limite da tolerância com discursos de ódio.

Askola não firma posição geral sobre a questão do controle do discurso de ódio, destacando a importância que o contexto político tem nos efeitos que o controle pode gerar.

Pensando no contexto brasileiro, o deputado Jair Messias Bolsonaro é um dos atores políticos que mais se envolve em polêmicas acerca de discurso de ódio na atualidade. O deputado obteve 111.927 votos em 1994¹⁰⁰, 102.893 votos em 1998, 88.945¹⁰¹ nas eleições de 2002, 99.700 votos nas eleições de 2006, 120.646 votos nas eleições de

100 TSE (Tribunal Superior Eleitoral). Estatística de candidatos – Rio de Janeiro. 2002. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-1994/estatistica-de-candidatos-por-estado/estatistica-de-candidatos-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

101 *Ibidem*.

2010¹⁰² e 464.572 votos em 2014¹⁰³. A trajetória completa da votação do candidato que é um personagem frequente em processos cíveis e criminais que envolvem discurso de ódio contra mulheres, negros e membros da comunidade LGBT é também ambígua, posto que não apresenta desde sua primeira eleição em 1994 somente crescimento.

Tradicionalmente associado aos militares reformados, seu principal aumento de votação deu-se entre as eleições de 2010 e 2014, quando cresceu mais de 385%; coincidentemente ou não, no período em que foi criada pela Lei nº 12.528/2011 a Comissão Nacional da Verdade, trazendo pautas que desagradavam ao eleitorado tradicional do deputado carioca. O aumento de votação exatamente no período em que o deputado conseguiu maior exposição para suas pautas reacionárias pode ser um indício de que a exposição, ainda que por meio do ataque, nem sempre gera o efeito esperado. No entanto, assim como no caso analisado por Askola, não é possível dizer que o aumento do capital político é um efeito gerado pelo controle do discurso dadas as numerosas variáveis não controladas no caso.

2.1 Reconhecimento e empoderamento das vítimas e efeito simbólico

A criminologia, após o surgimento de seu viés crítico à atuação do sistema penal, chegou à conclusão de que a seletividade¹⁰⁴, seja por meio da criminalização primária (escolha dos bens jurídicos a serem tutelados e das condutas a serem tipificadas) ou da criminalização secundária (atuação prática das instituições de persecução penal) faz com que sejam atingidos de forma mais agressiva os grupos já desprivilegiados nas relações de poder. Vera Malaguti Batista destaca a obra *Estigma* como um marco na constituição do conceito de seletividade:

De uma maneira inversa aos positivistas, que deduziam através da observação das populações seletivamente encarceradas, Goffman pesquisa os processos de “construção da identidade desviante” pelas instituições totais. *Estigma*, de 1963, é um livro fundamental para os que trabalham a questão criminal. Em 1968, Sack apontou para novas perspectivas nesse curso dos discursos da questão criminal, demonstrando que existe uma filtragem entre a criminalidade latente e a criminalidade perseguida, constituindo aquilo que conhecemos como seletividade penal.¹⁰⁵

Esta conclusão levou grande parte dos estudiosos a rejeitar toda a atuação do poder punitivo, rejeitando inclusive as demandas das próprias parcelas da população tidas como perseguidas como mulheres, não brancos e comunidade LGBT, e mesmo para proteger bens jurídicos tradicionalmente defendidos por pautas de esquerda. Um dos mais famosos

102 Idem, 2010.

103 Idem, 2014.

104 BATISTA, op. cit. Segundo entende Vera Malaguti Batista, “o rotulacionismo seria o estudo da ‘formação da identidade desviante’ e das agências de controle social”.

105 Ibidem, p. 76.

textos nesse sentido é de autoria de Maria Lúcia Karam, que define como “esquerda punitiva” a pretensão de, mantendo o posicionamento crítico em relação à atuação do poder punitivo, redirecionar seus ataques também aos poderosos e privilegiados de modo a buscar maior isonomia nos resultados de sua atuação. O texto tem forte tom de crítica a essa ideia e serve de fundamento teórico para que grande parte dos adeptos da criminologia crítica rejeitem propostas de grupos feministas e ativistas negros de utilização do sistema de justiça criminal na defesa de seus interesses. Nas palavras da autora:

Distanciando-se das tendências abolicionistas e de intervenção mínima, resultando das reflexões de criminólogos críticos e penalistas progressistas, que vieram desvendar o papel do sistema penal como um dos mais poderosos instrumentos de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão, características da formação social capitalista, aqueles amplos setores da esquerda, percebendo apenas superficialmente a concentração da atuação do sistema penal sobre os membros das classes subalternizadas, a deixar inatingidas condutas socialmente negativas das classes dominantes, não se preocuparam em entender a clara razão desta atuação desigual, ingenuamente pretendendo que os mesmos mecanismos repressores se dirigissem a o enfrentamento da chamada criminalidade dourada, mais especialmente aos abusos do poder político e do poder econômico.¹⁰⁶

Segundo a autora, as demandas de criminalização são uma adesão do setor crítico à ideologia tradicional da lei e da ordem. Tal concepção é baseada nas ideias da criminologia crítica, que, por sua vez, baseia-se em críticas marxistas.

Em contrapartida, os grupos vulneráveis apontam uma interpretação da criminologia crítica, originalmente pensada para a realidade europeia, transplantada para a realidade brasileira sem a inserção de elementos característicos da realidade brasileira e latino-americana que gerou a desigualdade e a vulnerabilidade destes grupos.

Camila Prando, no prefácio de *Criminologia do Preconceito*, destaca:

De outro lado, a crítica criminológica predominante faz uso de uma perspectiva teoria estilizada e europeizada do marxismo que divide as estruturas sociais em superestruturas e infraestruturas e produz uma análise de classe social fundada em interpretações economicistas. Judith Butler provocativamente chama esta interpretação como aquela que divide o econômico do “meramente cultural”. No Brasil a segunda onda da Criminologia (1980-2000) – que muitas vezes é esquecida pelas análises de caráter economicista – articulou-se em torno da produção latino-americana e, em especial, de Zaffaroni, trazendo para o centro do debate, em conjunto com a tese do dependentismo econômico, o lugar central do colonialismo para compreensão das sociedades periféricas.¹⁰⁷

106 KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, ano 1, n. 1, 1º semestre de 1996.

107 CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

Tal crítica é trabalhada por diversos acadêmicos estudiosos de criminologia que rejeitam o transplante da criminologia crítica, demandando uma maior importância às questões de raça e de gênero, por exemplo. No feminismo é dito que “a crítica feminista à criminologia (ortodoxa e crítica) provocou verdadeira ‘ferida narcísica’, pois não apenas deu visibilidade à violência praticada pelos homens contra as mulheres, mas apresentou as metarregras sexistas que orientam a elaboração, a aplicação e a execução do direito (penal), bem como expôs a lacuna das investigações críticas em relação ao caráter falocêntrico do sistema penal”¹⁰⁸.

No âmbito da questão racial, o local é ainda mais relevante, posto que a formulação europeia da criminologia crítica não abrange o processo de formação da sociedade brasileira, no qual tanto o processo de dominação feito durante o período da escravidão como o processo de dominação levado a efeito após a abolição são elementos centrais do modo de funcionamento do poder político e também do poder punitivo no Brasil. Leonardo Ortegá destaca que “para a criminologia crítica, fundamentada em uma perspectiva analítica considerada marxista, a questão racial, suas desigualdades e o próprio racismo, parecem agir como elementos secundários nos processos de criminalização e violência dos sujeitos”¹⁰⁹.

A omissão do colonialismo, desconsiderando a diferença de analisar a atuação do poder punitivo em uma sociedade na periferia e não em uma sociedade central (europeia ou norte-americana), é um outro problema de importar a criminologia crítica nos exatos termos em que formulada, já que sua principal contribuição é exatamente analisar o processo social de criminalização de condutas. Eugênio Raúl Zaffaroni propõe uma criminologia marginal adequada à realidade de países latino-americanos que, assim como o Brasil, situam-se em um contexto periférico do poder mundial.

Além disso, o continente africano é elemento central para a relação colonial, especialmente no Brasil, daí decorrendo outra importante deficiência da criminologia crítica ortodoxa.

Além da crítica de que há uma supervalorização do aspecto econômico de influência marxista na criminologia crítica, fazendo com que promova uma leitura incompleta sobretudo em sociedades como a brasileira, em que a questão racial tem importância autônoma em relação à questão econômica, há também o argumento de que a questão econômica e a questão racial se misturam no Brasil, fazendo com que a distribuição desigual dos meios de produção seja feita com base em critérios racistas e homofóbicos. Camila Prando diz que “A divisão social do trabalho é também uma divisão racial e sexual, assim como a hetero-

108 CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.143-172.

109 ORTEGAL, Leonardo. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 238, p. 527-542, 2016.

normatividade regula um modelo hegemônico de família que delimita o âmbito de circulação de riqueza e distribuição de propriedade¹¹⁰.

Essa nova corrente, posicionando-se de forma crítica à criminologia que se propõe crítica, pretende reabrir o debate em relação à atuação do sistema de justiça criminal na tutela de seus interesses a partir dessa reconstrução da criminologia crítica de uma perspectiva de um país periférico e também da perspectiva de grupos tradicionalmente afastados dos lugares tradicionais de produção de conhecimento como a academia, por exemplo. Ainda segundo essa concepção, a criminologia crítica, apesar de se opor à criminologia positivista de Cesare Lombroso¹¹¹ e, no Brasil, de Nina Rodrigues¹¹², não promoveu a adequada mudança da análise para dar o espaço central à questão racial¹¹³.

O reposicionamento da questão racial na criminologia é apontado como providência central para a análise da atuação do poder punitivo não somente para promover uma crítica decorrente dos resultados práticos desiguais, mas também porque tradicionalmente a criminologia foi totalmente construída a partir de um conceito biologizante de raça, sendo também nesse modo estruturada a atuação do poder punitivo. É importante ressaltar que, tendo em vista que a criminologia positivista tinha como objeto de estudo o criminoso e a causa do crime, suas pesquisas serviam de base para a atuação das instituições do poder punitivo.

Retomar esse processo histórico de construção da criminologia e entender a influência de teorias racistas é necessário para que se promova um sistema de justiça criminal minimamente adequado a uma sociedade democrática e ao constitucionalismo democrático de direito.

Evandro Piza Duarte estudou detalhadamente a influência de autores positivistas na criminologia brasileira, sobretudo Nina Rodrigues. Inicialmente o autor trabalha as pesquisas que culminaram no próprio conceito de raça e destaca a sua fragilidade, não sendo solidamente fundamentadas mesmo para a ciência da época.

O autor, ao tratar sobre a construção do conceito de raça, identificou que não havia, mesmo na época em que foi desenvolvido, indícios de que poderia ser sustentado um conceito biológico de raça, afirmando expressamente que “desde o seu surgimento, a raça foi um conceito político, servia para justificar relações de poder”¹¹⁴. Ainda segundo o autor, o conceito deve ser compreendido a partir da funcionalidade para a qual foi criado:

110 CARVALHO; DUARTE, op. cit., p. 19.

111 LOMBROSO, op. cit., 1887.

112 RODRIGUES, op. cit., 1957.

113 ORTEGAL, op. cit., p. 527-542 .

114 CARVALHO; DUARTE, op. cit., p. 34.

Nesse sentido, o ponto de vista adotado é o de compreender “raça” como uma categoria sociológica complexa e historicamente construída (raça como dispositivo); portanto, opõe-se a uma teoria das raças de cunho biologicista e, ao mesmo tempo, a uma posição teórica que coloque o estudo sobre as práticas raciais como secundárias diante de outras práticas de exclusão presentes nas sociedades modernas.

A formulação de todas essas críticas leva a uma necessária reformulação da criminologia crítica para reposicionar a questão racial, o que por si só promove um ganho de visibilidade, já que considera demandas da população negra e dá espaço a uma produção acadêmica desse grupo até então com representação deficitária na academia.

Além disso, a reformulação da análise criminológica, agora tratada como estudo do processo de criminalização de condutas e do desvio, coloca em cheque a conclusão tradicional de que o poder punitivo é intrinsecamente opressor e excludente, devendo ser contido em todas as ocasiões, inclusive quando demandada sua atuação pelos próprios grupos oprimidos.

A exemplo do giro criminológico, é destacado por Leonardo Ortegá que “de semelhante modo ocorre com a questão racial, e, neste mesmo sentido, poder-se-ia dizer que a criminologia crítica, diante das lacunas relacionadas à questão racial, necessitaria também de uma virada racial”¹¹⁵. Frisa ainda o autor a necessidade de incorporar novos conceitos e categorias à criminologia:

No tocante aos conceitos e categorias utilizados pela criminologia, observa-se, também, a necessidade de incorporar “novos” conceitos, a fim de compreender, de fato, este “novo” problema. Trata-se de categorias pouco presentes na discussão atual, como extermínio, genocídio, epistemicídio, historicídio, diáspora e outras capazes de captar as particularidades destes temas.¹¹⁶

A proposta de mudança na análise do poder punitivo, ou seja, na forma de a criminologia crítica analisar a atuação do poder punitivo no Brasil, deve levar em conta não somente o ganho científico pretendido, mas também o ganho de reconhecimento de não brancos. Conforme bem destaca Thula Rafaela Pires, os reflexos do racismo na construção da autoimagem de pardos e pretos no Brasil foi e é intenso, sendo também um aspecto a ser recuperado. Nas palavras da autora:

Para refletir sobre elas foi necessário num primeiro momento estabelecer as relações existentes entre *racismo* e *reconhecimento*, demonstrando a maneira pela qual foi construída a figura do negro como Outro e os impactos do racismo na conformação das identidades. O objetivo foi o de demonstrar os principais

115 ORTEGAL, op. cit., p. 527-542.

116 Ibidem.

danos sofridos por pretos e pardos tradicionalmente submetidos a uma imagem depreciativa sobre si mesmos, além de chamar a atenção para o fato de que o sofrimento gerado por essa condição, ao invés de aprisionar esses grupos em uma condição social degradante, impele-os a resistir contra ela.¹¹⁷

Neste sentido, a possibilidade de utilizar as instituições para denunciar violações a seus direitos é a conquista de um povo cujos sujeitos não foram considerados titulares de direitos durante a maior parte de sua vivência no Brasil. Thula Rafaela Pires destaca ainda que o direito reproduz categorias morais ao promover a valoração de comportamentos por meio do binômio lícito/ilícito, de modo que a inclusão dos pardos e negros na esfera de tutela jurídica consiste num ganho de reconhecimento para esse grupo¹¹⁸.

Além da análise das leis que criminalizam o discurso racista sob o ponto de vista da atuação do poder punitivo, é possível também analisar o espaço que o tema tem na sociedade que gerou a aprovação da lei, bem como o debate posterior à sua aprovação. Sob esse ponto de vista, podemos enxergar um aumento do debate sobre o tema a ponto de conseguir ressonância e aprovação no Congresso Nacional.

Felipe Gonçalves Silva, Marta Rodriguez de Assis Machado e Rúrion Melo, em artigo intitulado “A esfera pública e as proteções legais antirracismo no Brasil” destacam que “muitas das demandas formuladas pelos movimentos antirracistas alcançaram os debates legislativos e, em algumas oportunidades, como visto, resultaram na criação e modificação de institutos jurídicos no direito positivo brasileiro”.¹¹⁹

Trata-se de reconhecer que o acesso à tutela jurídico-penal é, além do reconhecimento estatal da igualdade racial como um valor central no ordenamento jurídico, de uma conquista que simboliza o avanço e o empoderamento dos não brancos, antes agredidos e destituídos de tutela jurídica na esfera penal.

Além disso, entendendo o poder punitivo como a última *ratio*, seu acionamento na tutela da honra, bem jurídico tutelado pelo crime de injúria, traz também o reconhecimento de que as demais esferas do Direito falharam na tutela da honra dos não brancos, daí a necessidade de aprovar uma lei autorizando a utilização do poder de punir do Estado também nesses casos.

117 PIRES, op. cit., p. 227.

118 PIRES, op. cit., p. 227-228.

119 SILVA, Felipe Gonçalves; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; MELO, Rúrion. A esfera pública e as proteções anti-racismo no Brasil. Cadernos de Filosofia Alemã, n. 16, p. 95-116, jul./dez. 2010.

3. (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO RACIOCÍNIO DE RACISMO ESTRUTURAL NO ÂMBITO POLÍTICO

3.1 Reflexos políticos do racismo estrutural: sub-representação de não brancos

Os mecanismos de exclusão de não brancos e de diferenciação de seu papel na sociedade tem como antecedente histórico óbvio a escravidão, porém essa não foi sua única forma de atuação. Após a abolição, os métodos tornaram-se mais sutis, porém ainda permaneceram influenciando a atuação das instituições públicas e privadas de forma a direcionar privilégios aos brancos.

Não obstante a academia tenha uma convergência no sentido de admitir os privilégios brancos na sociedade brasileira, são raros os estudos que analisam os reflexos do racismo na representação política, conforme destacam Luiza Augusto Campos e Carlos Machado¹²⁰ e também Flávia Rios, Ana Claudia Pereira e Patrícia Rangel¹²¹, tendo ambos os estudos mencionado a relativa maior produção acerca da sub-representação feminina.

A própria ausência de dados acerca da cor dos candidatos era um grande empecilho à realização de estudos quantitativos acerca da composição dos políticos, sobretudo não eleitos, já que o Tribunal Superior Eleitoral apenas nas eleições de 2014 incluiu tópico sobre a cor dos candidatos por meio da autoclassificação. A vantagem de utilizar dados produzidos a partir da autodeclaração ou autoclassificação é a possibilidade de realizar análise comparativa com os dados do IBGE, que são obtidos também a partir da autoclassificação.

Com base nesses dados, observa-se que foram eleitos para o Congresso Nacional, em 2014, 432 (80%) pessoas brancas e 108 (20%) pessoas não brancas (negras e pardas)¹²².

Analisando os dados da totalidade dos candidatos, observa-se que a disparidade aumenta após o resultado das eleições, já que entre o total de candidatos houve 58,1% de brancos, 41% de pardos e negros, 0,5% de amarelos e 0,3% de indígenas.

Já nas eleições municipais de 2016, a disparidade foi bem menor, havendo entre os eleitos 53,68% de brancos e 35,56% de pardos e pretos.¹²³

Bueno e Dunning realizaram testes empíricos nas cidades de Salvador e Rio de Janeiro utilizando atores brancos e negros que fizeram discursos e concluem que não houve diferenciação significativa pela população, de modo que a disparidade de representação não

120 CAMPOS, Luiz Augusto; MACHADO, Carlos. A cor dos eleitos: determinantes da sub-representação política dos não brancos no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 16. Brasília, jan./abr. de 2015, p. 121-151.

121 RIOS, Flávia; PEREIRA, Ana Claudia; RANGEL, Patrícia. Paradoxo da igualdade: gênero, raça e democracia. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 69, n. 1, jan./mar. 2017.

122 CAMPOS; MACHADO, op. cit., p. 121-151.

123 TSE. Estatísticas eleitorais. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-antiores/estatisticas-eleitorais-2016/resultados>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

se dá por um critério racial do eleitorado¹²⁴, atribuindo a diferença ao sistema eleitoral e às estruturas partidárias.

Luiz Augusto Campos e Carlos Machado, ao analisar o desempenho eleitoral e a capacidade de captar financiamento para campanha de candidatos brancos e não brancos nas eleições de 2012 nos municípios de Rio de Janeiro e São Paulo,¹²⁵ obtiveram dados apontando que brancos captam mais recursos que negros, assim como obtêm maior votação. No entanto, ao cruzarem esses dados com os de sexo e instrução formal, os autores concluíram que esses fatores têm maior influência que a cor isoladamente¹²⁶. Destaque-se que nos 10% com maior arrecadação, há diferença significativa entre brancos e não brancos.

Ao analisar as candidaturas competitivas, assim entendidas aquelas que obtiveram a partir de 20% da votação necessária para ser eleito, há relativa igualdade quando se isola os fatores sexo e renda, ressaltando-se que nos 10% mais bem votados, onde a competição é mais acirrada, há notável diferença envolvendo brancos e não brancos.

Interpretar tais dados no sentido de que a desigualdade se dá na proporção em que há distinção pela cor dos eleitos isolando-se outros fatores como instrução e renda é problemático na medida em que a cor influencia também na distribuição desigual desses recursos, gerando uma influência dupla nos dados finais da representação política. Os autores também encaminham sua conclusão neste sentido ao afirmarem que “do ponto de vista sociológico, nossos dados parecem corroborar a ideia de que os não brancos enfrentam dificuldades maiores de ascensão à medida que se acirra a competitividade por recursos socialmente valiosos nas esferas em que eles penetram”¹²⁷.

A grande diferença existente entre a composição do grupo de representantes e a composição da população em geral não é um fenômeno exclusivo da sociedade brasileira, sendo identificada uma tendência à distorção nas democracias atuais. Daniel afirma que “A observação empírica mostra que a probabilidade de exercer um poder político (seja qual for) aumenta conforme a posição na hierarquia social e que a posição social de origem (medida, por exemplo, pela última profissão antes da entrada na política) dos políticos é tanto mais elevada quanto mais altas as posições ocupadas na hierarquia política”¹²⁸.

124 BUENO, N.; Dunning T. Race, resources, and representation: evidence from Brazilian politicians, social science research network. 2014. Disponível em: <http://www.thaddunning.com/wp-content/uploads/2017/03/Bueno-and-Dunning_World-Politics_published-online-first.pdf>. Acesso em 21 jan. 2018.

125 Os autores utilizaram os critérios de heteroclassificação feitos por quatro pesquisadores a partir das fotos dos candidatos, havendo alto grau de concordância (ao menos três opiniões convergentes) em 87,9% dos casos.

126 CAMPOS; MACHADO, op. cit., p. 134 e 136.

127 Ibidem, p. 142.

128 GAXIE, Daniel. As lógicas do recrutamento político. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 8, p. 165-208, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000200007&script=sci_arttext#back1>. Acesso em: 21 jan. 2018.

3.2 Redução da opressão de uma parte da população sobre outra à ofensa individual

A atual crítica acadêmica sobre as análises do poder punitivo baseadas em teorias marxistas denuncia a relegação a segundo plano da questão racial. Tal crítica coloca em cheque a ideia de que o critério central do maior peso com que o poder punitivo atinge determinados grupos é a distribuição dos meios de produção, ou seja, utiliza um conceito economicista de classe que não seria uma variável com a mesma importância no contexto brasileiro.

A mudança epistemológica na análise da atuação do poder punitivo ainda não trouxe resultados conclusivos acerca da possibilidade de utilização do poder punitivo na tutela de direitos de não brancos.

Tal mudança de perspectiva traz ao debate acadêmico propostas de tornar mais igualitário o poder punitivo no sentido de tentar fazê-lo atingir de forma mais isonômica a população e opor o argumento da inefetividade do sistema penal com uma proposta de proteção igualitária é ignorar que o poder punitivo permanecerá atuando, descartando-se uma oportunidade de atenuar os males apontados.

No entanto, mesmo após concluir que faltam estudos sobre a centralidade da questão racial na atuação do poder punitivo, a sua característica de encobrir conflitos sociais não parece ser afetada por essas críticas, ao contrário. Se mesmo os posicionamentos mais críticos no âmbito da criminologia crítica foram incorporados pelos estudiosos brasileiros sem perceber a centralidade da questão racial, muito disso se deve a essa alienação promovida pelo sistema penal e suas agências que sequestram o debate em torno de outros problemas sociais, mesmo que diretamente relacionados.

Já partindo de uma perspectiva marginal da questão criminal, Vera Malaguti, citando Nilo Batista, destaca que o sistema penal atua na proporção da conflitividade social existente no momento histórico, de modo que o neoliberalismo da virada do século XX para o século XXI teria gerado um aumento do contingente de pobres e a reação estatal foi um aumento e um endurecimento da atuação punitiva¹²⁹.

Além da conflitividade social encoberta pela atuação do poder punitivo, há a substituição da vítima pelo promotor, o que no caso da injúria racial afasta todas as demandas por igualdade e traz um debate de culpabilidade¹³⁰. A isso Vera Malatuti denomina o “confisco do conflito”, identificando seu surgimento com os novos processos de produção e as mudanças no exercício do poder político empreendidas pelas revoluções liberais¹³¹. A partir daí

129 BATISTA, Nilo. Um oportuno estudo para tempos sombrios. In: Discursos sediciosos – crime, Direito e sociedade, n. 2. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996. p. 302 apud BATISTA, op. cit.

130 MELCHIOR, Pedro Antônio; CASARA, Rubens Roberto R. Teoria do Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 565 apud BATISTA, op. cit.

131 BATISTA, op. cit., 2014.

o Estado, lidando de forma hierarquizada com o infrator, promoverá uma busca da verdade em que a cidadania e a subjetividade do acusado passam a ser consideradas apenas na atribuição de culpa ao final do processo, desconsiderada a titularidade de sujeitos perante o Estado investigador. Nas palavras da autora carioca:

Sai a figura da vítima e entra em cena aquele que acusa em nome do Estado. A gestão horizontal da conflitividade é substituída por uma gestão vertical e hierarquizante que funda o que Foucault chama de poder punitivo, uma ideia muito mais densa do que a de sistema penal. O tribunal da Inquisição vai imprimir uma nova atitude para determinar a “verdade”. Esse método de averiguação por quem exerce o poder vai produzir a objetificação do pecador/criminoso. Esta objetificação produz subjetivações que reaparecerão no positivismo criminológico da virada do XIX para o XX. A partir da possibilidade técnica de domínio, são desenvolvidas técnicas de interrogatório, diagnósticos e principalmente a construção da identidade criminosa. Como na Inquisição, a Criminologia positivista vai se fazer valer da confluência dos discursos médicos e jurídicos para a produção do sujeito culpável, aquele forjado na confissão, estabelecida pelo IV Concílio de Latrão. O dispositivo da confissão permitiu um assujeitamento coletivo a partir de um procedimento individualizante na direção do controle do corpo e do desejo (aquilo que buscam os publicitários...).¹³²

O principal problema enfrentado neste artigo está diretamente ligado a esta mudança na gestão do conflito social operada no século XVIII e que perdura até hoje. O chamado encobrimento da conflitividade social geraria também uma despolitização da questão criminal ao regular o conflito por meio da criminalização, despolitização esta gerada pela retirada da vítima, personagem principal na disputa política pela igualdade racial, centrar o debate na qualificação da conduta do réu em criminosa ou não criminosa, afastando assim a face estrutural e mesmo institucional (com atuação das instituições estatais).

Novamente Vera Malaguti, no seu estudo sobre uma releitura de Foucault a partir da perspectiva periférica, aponta que “Talvez a grande contribuição desses ditos e escritos seja a politização da questão criminal, como resistência à criminalização da política”.¹³³ Daí a ideia de que, mesmo acatando as críticas feitas à criminologia crítica de que há subvalorização da questão racial, permanece ainda a consequência de despolitização que a própria estruturação do processo penal promove.

Tratando-se de propaganda eleitoral, que tem como principal objetivo a promoção de um espaço onde a pluralidade política possa aparecer, reduzir esse espaço justamente retirando do ofendido o protagonismo na disputa é fator que devemos ficar atentos ao discutir o assunto. Precisamos ter em mente ainda que o discurso de ódio racial possui, inevit

132 Ibidem.

133 Ibidem.

velmente, caráter de disputa política, já que se trata de uma elite branca buscando reforçar hierarquia social e manter o acesso privilegiado que possui a poder econômico e político.

3.3 Reflexos da atuação do poder punitivo racista na sub-representação de não brancos

O racismo estruturou não somente o poder punitivo, que esconde sua faceta política, mas também sistemas econômicos e o próprio sistema de representação política ao distribuir os papéis de forma desigual utilizando como critério distintivo a raça em seu conceito sociológico. Thula Rafaela Pires destaca em sua tese de doutorado que não somente durante o período da escravidão, mas a desumanização e a construção da imagem de pardos e negros como perigosas perdurou durante a República. Diz a autora:

Todo o processo de desumanização dos pretos e pardos, forjado como condição de manutenção do modelo escravista, vai sofrendo ressignificações ao longo da primeira República e da Era Vargas com a cristalização do negro como a imagem do delinquente, do criminoso, daquele que ameaça e que deve, portanto, ser mantido distanciado da convivência das pessoas de bem.¹³⁴

Ainda conforme a autora, “o processo de industrialização foi desenvolvido sob um ideário que vinculava ‘cientificamente’ o negro à indisciplina, preguiça, insolência, atraso, características que transformavam-nos em inadequados por excelência às necessidades dos ‘novos tempos’”¹³⁵.

Observa-se que houve a imagem criada dos negros e pardos afastou-os tanto do centro do poder econômico quanto do centro do poder político. Para além do controle dos corpos operado pelo poder punitivo, ao promover a criminalização de negros e pardos e associar sua imagem à criminalidade, constituem-se obstáculos pelos quais os brancos não têm que passar na disputa pelo poder político.

O fato de não haver estatísticas conclusivas de que o que afasta negros e pardos dos cargos políticos eletivos é a discriminação racial por parte do eleitorado, há fortes barreiras ao ingresso na estrutura partidária e de acesso ao financiamento necessários para concorrer aos cargos eletivos e, quanto maior a proximidade dos recursos necessários, maior a barreira à entrada de não brancos e maior a facilidade de brancos.

A atuação do sistema de justiça criminal com todas as instituições, desde o poder legislativo ao agente penitenciário, dá-se a partir da imagem de criminoso socialmente construída, e o aumento das condutas a serem potencialmente atingidas por esse sistema não possui, por si só, o poder de alterar tal imagem.

134 PIRES, op. cit., p. 236.

135 Ibidem, p. 249.

A inserção da qualificadora do motivo de discriminação racial no crime de injúria transmite à sociedade a ideia de que tal conduta não é admitida pelo Estado, porém o direito brasileiro já possuía há mais tempo normas que vedavam a discriminação pelo critério racial, e a criação da imagem depreciativa do negro ocorreu ainda assim, ou seja, a criação dessa imagem, embora tenha se dado de forma explícita e assumida no período da escravidão, permaneceu após sua abolição, modificando as formas de racismo. Deste modo, a seleção das pessoas a serem criminalizadas não passou a ser feita mais na criminalização primária (lei), mas na criminalização secundária (atuação das instituições) e esta não fora em nada modificada pela criação da forma qualificada do tipo de injúria, já que se trata de interferir na criminalização primária apenas.

Tal raciocínio também pode ser aplicado às instituições que compõem o sistema de representação política no Brasil. A atuação do poder punitivo na persecução de atos de fala em tese qualificáveis como discursos de ódio também possui este caráter ambíguo de, embora haja norma penal criminalizando o discurso de ódio, as instituições do sistema penal permanecem orientadas por uma imagem de criminoso fortemente influenciada por conceitos racistas, o que faz com que haja de forma menos rígida a persecução desses atos e selecione também pessoas não brancas para punir.

Em estudo empírico, Thula Rafaela Pires analisa o julgamento de casos de racismo no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e o seguinte caso é ilustrativo da atuação das agências do sistema penal:

No acórdão de nº 0132379-29.2002.8.19.0001 (2003.050.04038), por exemplo, a ré apela após ser condenada em 1ª instância por injúria qualificada. A ré, ao supor que a vítima agrediu seus animais de estimação, proferiu as seguintes palavras “negro nojento, asqueroso, peste negra... lugar de negro é na senzala”. (...) No entanto, a ré foi absolvida sob o argumento de que “ao ver seus animais de estimação sendo maltratados pelo Apelado, uma cólera tomou conta da Apelante, que, envolvida por forte emoção acabou desabafando”.¹³⁶

Para além da visão distinta em relação ao enquadramento típico da conduta, outros fatores como tempo médio de julgamento maior nos casos de racismo que o tempo médio geral de tramitação dos processos no Tribunal, ausência de localização de denúncias do Ministério Público após a transformação do delito de injúria racial em crime de ação penal pública condicionada à representação¹³⁷ também indicam a atuação tendenciosa do sistema de justiça criminal.

Tal tratamento dado ao racismo pelas agências do sistema penal já fora reconhecido pela Organização dos Estados Americanos (OEA) ao julgar caso de denúncia apresentada por Simone Diniz contra o Estado brasileiro:

¹³⁶ Ibidem, p. 277.

¹³⁷ Ibidem, p. 277.

76. Segundo Telles, a impunidade nos casos de racismo reflete a brandura da legislação específica, a ineficácia do sistema de justiça criminal do Brasil e a má-vontade dos representantes da Justiça ao analisá-los.

Primeiramente, para condenar alguém por racismo, as leis anti-racismo brasileiras exigem que o acusado tenha agido com intenção racista. Além disso, os tribunais demonstram falta de seriedade para lidar com esse tipo de crime. Os juizes evitam impor as pesadas sentenças estabelecidas pela Constituição aos culpados por crime de racismo. Juizes e promotores, assim como demais membros da sociedade brasileira, vêem supostos incidentes de racismo como inócuos e não estão dispostos a colocar os infratores atrás das grades por um tipo de comportamento que é comum na sociedade brasileira.

77. Desde os idos de 1995, a Comissão tem recebido informações que já davam conta da ineficácia da lei anti-racismo no Brasil, dada a seu laconismo, que revelava um segregacionismo que não refletia o racismo existente no Brasil e a resistência de membros do poder judiciário em aplicá-la. De acordo com essas informações, a Comissão pôde identificar pelo menos três causas para a ineficácia da aplicação da Lei 7716/89 no Brasil, o que fará à continuação.

Necessidade de provar ódio racial ou a intenção de discriminar

78. Segundo ilação da Comissão, a Lei 7716/89, “não representou maior avanço no campo da discriminação racial por ser excessivamente evasiva e lacônica e exigir, para a tipificação do crime de racismo, o autor, após praticar o ato discriminatório racial, declare expressamente que sua conduta foi motivada por razões de discriminação racial”.¹³⁸ Se não o fizesse, seria sua palavra contra a do discriminado.

79. Racusen¹³⁹ examinou sistematicamente várias denúncias de racismo e discriminação racial no Brasil e, segundo ele, os juizes brasileiros requerem evidência direta do tratamento desigual no qual o ato discriminatório não somente ofende alguém com base em sua raça mas também demonstra a motivação discriminatória. Por conseguinte, numa eventual ação penal, a maioria dos juizes requeriam a comprovação de três elementos (1) evidência direta do ato discriminatório (2) evidência direta da discriminação do ofensor para o ofendido e (3) evidência da relação de causalidade entre aqueles.

(...)

138 CIDH. Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, Cap. IX, A, OEA/Ser.L/V/ii.97 Doc. 29 rev. 1, 29 set. 1997, § 13 apud CIDH, Relatório nº 66/06, caso 12.001, Simone André Diniz vs. Brasil, 21 out. 2006. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm#_ftn1>. Acesso em 28 jan. 2018.

139 RACUSEN, Seth, “A mulato cannot be prejudiced”: the legal Construction of racial discrimination in contemporary Brazil. Jun. 2002, p. 288 apud CIDH, Relatório nº 66/06, caso 12.001, Simone André Diniz vs. Brasil, 21 out. 2006. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm#_ftn1>. Acesso em 28 jan. 2018. Denúncias feitas pelo Geledés – Instituto da Mulher Negra ao autor da obra citada.

109. Em razão do tratamento desigual conferido pelas autoridades brasileiras à denúncia de racismo e discriminação racial feita por Simone André Diniz, revelador de uma prática generalizada discriminatória na análise desses crimes, a Comissão conclui que o Estado brasileiro violou o artigo 24 da Convenção Americana, em face de Simone André Diniz.

Observa-se, pois, que a atuação permanece desigual e não há conquista de espaço político pela utilização do sistema de justiça criminal pelas vítimas de racismo.

3.4 Alternativas jurídicas de controle do discurso de ódio na propaganda eleitoral

Com essas considerações não se pretende dizer que o Direito deve se abster de regulamentar o discurso de ódio na propaganda eleitoral, tampouco que os próprios grupos ofendidos devam buscar seu espaço sem a interferência estatal. O intento do presente estudo é demonstrar como o processo histórico de exclusão tem no poder punitivo um dos principais meios de atuação, seja durante o período da escravidão, seja posteriormente.

Diante do “confisco do conflito”, da subjetivação que oculta aspectos estruturais e institucionais do racismo, da imagem racista de criminoso prevaemente nas instituições do sistema penal, é preciso que se busquem formas de regulação do discurso de ódio que possibilitem ao oprimido colocar suas questões na resolução do conflito.

A justiça restaurativa parte também dos pressupostos de inefetividade do sistema penal às soluções que se pretende (tutela de bens jurídicos, prevenção geral, prevenção especial, prevenção positiva, prevenção negativa e ressocialização). Compartilha com a criminologia crítica o posicionamento resistente às políticas criminais que pretendem o mero aumento e endurecimento do poder de punir, medidas muito populares a partir das últimas décadas do século XX.

A justiça restaurativa possui conceitos variados a depender do enfoque acentuado pelo autor¹⁴⁰ e, segundo Tony Marshall, é “um processo através do qual todas as partes envolvidas em uma ofensa particular se reúnem para resolver coletivamente como lidar com a consequência da ofensa e as suas implicações para o futuro”¹⁴¹. Segundo a Resolução nº 2002/2012 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU):

Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade

140 SANTOS, Jonny Maikel dos. *Justiça Restaurativa – Aspectos teóricos e análise das práticas do 2º juizado criminal do Largo do Tanque – Salvador/BA*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015.

141 MARSHALL, Tony. *The Evolution of Restorative Justice in Britain*. In: *European Journal on Criminal Policy Research*, vol. 4, n. 4. Heidelberg: Springer, 1996, *apud* ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Sistema Penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro*. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/didpucrs/anais/cienciascriminais/III/18.pdf>>. Acesso em: 1º mai. 2014.

afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles)¹⁴².

Observa-se que um dos principais pilares da justiça restaurativa é a promoção de diálogo entre os interessados, incluindo-se a vítima. Tal processo tem o condão de reverter o dito confisco da resolução comunitária do conflito.

Tal modo de resolução de conflitos dista do sistema de justiça criminal a ponto de escapar ao conceito. Conforme destaca Michel Foucault¹⁴³, o surgimento do poder punitivo acontece exatamente quando ocorre a substituição da gestão horizontal do conflito pela gestão verticalizada do Estado.

É possível a utilização, por exemplo, do direito de resposta, instituto do direito eleitoral que permite ao ofendido ocupar espaço de propaganda do ofensor quando houver afirmação injuriosa (art. 58, *caput*, da Lei nº 9.504/1997). Tal instituto tem potencialidade enorme diante da promoção da concessão de maior tempo de exposição das ideias do grupo oprimido por meio do candidato ofendido, porém tem limitações nos casos de a ofensa ser proferida em relação a pessoa indeterminada ou que não seja candidata, já que haveria dificuldades de atribuir legitimidade ativa ao pedido.

Vale lembrar que há ainda o direito de resposta geral previsto no art. 5º, V, da CRFB/1988 e regulamentado pela Lei nº 13.188/2015, que não prevê aplicação em caso específico de afirmação injuriosa, mas prevê, em seu art. 2º, *caput*, a concessão de direito de resposta “Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social”. Quando a ofensa for proferida em propaganda eleitoral, haverá dificuldade em definir a competência, bem como em definir se a resposta pode se dar também no espaço de propaganda eleitoral do ofendido, já que há norma específica sobre o tema.

De toda forma, trata-se de adaptações de institutos que não foram pensados inicialmente para a tutela de ofendidos por discurso de ódio, mas que por darem maior protagonismo ao ofendido poderiam ser utilizadas também nesse contexto.

Há também a saída da responsabilidade civil, que tem na vítima figura indispensável e permite autocomposição das partes, tendo as figuras da conciliação e da mediação ganhado bastante importância com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Nenhuma alternativa deve ser descartada, mas todas devem ser analisadas de forma específica com vistas a compreender de que maneira a proposta poderia contribuir para o enfrentamento do racismo, fugindo à solução fácil de encontrar na criminalização a respos-

142 ONU (Organização das Nações Unidas). Resolução 2002/12 da ONU – Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 2012 Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2018.

143 BATISTA, op. cit., 2014.

ta mais dura e reproduzir acriticamente o discurso oficial de combate ao crime e as pretensões declaradas de prevenção, todas elas sucumbindo diante de séculos de evidências em sentido contrário.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a apresentação da criminologia crítica e das suas leituras empreendidas por autores latino-americanos, procurou-se desconstruir a criminalização como uma resposta natural a comportamentos indesejáveis, buscando demonstrar que ao longo de sua atuação, sobretudo no Brasil, o poder punitivo foi uma das principais formas de manutenção da hierarquia social e do racismo.

As críticas aqui empreendidas não pretendem descartar por completo a resposta criminalizante, mas trazer ao debate críticas que desde a década de 1960 são feitas à sua atuação, possibilitando avaliar, à luz da experiência histórica nacional e dos escritos produzidos na Europa e principalmente na América Latina, se a resposta da criminalização atende às expectativas de tutela de direitos dos não brancos.

Não se pretende, ainda, incluir ou excluir qualquer pauta do movimento negro e as críticas aqui empreendidas não deslegitimam suas demandas, já que a igualdade pressupõe construir novos caminhos a partir de um processo no qual os próprios interessados participem efetivamente da decisão e não sejam salvos por uma academia que lhes desenhe a solução.

O objetivo aqui pretendido é problematizar aspectos da atuação do poder punitivo e fazer com que, aderindo ou não ao posicionamento aqui defendido, a discussão possa prosseguir com uma maior gama de informações e a opção pela criminalização não se faça na forma como ocorre em grande parte das decisões sobre política criminal: reproduzindo o senso comum de que o aumento dos crimes e das penas é solução para os conflitos mais graves da sociedade.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Vera Malaguti. Foucault na periferia da barbárie. **Quadranti – Rivista Internazionale di Filosofia Contemporanea**, v. II, n. 1, 2014.
- _____. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BRASIL. **Mapa do encarceramento**: os jovens do Brasil. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2014.
- BUENO, Natália; DUNNING, Thad. **Race, resources, and representation**: evidence from Brazilian

politicians, social science research network. 2014. Disponível em: <http://www.thaddunning.com/wp-content/uploads/2017/03/Bueno-and-Dunning_World-Politics_published-online-first.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.

CAMPOS, Luiz Augusto; MACHADO, Carlos. A cor dos eleitos: determinantes da sub-representação política dos não brancos no Brasil. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 16. Brasília, jan./abr. 2015, p. 121-151.

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos), **Relatório nº 66/06**, caso 12.001, Simone André Diniz vs. Brasil, 21 out. 2006. Disponível em <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brazil.12001port.htm#_ftn1>. Acesso em: 28 jan. 2018.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e racismo: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAXIE, Daniel (2012). As lógicas do recrutamento político. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 8, p. 165-208, maio/ago. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000200007&script=sci_arttext#back1>. Acesso em 21/01/2018.

JUSTIFICANDO. **Buracos de minhoca ideológicos: o punitivismo**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5GnTS2eOPOA&t=317s>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, ano 1, n. 1, 1º semestre de 1996.

LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**. Tradução de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Rio, 1887.

NEVES, Thereza Cristina Coitinho das. A justiça restaurativa como legítima política criminal à luz da criminologia crítica. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 128, 2011.

OLIVEIRA, Clóvis Luiz Pereira. O negro e o poder no Brasil: uma proposta de agenda de pesquisa. **CADERNO CRH**, Salvador, n. 36, p. 49-67, jan./jun., 2002.

ORTEGAL, Leonardo. **Cadernos do CEAS**, Salvador, n. 238, p. 527-542, 2016.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A Criminologia Crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n1/2179-8966-rdp-9-1-70.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

RIOS, Flávia; PEREIRA, Ana Claudia; RANGEL, Patrícia. Paradoxo da igualdade: gênero, raça e democracia. **Cienc. Cult.**, São Paulo, vol. 69, n. 1, jan./mar. 2017.

RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Salvador: Progresso, 1957.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juez Cirino dos. Criminologia e política criminal. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). **A Criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

A LIBERDADE DO DISCURSO NO FÓRUM TÉCNICO DO PLANO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DE MINAS GERAIS: O EMBATE EM TORNO DAS QUESTÕES DE GÊNERO

Rodrigo Élcio Marcelos Mascarenhas¹⁴⁴

RESUMO:

O artigo analisa se a liberdade de expressão é garantida no Fórum Técnico do Plano Estadual de Educação, promovido pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais em 2016, mesmo quando ocorre a presença de discurso de ódio, proferido por participantes ou parlamentares. Para isso, concentra-se nas manifestações populares, de representantes de instituições governamentais e de membros do Parlamento. Um dos pontos que mais levantaram polêmica e controvérsia durante as discussões foi relativo às questões de gênero no contexto das escolas e, por isso, é temática sobre a qual este trabalho se debruça. O artigo, portanto, promove um estudo dos discursos presentes em defesa ou não da inclusão dessas minorias a partir de uma análise teórica da liberdade de expressão. Para tanto, a metodologia é o estudo das notas taquigráficas dos encontros do Fórum Técnico, especialmente da Plenária Final, realizada em junho de 2016. Ao fim do trabalho, conclui-se como a democracia liberal tem lidado com o embate de ideias comum às discussões.

1. INTRODUÇÃO

A democracia liberal ainda engatinha no Brasil. Passados 30 anos da promulgação da Constituição da República, encerrando um período de ditadura militar, a sociedade brasileira busca consolidar princípios como o da dignidade da pessoa humana e tudo que decorre dessa premissa, como a liberdade de expressão.

É inegável que a desigualdade, em todos os aspectos, é figura latente e entrave ao exercício da cidadania pelo brasileiro. Os ideais democráticos dependem, sobremaneira,

144 Integrante do programa de pós-graduação de Mestrado em Administração Pública da Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Bacharel em Comunicação Social – Jornalismo pela Universidade Fumec. Bacharel em Direito pela Universidade Fumec. Analista Legislativo – jornalista da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Advogado.

da garantia de que todos tenham iguais oportunidades, respeito e acesso aos bens de consumo essenciais. Igualdade, nesse sentido, exerce grande influência na participação popular nos rumos dos desígnios do país.

A política e, por conseguinte, o seu discurso nunca antes estiveram tão vigiados. A maioria das pessoas têm acesso a quase tudo que é dito, seja por meio da imprensa escrita, da televisionada ou até mesmo das redes sociais. A interação entre falante e ouvinte cresceu; dessa forma, o que é dito sofre julgamento quase que instantâneo. Nesse aspecto, questões como discursos controversos, algumas vezes aparentemente abjetos, passaram a sofrer ainda mais pressão para serem, de certa forma, oprimidos.

A questão que este artigo se propõe a desvelar, principalmente, é se a arena democrática tem resguardado os direitos dos falantes e também dos ouvintes, uma vez que, quando se usa uma ferramenta de participação popular, parte-se de certo pressuposto de que os indivíduos inseridos na discussão terão igualdade de ferramentas e liberdade para defender suas propostas.

A Assembleia Legislativa de Minas Gerais tem como discurso institucional a busca pelo incentivo da participação popular. O slogan oficial “Poder e Voz do Cidadão” revela uma intenção de aprofundamento do protagonismo do indivíduo nos rumos das políticas públicas discutidas pelo Parlamento. Nessa linha de raciocínio, diversos instrumentos de participação popular foram institucionalizados ao longo dos anos. São audiências e debates públicos, ciclos de debates, conferências, seminários e fóruns técnicos.

O que se questiona ainda, no presente trabalho, é se a liberdade de expressão é garantida nesses eventos, mesmo quando ocorre a presença de discurso de ódio, proferido por participantes ou parlamentares. Importa também colocar luz sobre a necessidade ou não de se controlar o que é dito, bem como proceder à análise de se manifestações silenciosas aparentemente agressivas devem sofrer algum tipo de restrição.

Para isso, concentrar-se-á nas manifestações populares e de parlamentares no Fórum Técnico do Plano Estadual de Educação, Projeto de Lei nº 2.882/2015, que começou a tramitar na Assembleia Legislativa de Minas Gerais em setembro de 2015. Um dos pontos que mais levantaram polêmica e controvérsia, durante as discussões, foi relativo às questões gênero no contexto das escolas e, por isso, é a temática escolhida. O presente artigo tem por objetivo analisar se os discursos presentes em defesa ou não da inclusão dessas minorias configuram discurso de ódio, a partir de um estudo teórico da liberdade de expressão. Para tanto, a metodologia é o estudo das notas taquigráficas dos encontros do Fórum Técnico, especialmente da Plenária Final, realizada em junho de 2016. Ao fim do trabalho, espera-se concluir como a democracia liberal tem lidado com o embate de ideias comum às discussões.

2. O FÓRUM TÉCNICO DO PLANO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DE MINAS GERAIS

O Fórum Técnico é um dos tipos de eventos institucionais da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Ele geralmente se estende por alguns meses. Além das atividades presenciais em Belo Horizonte e no interior de Minas Gerais, o Fórum prevê formas de participação online, como a consulta pública sobre o tema discutido.

Os deputados organizam o evento sempre em parceria com a sociedade e com órgãos públicos. A ideia, segundo a própria instituição, é democratizar o debate, a formulação e o acompanhamento de políticas públicas. Por isso, ao seu final, os participantes votam um documento que subsidia ações legislativas e de governo.

A plenária final do Fórum Técnico do Plano Estadual de Educação, conforme relatório da Gerência-Geral de Projetos Institucionais da Assembleia de Minas¹⁴⁵, contou com a representação de 154 instituições, dentre elas escolas, universidades, sindicatos, membros dos governos municipais e estadual, câmaras municipais, conselhos profissionais e entidades organizadas da sociedade civil.

Na plenária final, expositores convidados palestraram sobre o tema do fórum. Depois, os participantes reuniram-se em grupos de trabalho para consolidar o documento que foi votado. Os grupos de trabalho tiveram 502 participantes, dos quais 471 foram à plenária final com direito de direito a voz e a voto.

O fórum técnico do Plano Estadual de Educação teve como objetivo buscar – junto aos diversos segmentos da sociedade, às entidades representativas da sociedade civil e aos setores público e privado – subsídios para a discussão do Projeto de Lei nº 2.882/2015, que estabelece o Plano Estadual de Educação em Minas Gerais, com diretrizes, metas e estratégias para a política educacional do estado nos próximos dez anos. Encerrados os trabalhos, uma comissão de representação do fórum encarregou-se de acompanhar os desdobramentos das propostas aprovadas, visando à sua implementação.

O Plano Estadual de Educação começou a tramitar na Assembleia Legislativa de Minas Gerais em setembro de 2015. De autoria do governador do estado, o texto chegou ao Legislativo Mineiro por meio da Mensagem 77 de 2015¹⁴⁶. Na justificativa para a proposta, o Poder Executivo argumentou no sentido de que a Constituição da República de 1988 prevê, em seu art. 214¹⁴⁷, que deverá ser estabelecido, por meio de lei, o Plano Nacional de Educação, de duração decenal, definidor de diretrizes, objetivos, metas e estratégias

145 Relatório fornecido, por e-mail, pela Gerência-Geral de Projetos Institucionais da Assembleia Legislativa de Minas Gerais em 24 de janeiro de 2018.

146 MINAS GERAIS. Mensagem nº 77/2015. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2015&n=77&t=MSG&aba=js_tabVisao>. Acesso em: 15 dez. 2017.

147 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292 p.

de implementação para assegurar a manutenção e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades.

Nesse contexto, foi sancionada a Lei Federal nº 13.005, de 25 de junho de 2014¹⁴⁸, que contém o Plano Nacional de Educação (2014-2024) e determina, em seu art. 8º, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios a obrigação de elaborar seus correspondentes planos de educação, ou adequar os planos já aprovados em lei, em consonância com as diretrizes, metas e estratégias previstas nacionalmente.

O estado de Minas Gerais já possui o Plano Decenal de Educação, aprovado pela Lei nº 19.481, de 12 de janeiro de 2011¹⁴⁹, com vigência até o ano de 2020. No entanto, o entendimento do Poder Executivo foi pela necessidade de elaborar-se um novo Plano Estadual de Educação, uma vez que a estrutura e as metas do Plano em vigor não se coadunariam com o novo Plano Nacional.

Seguindo os parâmetros constitucionais definidos para a tramitação de lei ordinária, a proposta tramita em dois turnos, submetida à aprovação por maioria simples dos presentes em Plenário. O projeto foi distribuído às Comissões de Constituição e Justiça; de Educação, Ciência e Tecnologia; de Administração Pública; e de Fiscalização Financeira e Orçamentária, nas quais deve ser analisado e receber parecer ao texto antes de ser votado em dois turnos no Plenário. No atual momento, a proposta recebe parecer das comissões, em primeiro turno, e aguarda inclusão em pauta para apreciação pelo plenário da Assembleia Legislativa.¹⁵⁰

O Plano é dividido em duas partes. A primeira, normativa, estabelece as providências para a implementação. Nela estão listadas diretrizes como erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; formação para o trabalho e para a cidadania; gestão democrática; valorização dos profissionais de educação; e promoção dos direitos humanos, diversidade e sustentabilidade socioambiental. Na segunda parte, o anexo, estão as metas e estratégias do Plano. São 20 e, para cada uma delas, várias estratégias detalhadas – com índices a serem alcançados.

No contexto do Fórum Técnico, foram realizadas 23 reuniões preparatórias entre os meses de abril de 2015 e junho de 2016. Nessas reuniões, definiram-se os temas que seriam

148 BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

149 MINAS GERAIS. Lei nº 19.481, de 12 de janeiro de 2011. Institui o Plano Decenal de Educação do Estado. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19481&comp=&ano=2011&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 15 dez. 2017.

150 MINAS GERAIS. Projeto de Lei nº 2882/2015. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2015&n=2882&t=PL&aba=js_tabTramitacao>. Acesso em: 22 jan. 2018.

abordados no debate público; o número de encontros regionais e a dinâmica de trabalho nesses eventos; a divisão dos grupos de trabalho e os conteúdos que seriam discutidos em cada um; e a dinâmica de trabalho do evento final, realizado em Belo Horizonte.

Em parceria com órgãos do poder público e entidades da sociedade civil, que compuseram a Comissão Organizadora do Fórum Técnico, os participantes debateram, divididos em oito grupos de trabalho temáticos, as propostas contidas no Plano: acesso e universalização; inclusão educacional, diversidade e equidade; qualidade da educação básica; educação profissional; educação superior; formação e valorização dos profissionais da educação; gestão democrática; e articulação entre os sistemas de educação e financiamento.

O debate público, realizado em 19 de fevereiro de 2016, contou com a apresentação, pela Secretária de Estado de Educação Macaé Evaristo dos Santos, do projeto de lei que institui o Plano Estadual de Educação de Minas Gerais e com painéis relativos a financiamento da educação, bem como a custo-aluno x qualidade; superação de desigualdades educacionais; e situação do ensino médio.

Já os encontros regionais ocorreram entre os meses de fevereiro e maio de 2016 nos seguintes municípios: Coronel Fabriciano, Sete Lagoas, Montes Claros, Varginha, Araxá, Paracatu, Ubá, Divinópolis, Uberlândia, Diamantina, Teófilo Otoni, Belo Horizonte. Além disso, foi realizada consulta pública, em que os participantes puderam opinar, pela internet, sobre todas as metas e estratégias do projeto de lei do Plano Estadual de Educação, além de poder apresentar novas sugestões ao projeto.

Todo esse trabalho culminou na etapa final ocorrida em Belo Horizonte entre os dias 15 e 17 de junho de 2016. O primeiro dia foi destinado a exposições e debates e os seguintes dedicaram-se a atividades dos grupos de trabalho. No segundo dia, os participantes foram divididos nos oito grupos de trabalho mencionados, ao passo que, no terceiro dia, as propostas aprovadas no dia anterior foram submetidas à plenária final. Os representantes eleitos nos Encontros Regionais e aqueles que fizeram inscrição individual prévia, estando devidamente credenciados, participaram da Etapa Final do Fórum Técnico, com direito a voz e a voto nas Sessões Plenárias e nos Grupos de Trabalho¹⁵¹.

Durante a etapa final, ocorreram a apresentação dos relatórios sobre o trabalho em grupo, a leitura e a discussão das propostas encaminhadas pelos grupos e a entrega do documento de proposta ao presidente da Assembleia. As propostas originais, discutidas e modificadas nos encontros regionais, tiveram como redação final aquela aprovada nos grupos de trabalho que se reuniram na capital no segundo dia do evento. No entanto, o

151 MINAS GERAIS. Regulamento do Fórum Técnico. Art. 10. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2015/forum_tecnico_plano_educacao/documentos/regulamento/regulamento_forum_tecnico_plano_educacao.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2018.

regulamento facultava aos participantes apresentar um recurso de rediscussão da redação final da dada às propostas originais aprovadas nos grupos de trabalho.

Também poderiam ser objeto de recurso de rediscussão aquelas propostas suprimidas ou rejeitadas pelos grupos de trabalho, entre as novas oriundas dos encontros regionais ou das consultas públicas. Para apresentação desse recurso, em ambas as hipóteses, seja para trazer de volta algo que foi suprimido, seja para modificar algo que foi aprovado, o critério era o mesmo. A pessoa que desejava recorrer deveria coletar, entre os participantes da plenária final, 100 assinaturas pelo menos do total de participantes votantes, com os respectivos nomes e números de inscrição.

Ao fim do processo, foram aprovadas 21 metas e 352 estratégias. Um dos pontos que mais levantaram polêmica durante as discussões foi relativo à ideologia de gênero no contexto das escolas. O tema, abordado no grupo 2, sobre inclusão educacional, diversidade e equidade, apresentou algumas das discussões mais acirradas, principalmente no que se refere ao combate à discriminação sexual, racial ou religiosa, por meio do currículo escolar. A proposta de inclusão dos gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros (LGBT) entre as minorias a serem priorizadas na elevação da escolaridade média da população gerou tal polêmica. Conhecida a sistemática do Fórum Técnico, o próximo tópico cuida de uma análise teórica dos argumentos doutrinários em relação à liberdade de expressão. Esse estudo é fundamental para subsidiar a análise das discussões do Fórum realizada neste trabalho.

3. TRAJETÓRIA DA DEFESA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Para compreendermos se há limites em discussões controversas, nas quais podem surgir falas ou atos de cunho agressivo ou opressor, é necessário um estudo sobre a trajetória percorrida pela defesa da liberdade de expressão na doutrina sobre o tema. Dessa forma, neste tópico, buscam-se os fundamentos que deram base à liberdade de expressão nas democracias modernas, além de apontar quais são e se existem limites a serem observados quando há a ocorrência de discurso de ódio.

A liberdade de expressão tem tradição norte-americana, principalmente apresentada, em 1791, na primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos¹⁵². A trajetória histórica desse instituto, segundo Fiss¹⁵³, conduziu, para a restrição ou não do discurso, a uma análise da prova do perigo iminente ou da prova da indução a um risco. Nesse sentido, consolidou-se uma regra contra a regulamentação dos conteúdos.

152 “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.”

153 FISS, Owen. *Libertad de expresión y estructura social*. México: Fontamara, 1997, p. 22.

Eric Barendt apresenta uma análise da liberdade do discurso como liberdade fundamental garantida contra qualquer tipo de supressão ou regulação¹⁵⁴. O autor expressa que, quando surgem casos nos quais a restrição ao discurso é uma hipótese, argumentos da teoria política são centrais para subsidiar o estudo, uma vez que o judiciário parte de um exame do sentido do discurso frente ao escopo da liberdade.¹⁵⁵

A análise de Barendt firma-se em quatro argumentos mais comuns no sentido de se construir a base de um princípio do livre discurso. Essas proposições funcionam, em grande medida, para atribuir valor significativo à comunicação e à expressão de modo que elas sejam imunes à regulação estatal. Isso porque os quatro argumentos derivam de um princípio do livre discurso. Os defensores dessas premissas, segundo Barendt, não impedem a restrição do discurso quando necessário, principalmente quando existe a possibilidade de violência iminente.

Assim, o primeiro argumento baseia-se na importância do livre discurso para a descoberta da verdade. Amplamente defendida por John Stuart Mill, essa função do livre discurso tem seu aspecto valorado ao levarmos em conta que o debate de ideias permite o progresso e o desenvolvimento da sociedade. Mill¹⁵⁶ considera a utilidade da opinião para o debate na busca pela verdade e apresenta que, mesmo quando há qualquer restrição a uma ideia, ela acaba, ao longo dos anos ou séculos, obtendo espaço na história da humanidade, pois sempre acabam surgindo pessoas que redescobrirão aquele debate. Nesse sentido, defende-se que, muito mais do que aplicar ferramentas de restrição ao livre debate, é relevante incentivar e inibir o uso de linguagem agressiva ou com insultos no seio da discussão da ideia.¹⁵⁷ Além disso, permitir a restrição ao discurso, de acordo com Mill, abarca a perigosa suposição de que o poder estatal é infalível¹⁵⁸, isto é, capaz de determinar, sem erros, qual fala ou ato deve ser proibido, o que por óbvio não se consegue provar com o tempo.

Uma opinião silenciada, segundo Mill, pode conter, em maior ou menor grau, uma porção de verdade, sendo, portanto, importante a colisão de ideias adversas de modo a obter algum esclarecimento.¹⁵⁹ Entretanto, os críticos de Mill, conforme Barendt, apontaram que o autor dá demasiado valor à discussão intelectual, muitas vezes partindo do pressuposto de que todas as pessoas são capazes de participar, de forma qualificada, do debate público.

Barendt¹⁶⁰ aponta, ainda, que a busca da verdade de Mill traz em si a suposição de que a liberdade necessariamente guia para a descoberta do que seria melhor para cada

154 BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2007. p. 1.

155 *Ibidem*, p. 5.

156 MILL, John Stuart. *On liberty*. Nova York: Liberal Arts/Bobbs-Merrill. 1956. p. 49.

157 *Ibidem*, p. 92.

158 *Ibidem*, p. 30.

159 *Ibidem*, p. 88.

160 BARENDT, *op. cit.*, p. 9.

um ou para as decisões sociais. Neste contexto, essa suposição não poderia ser aplicada em qualquer ambiente de discussão, uma vez que, algumas vezes, o discurso desregulado não conduz à recepção da verdade na sociedade. Como exemplo, ter-se-ia a ascensão do nazismo na Alemanha em 1933. Apesar das críticas ao argumento da busca da verdade, Barendt explica que, mesmo a supressão do discurso do ódio leva à criação da suspeição da autoridade que o restringiu, bem como aumenta o risco da destruição da tolerância dentro do debate.

Por seu turno, Alexander¹⁶¹ defende a ideia da busca da verdade sem, no entanto, deixar de apresentar um problema nessa justificação. Para ele, é essencial estabelecer um procedimento que permita o alcance da descoberta de qual opinião aproxima-se da realidade. Partindo-se dessa premissa, seria necessário determinar pontos específicos a esclarecer, isto é, deve valorizar-se aquelas expressões que substancialmente trazem respostas a questões importantes, assim, muitas vezes, o que importa não é toda a verdade, mas algumas partes dela. Como exemplo, tem-se que questões feitas pelos governantes na intimidade não têm relevância, na medida em que se deve perguntar somente aqueles pontos que influenciam sobremaneira decisões políticas que afetam a sociedade. A busca da verdade, neste contexto, não é permissão geral para a liberdade de expressão.

Cabe ressaltar que o argumento pela busca da verdade guardou relação com a doutrina americana do “mercado das ideias”, principalmente depois de importantes julgados nos Estados Unidos. O mais famoso deles é o voto de Holmes J.’s em *Abrams v. US*. O julgado, com inspiração claramente liberal, parte do pressuposto de que, da mesma forma que é incorreta a interferência no mercado de bens e serviços, também não deve haver o exercício de nenhuma manipulação sobre o mercado de ideias. Yong¹⁶² aponta que, em um mercado livre de ideias, opiniões verdadeiras tendem a eventualmente prevalecer sobre falsas ideias e opiniões. A afirmação mais fraca e cética, em relação a essa teoria, é que a censura sempre tem menos propensão a promover a verdade do que a discussão gratuita porque nenhuma autoridade pode identificar, de forma confiável, ideias erradas e, portanto, a supressão de opiniões pode simplesmente levar à eliminação de ideias verdadeiras ou pelo menos parcialmente verdadeiras.

Além disso, cabe destacar que a noção liberal do mercado de ideias teria falhado por não lograr sucesso em permitir que todas as vozes tenham espaço na discussão. Erraria também pois a ideia de neutralidade, esperada do estado, não consegue desencorajar as opiniões culturalmente opressoras.¹⁶³ Nesse sentido, Levin defende que a proteção

161 ALEXANDER, Larry. *Is there a right of freedom of expression?*. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 128.

162 YONG, Caleb. *Does freedom of speech include hate speech?*. *Res Publica*, n. 17, p 385-403, 2011. p. 390.

163 LEVIN, Abigail. *The cost of free speech: pornography, hate speech, and their challenge to liberalism*, Palgrave Macmillan, 2010. p. 198.

constitucional, comum nos Estados Unidos, ao discurso de ódio acaba por promover uma sociedade em grande desacordo com os objetivos e compromissos liberais, ou seja, a garantia de que todo cidadão recebe igual preocupação e respeito.

Vale apontar que essa noção de mercado também tem outras críticas. A principal delas diz respeito ao fato de que não é qualquer pessoa que consegue participar e comunicar dentro do debate. Além disso, alguns pontos de vista seriam fortemente disseminados pelos meios de comunicação e por figuras públicas fortes. Há considerações também de que a visão clássica liberal, ao enxergar o mercado de ideias como algo promissor, no qual haveria a coexistência de diversas opiniões em um debate genuíno, acabou por desconsiderar a proliferação de discursos racistas ou sexistas na sociedade moderna, bem como a força da opressão cultural existente em alguns locais.¹⁶⁴ Nesse aspecto, a manifestação das minorias raciais e das mulheres ainda não tem espaço no mercado de ideias, o que conduz a um desrespeito aos direitos de igualdade dessas parcelas da população. Dessa forma, Barendt¹⁶⁵ admite alguma restrição de discurso, se ela tiver o objetivo de garantir a comunicação efetiva.

Baker¹⁶⁶ chega a apresentar uma alternativa à noção de mercado de ideias, a que o autor denomina *liberty theory*, a partir da tese de que a primeira emenda americana protege a expressão não violenta e não coerciva. Ou seja, o método para determinar o alcance da proteção procede, primeiro, considerando os propósitos ou valores atendidos pelo discurso. Atividades violentas e coercivas, entretanto, também podem servir esses mesmos valores. Assim, a proteção constitucional da fala é justificada não meramente por causa dos valores atendidos, mas também pela liberdade de expressão que serve a esses valores de uma maneira particular, humanamente aceitável, ou seja, não violenta e não com coerência. Nessa perspectiva, o autor critica qualquer tentativa de categorizar o discurso, pois essa sistemática necessariamente será um reflexo das preocupações de quem elabora a categorização.

Fiss também chama atenção para a possibilidade de o Estado agir para melhorar a qualidade do debate público¹⁶⁷. No entanto, a intervenção governamental e a regulamentação podem produzir efeito contrário do pretendido, com a redução de alternativas e informações disponíveis ao cidadão, bem como agravar distorções na discussão já provocadas pelas diferenças da estrutura social. Nesse sentido, a intervenção deve partir do questionamento se ela permite melhorar ou o empobrecer o debate público.

O segundo argumento para o princípio do livre discurso relaciona-se ao direito individual de autodesenvolvimento e autorrealização. Nesse sentido, a expressão de

164 LEVIN, op. cit., p. 8-9.

165 BARENDT, op. cit., p. 13.

166 BAKER, C. Edwin. Human liberty and freedom of speech. [S.l.]: Oxford University, 1989. p. 51.

167 FISS, op. cit., p. 31-35.

crenças e de posições políticas é algo inerente à natureza humana. Conforme Yong¹⁶⁸, esse conceito parte da ideia de que as pessoas não poderão desenvolver intelectual e espiritualmente, a menos que sejam livres para formular suas crenças e atitudes políticas por meio de discussão pública, e em resposta às críticas de outras.

A liberdade de expressão teria ligação íntima com outras liberdades humanas, como a de religião, pensamento e consciência. Barendt aponta que, apesar dessas liberdades, a expressão pode prejudicar outrem, além de danificar a reputação e infringir a privacidade e a propriedade intelectual. Assim, o discurso não pode servir para proteger o indivíduo de qualquer ameaça, mesmo em um contexto em que o desenvolvimento pessoal é valorizado por meio de acesso à educação, à cultura etc.

A terceira teoria que dá base ao livre discurso é aquela segundo a qual a liberdade de expressão é necessária para a participação cidadã na democracia. Esse argumento explica a necessidade de se expor as pessoas a um largo espectro de pontos de vistas, fornecendo informações que permitam certo controle sobre as atividades governamentais. Barendt¹⁶⁹ explica que esse prisma protege o discurso como expressão política, mas dá pouco subsídio para a proteção em relação à literatura ou às artes. Yong¹⁷⁰, por seu turno, afirma que a liberdade de expressão deve ser protegida porque facilita a articulação democrática, agregação e equilíbrio de interesses, e é necessário que as pessoas possam decidir, por si mesmas, os candidatos que eles acreditam serem mais oportunos. Nesse sentido, seria incorreto o discurso majoritário suprimir o direito da minoria de expressar o seu dissenso. Dessa forma, é possível que a minoria tenha, na discussão, melhores ideias do que as expressas pelos representantes da corrente majoritária.

O argumento da participação democrática, portanto, acaba por tolerar o discurso de ódio no contexto do debate público, justamente porque o Estado não é capaz de determinar quais são os limites dentro da deliberação. Percebe-se que é tarefa complicada estabelecer a linha entre o discurso que deve ser regulado do discurso que deve ser amplamente tolerado.

Larry Alexander¹⁷¹, ao expor o posicionamento de John Rawls, por um lado afirma que este autor se alinha ao entendimento de que a liberdade de expressão é uma prerrogativa que uma sociedade liberal justa deve conceder, apesar de não estar entre os direitos humanos que a comunidade internacional deva honrar. Por outro lado, conforme Alexander, outros autores argumentam que os direitos humanos, aos quais Rawls reconhece, dependem de um governo sendo democrático, o que, por sua vez, eles argumentam requerer liberdade de expressão. Além disso, temos que Alexander considera a necessidade de pensarmos que, muitas vezes, o direito de se expressar também envolve o direito de escutar da audiência.

168 YONG, op. cit., p. 391.

169 BARENDT, op. cit., p. 18.

170 YONG, op. cit., p. 391.

171 ALEXANDER, op. cit., p. 8.

Alexander¹⁷² apresenta ainda teorias segundo as quais a liberdade de expressão tem como argumento a promoção da virtude. Nesse contexto, o discurso livre seria ferramenta para o incentivo de certas virtudes essenciais para o sucesso da democracia liberal, especialmente por desenvolver a tolerância das pessoas para com as opiniões alheias diversas das suas. Cabe apontar, entretanto, que o argumento da promoção da virtude pode ser de certa forma excessivo, pois o exercício da tolerância pode obrigar as pessoas a terem de aceitar falas com insultos ou até ofensas, dando espaço a discursos que podem destruir reputações, infringir a privacidade, bem como trazer outros prejuízos ao destinatário daquela opinião.

A quarta teoria que aporta o princípio do livre discurso relaciona-se também ao papel do governo em relação aos cidadãos. O governo, enquanto detentor de poder, estaria inclinado a penalizar a minoria, bem como a limitar os discursos radicais, mesmo numa sociedade liberal. Nesse sentido, a instituição de regras de regulação do discurso pode representar riscos à liberdade de expressão. Cabe ressaltar, entretanto, a controvérsia do tema, pois parte-se do pressuposto de que a interferência governamental sempre sofrerá a acusação de promoção de censura. Vale lembrar que a doutrina¹⁷³ aponta que, além do Estado, a estrutura social pode ser uma inimiga da liberdade de expressão. Isso decorre do fato de os meios de comunicação de massa e o poder econômico estarem concentrados nas mãos de poucos.

A função do Estado, na visão liberal, é assegurar que os cidadãos tenham a máxima oportunidade de escolher, livremente, a maneira segundo a qual vão viver, além de promover oportunidades para as pessoas poderem exercer o seu estilo de vida. Sob essa ótica, o governo guarda uma neutralidade que, ao lado da igualdade, seria condição imprescindível à liberdade.¹⁷⁴ Ainda nessa linha de raciocínio, a neutralidade levaria a uma análise criteriosa da conveniência da intervenção estatal mesmo quando há algum tipo de opressão cultural. Isso porque, ao proibir o discurso, além de se violar a liberdade do opressor, também haverá desrespeito aos direitos dos potenciais ouvintes.

Autores liberais modernos chegam a defender que a preocupação central, em relação aos discursos, não deve ser mais direcionada à liberdade do falante, mas sim elevar a premissa de que todos os cidadãos recebem igual respeito e preocupação. Portanto, no caso de discurso de ódio, importaria mais a garantia da igualdade entre os debatedores do que assegurar a liberdade daquele que profere o discurso.¹⁷⁵ Nesse prisma, o Estado é neutro em relação ao conteúdo da fala, mas pode estabelecer, sim, limites à liberdade de expressão.

172 ALEXANDER, op. cit., p. 132-133.

173 FISS, op. cit., p. 23.

174 LEVIN, op. cit., p. 9.

175 LEVIN, op. cit., p. 136.

Fiss¹⁷⁶, nesse esteio, aponta um quinto argumento, segundo o qual a liberdade de expressão equivale à proteção da autonomia. De acordo com ele, o objetivo da liberdade de expressão não é a autorrealização individual, mas a preservação da democracia como direito do povo. Direito esse que abarca a escolha livre de como se viver, além de poder conhecer, por meio das opiniões, os candidatos nos quais vai ou não votar. Essa possibilidade conduzirá ao debate pleno.

Para Yong¹⁷⁷, uma maneira útil de entender o argumento da autonomia é por meio da jurisprudência da Primeira Emenda dos Estados Unidos, com a exigência de neutralidade e proibição da discriminação do ponto de vista. Os regulamentos relativos à fala devem tomar um ponto de vista neutro. Observe que a neutralidade em questão é a de justificativa, não a de efeito. Uma lei que regula o discurso para expressar desaprovação e supressão tem sua mensagem falha no teste da neutralidade do ponto de vista. No entanto, uma lei que prejudica a capacidade de certos pontos de vista para obter adeptos, ou o que prejudica aqueles que detêm esse ponto de vista, mas não visa produzir tal padrão de desvantagem, não.

Nesse contexto, a defesa de Baker¹⁷⁸ é que o discurso recebe proteção quando, sem representar desrespeito à autonomia de outras pessoas, promove o desenvolvimento do falante e a habilidade dele de participar das mudanças sociais. Além disso, o discurso representa a escolha livre do orador, com a aceitação do ouvinte, fora de um contexto de violência ou de atividade coercitiva.

Ainda nessa linha de raciocínio, Fiss¹⁷⁹ destaca que, na sociedade moderna, com características desiguais de distribuição de poder, bem como diante da incapacidade de todas as pessoas obterem formação essencial para o exercício da cidadania, é possível que a proteção da autonomia, fundamenta à liberdade de expressão, esteja sobremaneira ameaçada. Dessa forma, a autonomia do falante deve receber proteção somente quando enriquece o debate público, mas não quando as opiniões servem para distorcer a agenda pública.

A autonomia, conforme Alexander¹⁸⁰, demanda ainda algum mecanismo de balanceamento. Assim, na análise de um discurso em relação a outro, existe a necessidade do estudo para demonstrar que a permissão da expressão de uma opinião não irá ferir a autonomia alheia. Ou seja, o argumento ou gesto expresso por uma pessoa, no exercício de sua autonomia, deve guardar certo respeito à autonomia de outrem.

176 FISS, op. cit., p. 23.

177 YONG, op. cit., p. 393.

178 BAKER, op. cit., p. 69.

179 FISS, op. cit., p. 51.

180 ALEXANDER, op. cit., p. 131.

3.1 A proteção ao discurso político na democracia liberal: liberdade x igualdade

Para o objetivo deste trabalho, é importante compreender também o papel da liberdade de expressão no contexto das arenas de participação popular e política, principalmente que a análise parte dos trabalhos do Fórum Técnico do Plano Estadual de Educação de Minas Gerais. Alexander¹⁸¹ discorre que as teorias mais populares em relação à liberdade de expressão justamente destacam sua importância para um governo democrático. Segundo ele, há uma teoria geral na qual a democracia necessita de um cidadão informado, além da teoria do discurso público, em que a liberdade de expressão é requisito para um debate desregulamentado, proporcionando a formação da opinião pública, bem como a promoção da legitimidade do processo democrático de tomada de decisão.

A teoria do discurso público, no entanto, apresenta problemas ao tender a buscar separar o discurso em categorias por conteúdo, de modo a determinar quais categorias são imunes ao controle governamental e quais não são. Ou seja, existe uma inclinação a dividir o discurso por temas, como político, religioso, científico, artístico, profissional e comercial. Dessa forma, dificilmente é possível determinar em qual categoria aquele discurso estaria alocado, além de incorrer no risco de se criar uma hierarquia entre os temas, nos quais um adquire maior relevância do que o outro.

Os argumentos em relação ao livre discurso passam pela relação entre a liberdade de expressão e outros direitos também fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, diversos valores circunscrevem a necessidade de se proteger o discurso, no mesmo sentido de que a restrição pode vir a ocorrer quando houver necessidade de tornar a liberdade de expressão uma ferramenta de igualdade, limitando direitos individuais. Para Barendt, o valor do pluralismo é justamente qualificar o exercício dos direitos pelo cidadão¹⁸².

Sobre o discurso do parlamentar, temos importante colaboração de David O. Brinck¹⁸³ ao analisar a liberdade de expressão em um contexto liberal, conforme os princípios de John Stuart Mill. Segundo o autor, mesmo em uma democracia, na qual os governantes são politicamente responsáveis perante o governado e como resultado, os governantes visam ao bem-estar dos governados, há razões para preocupar-se em dar uma licença paternalista para o Estado. Mesmo os governantes bem-intencionados, muitas vezes, identificam erroneamente o bem de cidadãos.

Brinck apresenta, no ponto de vista de Mill, razões pelas quais deve se manter livre o discurso: 1. Uma opinião censurada pode ser verdadeira; 2. Mesmo que seja literalmente falsa, uma opinião censurada pode conter parte da verdade; 3. Mesmo que seja totalmente

181 *Ibidem*, p. 136.

182 BARENDT, op. cit., p. 6.

183 BRINCK, David O. *Mill's Progressive principles*. Oxford: Oxford University, 2013. p. 152.

falsa, uma opinião censurada evitaria que opiniões verdadeiras se tornem dogma; e 4. Como um dogma, uma opinião incontestável perderá o seu significado.

Na mesma esteira, Kent Greenawalt¹⁸⁴ entende o princípio da liberdade de expressão como um guia político e um padrão real ou potencial de direito constitucional. A garantia constitucional da liberdade de expressão reflete, segundo o autor, a importância do princípio político de que o governo não deveria suprimir a comunicação de ideias. Na verdade, esse princípio é frequentemente considerado como uma pedra angular da democracia liberal.

Barendt defende que o discurso político deve ser livre, pois reforçaria um eleitorado bem-informado, politicamente sofisticado, capaz de confrontar o governo, mais os menos nos mesmos termos¹⁸⁵. Além disso, o argumento do fortalecimento do ideal democrático no livre discurso seria bastante forte.

Dworkin¹⁸⁶, ao discorrer sobre a liberdade do indivíduo, afirma que, nos casos em que a restrição à liberdade for suficientemente grave ou severa, o governo não está autorizado a impor essa restrição, apenas porque ela seria imposta no interesse geral. Este não está autorizado a restringir a liberdade de expressão sempre que parecer que isso contribuirá para o aumento do bem-estar geral. Por outro lado, Dworkin critica a ideia de um direito à liberdade, pois coloca essa prerrogativa do cidadão em confronto com outros valores, quando surge regulamentação sobre a expressão, por exemplo. Nesse sentido, para ele, é errôneo o argumento de que existe dano psicológico quando o indivíduo tem a sua expressão de qualquer forma cerceada. Tendo em conta esse ponto de vista, Dworkin passa a defender a ideia de igualdade, e não a de liberdade.

A igualdade, nesse contexto, relaciona-se à distribuição de bens ou oportunidades de maneira equânime, com tratamento respeitoso e preocupado relativamente ao cidadão. Essa igualdade acaba por fundamentar o argumento de que ninguém pode ser detentor da concepção de qual é a forma mais adequada de se viver, além de tentar impô-la a todas as outras pessoas. Nesse aspecto, todos teriam, primeiro, o direito a igual tratamento, ou seja, a mesma distribuição de bens e oportunidades que qualquer outra pessoa receba. Em segundo lugar está o direito de ser tratado como igual, isto é, receber igual consideração e respeito na decisão política sobre como tais bens e oportunidades serão distribuídos.

Essa concepção liberal de igualdade, proposta por Dworkin, impõe que um governo só pode restringir a liberdade a partir de tipos muito limitados de justificação. Essa concepção parte principalmente de que a restrição deve surgir quando houver necessidade de limitar para fornecer proteção a direito específico de algum indivíduo que seria prejudicado pelo outro. Outro aspecto que justificaria a restrição é aquele segundo o qual o governo apresenta

184 GREENAWALT, Kent. *Speech, crime, and the uses of language*. Oxford University, 1992. p. 4.

185 BARENDT, op. cit., p.155.

186 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 415-421.

o impedimento, baseado em algum objetivo político geral, a fim de realizar algo para a comunidade como um todo, pelo qual a sociedade estará melhor por causa da restrição. A concepção liberal de igualdade limitaria os argumentos de política ideais que podem ser usados para justificar qualquer restrição à liberdade. Segundo Dworkin, “tais argumentos não podem ser usados se a ideia em questão for controversa dentro da comunidade”.¹⁸⁷

Na mesma linha de raciocínio, Baker¹⁸⁸ aponta que o respeito à dignidade humana em relação à liberdade de expressão passa por quatro elementos: o respeito à autonomia das pessoas; pela igualdade delas como seres humanos; um contexto democrático apropriado para a tomada de decisão; além de uma estrutura de direitos que consiga subverter estruturas de dominação. Nesse esteio, a democracia deve incorporar igualdade no sentido de que todos têm pelo menos o mesmo direito formal de participar e controlar os resultados coletivos.

Os fóruns técnicos, realizados pelo legislativo mineiro, inserem-se num reflexo necessário a todos os governos representativos. Nesse sentido, Mill¹⁸⁹ argumenta que a liberdade é um valor o qual impede um governante de dispensar a participação dos indivíduos. Isso porque o fortalecimento dos direitos das pessoas sempre incentivará a capacidade reivindicativa de um povo. Dessa forma, o autor explica que uma forma ideal de governo “é aquela em que todo cidadão não apenas tem uma voz no exercício do poder supremo, mas também é chamado, pelo menos ocasionalmente, a tomar parte ativa no governo pelo exercício de alguma função pública, local ou geral”.¹⁹⁰

A questão da participação está, substancialmente, na necessidade fundamental de se garantirem espaços a fim de que todas as pessoas possam efetivamente ter voz no debate. A exclusão de um grupo importante àquele tema incorre em deixá-lo numa situação menos favorável para aprimorar a própria vida e a comunidade a que pertença¹⁹¹. Para além disso, a participação em liberdade conduz ao exercício da plena cidadania, pois, conforme Mill, existe um incentivo à autodependência e à autoconfiança das pessoas em um contexto no qual elas sentem estar competindo em nível de igualdade com todos os outros. Quando chamado a participar, o cidadão passa a tolerar opiniões diversas das suas, “(...) a pesar interesses que não são os seus; a guiar-se, no caso de pretensões conflitantes, por outra regra que não são suas parcialidades pessoais; a aplicar, em todos os casos, princípios e máximas que têm como razão de ser o bem comum”.¹⁹²

187 DWORKIN, op. cit., p. 422.

188 BAKER, C. op. cit., p. 278.

189 MILL, John Stuart. O governo representativo. Trad. de Manoel Innocência de L. Santos Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 30.

190 Ibidem, p. 31.

191 Ibidem, p. 34-37.

192 Ibidem, p. 38.

Nesse contexto, Mill¹⁹³ já apontava a necessidade de se ter mecanismos os quais permitissem que a minoria não fosse esmagada pela maioria em um contexto democrático. O autor defende a qualificação da minoria, ou seja, fornecer instrução a essa parcela da população. Daí temos ainda a importância de ferramentas institucionalizadas de participação, como são os fóruns técnicos realizados pelo legislativo.

4. IDEOLOGIA DE GÊNERO NO CONTEXTO DO PLANO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO

Dworkin já afirmava, com base na concepção liberal da igualdade, que todos têm “direitos precisos a certas liberdades, tais como a liberdade de expressão e de escolha em nossas relações pessoais e sexuais”.¹⁹⁴ O termo “gênero” já foi ponto sensível durante a tramitação do PNE, em 2014. Não diferentemente, a questão mobilizou políticos, sociedade civil e cidadãos na luta para que a chamada ideologia de gênero não fosse incluída no texto dos planos municipais e estaduais de educação. As indicações apresentadas a seguir partem das notas taquigráficas cedidas pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

No primeiro debate público no contexto do Plano Estadual de Educação de Minas Gerais, em 25 de maio de 2015, a bancada evangélica do Parlamento mineiro já foi veemente contra a inclusão do termo no contexto do plano mineiro. Um dos representantes dessa bancada, o deputado estadual Léo Portela, do PRB, foi explícito em seu posicionamento. De acordo com ele, estariam sendo abertas brechas para a inserção de termos da chamada ideologia de gênero, apesar de o PNE ter rejeitado essas premissas. O parlamentar defende também que a ideologia de gênero é uma afronta às famílias mineiras e brasileiras.

A seguir, um trecho do pronunciamento do parlamentar:

Para você que nos acompanha em casa, por meio da TV Assembleia, e que não sabe o que é ideologia de gênero, saiba que ela é a ideologia que estimula a emancipação sexual infantil, dizendo que crianças nascem neutras, ambíguas e bissexuais. Assim sendo, elas podem experimentar os diversos papéis sexuais antes de optar pelo seu.

O deputado ainda complementa:

Será que você que é pai ou que é mãe quer ver o seu filho estimulado a experimentar diversos papéis sexuais antes de assumir o que quer e o que não quer? Essa é a realidade que a família mineira quer? Será que é isso que você que nos assiste de casa quer? Ou é o que quer você que entra em contato com a Assembleia pelas redes sociais, que tanto me acionaram para discutir esse tema nesta tarde? Será que essa é a realidade que virá para a família mineira? Não; não é isso o que queremos para a nossa sociedade.

193 Ibidem, p. 80.

194 DWORKIN, op. cit., p. 426.

No mesmo debate público, o pesquisador da Fundação João Pinheiro doutor Bruno Lazzarotti também abordou a questão da ideologia de gênero. Ele participou do painel “Plano Estadual de Educação: alinhamento ao Plano Nacional de Educação, diretrizes complementares e especificidades da educação mineira”. Para o pesquisador,

Cada vez que silenciemos sobre um assunto, estamos corroborando a manutenção de uma ideologia de gênero. Ela não desaparece. Cada vez que vamos às lojas de brinquedos e vimos quais são os brinquedos destinados às meninas e quais os destinados aos meninos, estamos assistindo a uma ideologia de gênero, que reforça um determinado papel às mulheres e um determinado papel e posições aos homens. Então espero que a ideologia de gênero que passe a frequentar nossas escolas não seja a da omissão, a da manutenção da desigualdade, a da opressão, a da discriminação.

No mesmo sentido, a professora Marisa Ribeiro Teixeira Duarte defendeu a abordagem da ideologia de gênero. Segundo ela, “construções de gênero são construções de poder, não tenho a menor dúvida disso, e de um poder simbólico, difuso, que é muito mais difícil de enfrentar do que o da autoridade quando ela nos apresenta”.

No encerramento do debate, diversos participantes criticaram a fala do deputado Léo Portela. O presidente da Fundação Joaquim Nabuco, Paulo Rubem Santiago, comparou as observações contrárias à ideologia de gênero com as reações do passado a conquistas como a abolição da escravatura, voto feminino e divórcio.

No debate público, em 19 de fevereiro de 2016, a questão da inclusão voltou às discussões. A secretária de Estado de Educação, Macaé Evaristo do Santos, defendeu um Plano Estadual de Educação que respeitasse a pessoa na grandeza de sua humanidade. Para a secretária, o Plano Estadual de Educação deveria ser “banhado de humanidade, sem deixar ninguém de fora”. “Queremos que todas as pessoas tenham direito a voz e a educação. Vamos calar qualquer fascismo no nosso Estado”, afirmou.

No mesmo sentido, a coordenadora do Fórum Estadual de Educação, Suely Duque Rodarte, defendia, além da inclusão da pessoa com deficiência, a inclusão de gênero e o respeito à diversidade. Nesse aspecto, a coordenadora chegou a ser interrompida por manifestações contrárias ao que dizia, por meio de vaias, além de palmas em apoio, mas o parlamentar responsável pela condução dos trabalhos, deputado estadual Paulo Lamac, reiterou pela ordem no evento.

Daniel Cara, coordenador-geral da Campanha Nacional pelo Direito à Educação, também defendeu o olhar às minorias. Para ele, a maioria dos planos estaduais de educação que já estão aprovados e confirmados considerou a questão de gênero. “Espero que, em Minas Gerais, não seja diferente, porque não dá para excluir nenhuma pessoa do processo educacional nem dá para deixar de respeitar as mulheres, os homossexuais; não é possível deixar de fazer uma educação verdadeiramente inclusiva”.



O estudioso afirmou ser uma cobrança das Organizações das Nações Unidas nesse sentido: “Tem de discutir todas as questões políticas, ideológicas, de gênero e de orientação sexual nas escolas – faz parte da construção do direito humano a educação”. O professor Antônio Carlos Pereira, secretário adjunto de Educação, também partiu em defesa do tema.

Libernina Andrade, da Sociedade Civil, Travestis e Trans, chegou a ser dura nos apontamentos. afirmou: “Não sei se é falta de noção ou mau-caratismo dessas pessoas que usam esses termos de ideologia de gênero para desviar a atenção do que realmente deve ser discutido, como as questões da diversidade na escola e suas condições e dos salários dos professores”. Libernina apontou ainda que a falta de acolhimento das minorias nas escolas leva à evasão escolar alta no contexto dessas pessoas.

As atividades da etapa final do Fórum Técnico foram abertas por uma reunião especial realizada em 15 de junho de 2016. Nela os debatedores voltaram a defender a discussão sobre gênero no contexto escolar. No entanto, percebe-se que a ala parlamentar mais conservadora se afastou dos debates, pois não estiveram presentes deputados dessa categoria nos três dias de discussões finais do Fórum.

Na plenária final, em 17 de junho de 2016, a votação de diretrizes educacionais que beneficiem minorias, em especial homossexuais, bissexuais, transgêneros e profissionais do sexo, ocupou o centro dos debates. Entre as 21 metas em que foi organizado o texto, o debate mais acirrado foi na meta Educação de Jovens e Adultos, concentrando-se nas diretrizes que mencionavam as minorias, em especial aquelas relacionadas à orientação sexual. No encontro final da Plenária, os inscritos puderam defender no microfone suas opiniões. Percebe-se que, apesar das divergências em torno das questões de gênero, não houve argumentos que caminhassem para um discurso agressivo, ou até mesmo abjeto.

Diversos participantes procuraram retirar do texto a menção às minorias, afirmando que as citações ofereciam benefícios injustificados a segmentos da população, em prejuízo da maioria. Condenaram especialmente a menção a homossexuais e profissionais do sexo, por considerar que isso estimularia a erotização precoce das crianças. Os argumentos levaram alguns professores a se manifestarem contrariamente, argumentando que o trabalho docente, seja qual for a orientação do profissional, não é erotizar ninguém, mas trabalhar com o conhecimento. Cabe ressaltar que, quando havia manifestações contra a pessoa que estava ao microfone, o deputado estadual Paulo Lamac restabelecia a ordem e garantia o direito de expressar do falante.

Os pedidos de supressão da menção às minorias acabaram rejeitados pela Plenária. Uma das diretrizes que gerou polêmica foi a que propõe garantir a oferta de Educação de Jovens e Adultos “às populações em situação de vulnerabilidade social, pessoas LGBT – em especial travestis e transexuais – mulheres, negros, população do campo, indígenas, quilombolas, povos tradicionais, população em situação de rua e população em situação

de privação de liberdade, que não tiveram acesso ou não concluíram o ensino fundamental ou o ensino médio”. A proposta acabou aprovada com uma única alteração: que se garanta o direito de travestis e transexuais usarem o nome social (e não o de batismo) nesses processos educacionais.

Diversas outras diretrizes relacionadas provocaram disputas acirradas no discurso. Uma delas é a que propõe “desenvolver e implementar políticas e mecanismos de acesso e permanência na escola para jovens, adultos e idosos, visando, especialmente, contemplar trabalhadores que cumprem jornada de trabalho em tempo integral, em especial profissionais do sexo, transexuais, população de rua e pessoas privadas de liberdade”.

Durante a plenária final, também foi aprovada uma meta suplementar às outras 20 que já constavam no texto. Trata-se da criação e implementação de um “programa educacional de combate às discriminações motivadas por preconceito de orientação sexual, identidade de gênero, machismo, LGTBfobia, de crença ou de qualquer outra natureza”.

Como se pode perceber, apesar dos discursos contrários à inclusão, prevaleceu aquele em que havia a defesa por meio de mecanismos que visem assegurar os direitos das minorias. Nesse sentido, percebe-se que a liberdade de expressão esteve assegurada. No contexto do Fórum Técnico, a sistemática da discussão caminha no objetivo de dar voz a todos os lados, para finalmente, numa votação aberta, chegar-se a uma decisão em relação ao texto final da proposta.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República consagra o modelo representativo de governo ao mesmo tempo que prevê que o cidadão pode ter formas de influenciar diretamente os rumos das políticas públicas pensadas para a sociedade.

Ao longo dos últimos anos, após a redemocratização do país em 1988, diversos instrumentos de participação popular foram institucionalizados nas Casas Legislativas Brasileiras. A Assembleia Legislativa de Minas Gerais é uma das que defendem essa bandeira ao chamar o cidadão a debater, em conjunto com representantes do governo, as propostas que ali devam ser aprovadas.

Este artigo buscou detectar se a diversidade de pontos de vistas tem espaço mesmo em temas espinhosos, como a discussão das questões de gênero no contexto do Plano Estadual de Educação, que tramita no legislativo desde setembro de 2015. Como podemos observar, a liberdade de expressão não é permissão geral para que todos digam o que querem na hora em que desejam, mas um direito a ser exercido, considerando um ambiente salutar de debate, em que exista igualdade entre os debatedores.



O Fórum Técnico do Plano Estadual de Educação recebeu, de forma irrestrita, as inscrições de atores interessados naquele tema e acabou por reunir representantes de 154 instituições, tanto governamentais quanto da sociedade civil organizada. Esteve ali, portanto, uma diversidade considerável de pessoas com opiniões distintas sobre as temáticas que perpassam o ambiente escolar.

Ao fim, percebe-se que os parlamentares mais conservadores em relação à temática de gênero optaram por se afastar das discussões, o que não impediu o debate, com respeito, ordem e igualdade. Os defensores de que o ambiente escolar não deve abordar as questões de gênero tiveram voz e votos garantidos, da mesma forma que as pessoas favoráveis à inclusão também puderam ser ouvidas.

Portanto, tem-se que houve igualdade entre os cidadãos que se dispuseram a debater o Plano Estadual de Educação de Minas Gerais, uma vez que foi franqueada a participação de todas as formas, seja nos encontros regionais no interior do estado, pela internet e ainda presencialmente no evento final em Belo Horizonte. Não há razão, neste contexto, para estabelecer limites às vozes que se dispõem a participar na construção de políticas públicas necessárias ao pleno exercício da democracia pelos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry. **Is there a right of freedom of expression?** Cambridge: Cambridge University, 2005.

BAKER, C. Edwin. **Human liberty and freedom of speech.** Oxford: Oxford University, 1989.

BARENDT, Eric. **Freedom of speech.** 2. ed. Oxford: Oxford University, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014.** Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

BRINK, David O. **Mill's Progressive Principles.** Oxford: Oxford University, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução e notas. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FISS, Owen. **Libertad de expresión y estructura social.** México: Fontamara, 1997.

GREENAWALT, Kent. **Speech, crime, and the uses of language.** Oxford: Oxford University, 1992.

LEVIN, Abigail, **The cost of free speech: pornography, hate speech, and their challenge to liberalism.** Palgrave Macmillan, 2010.

MILL, John STUART. **O governo representativo.** Trad. de Manoel Innocêncio de L. Santos Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

_____. **On liberty.** Nova York: Liberal Arts/Bobbs-Merrill, 1956.



MINAS GERAIS. **Lei nº 19.481, de 12 de janeiro de 2011**. Institui o Plano Decenal de Educação do Estado. <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19481&comp=&ano=2011&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Mensagem nº 77/2015**. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2015&n=77&t=MSG&aba=js_tabVisao>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Projeto de Lei nº 2882/2015**. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2015&n=2882&t=PL&aba=js_tabTramitacao>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. **Regulamento do Fórum Técnico**. Art. 10. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2015/forum_tecnico_plano_educacao/documentos/regulamento/regulamento_forum_tecnico_plano_educacao.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2018.

YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech?. **Res Publica**, n. 17, p 385-403, 2011.

QUAL É A RESPOSTA DO PARLAMENTO AO DISCURSO DE ÓDIO? REFLEXÕES ACERCA DOS PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES POR QUEBRA DE DECORO E DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS ÀS IMUNIDADES PARLAMENTARES

Julia Camara Alves Moreira¹⁹⁵

RESUMO:

O presente artigo almeja analisar de que forma os intitulados “discursos de ódio” são reprimidos no seio do Parlamento Nacional, relativamente às manifestações advindas de seus próprios membros, a partir da apreciação tanto das previsões do Código de Ética e Decoro Parlamentar, quanto de eventuais procedimentos disciplinares instaurados em desfavor de deputados federais. Para tanto, buscar-se-á delimitar os contornos da garantia constitucional da imunidade material e dos conceitos de “discurso do ódio” e de “decoro parlamentar”, a fim de propor aperfeiçoamentos aos procedimentos disciplinares internos, tornando-os mais efetivos em relação à satisfação social quanto à reprimenda de manifestações degradantes.

1. INTRODUÇÃO

Nas vivências de uma sociedade construída sob pilares democráticos, a busca da proteção das mais variadas formas de discurso pelo manto da liberdade de expressão pode originar manifestações de intolerância e discriminação contra grupos vulneráveis (negros, homossexuais, mulheres, minorias religiosas, indígenas, entre outros) o que, *a contrario sensu*, desencadearia a fragmentação dos pilares que a sustentam.

Posto esse contraste, este artigo pretende analisar o conceito e as nuances do fenômeno do “discurso de ódio” a partir de parâmetros tanto doutrinários quanto normativos, com merecido enfoque atribuído à sua manifestação e repressão na seara política, no discurso parlamentar.

Nesse contexto, realizar-se-á recorte específico no âmbito da manifestação pela via do discurso, no que diz respeito à atuação dos deputados federais, averiguando em que medida o ato político, dentro e fora do Legislativo, pode ou não ser classificado como discurso

195 Mestranda em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduada em Direito pela UFMG. Advogada.

de ódio. Serão expostas as possíveis consequências dessas manifestações – sejam elas criminais, civis, administrativas, políticas e/ou sociais –, o que exige maior aprofundamento tanto na prerrogativa constitucional da Imunidade Parlamentar quanto nos efeitos da “quebra de decoro parlamentar”.

No intuito de trazer maior concretude a este trabalho, analisar-se-ão, criticamente, eventuais processos disciplinares por quebra de decoro parlamentar no recinto da Câmara dos Deputados, dando merecido zelo à argumentação sustentada pelos representantes, pelo parlamentar processado, pelos membros do Conselho de Ética, enfim, por todos os agentes envolvidos nos procedimentos disciplinares.

Por fim, após pesquisa documental, serão trazidas as principais discussões e apontamentos acerca do assunto. Obviamente, não há como, e nem se pretende, relatar tudo o que foi dito/argumentado naqueles procedimentos, muito menos encerrar a temática do discurso de ódio e os seus atritos com a garantia constitucional da imunidade material. Propõe-se, outrossim, um novo olhar ao procedimento disciplinar parlamentar, a partir de sua ressignificação, para que possa ser aperfeiçoado, tornando-se mais efetivo.

2. O DISCURSO DE ÓDIO

Samanta Ribeiro Meyer-Pflug delinea o discurso de ódio como um conjunto de ideias que, ao serem manifestadas, incitam a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos. Afirma que esses grupos são, grande parte das vezes, minorias, não restringindo, conquanto, o sujeito passivo do discurso, muito embora não abarque, na definição de seu conceito, as manifestações que possam incitar agressões por questões relacionadas a sexo, gênero, orientação sexual e identidade.¹⁹⁶

Já Alvaro Paul Diaz enfatiza que o discurso do ódio é mais do que a manifestação de antipatia, devendo apresentar traços de hostilidade contra determinado grupo. Com isso, torna-se essencial a análise do contexto no qual se proferiu a fala e também as externalidades originadas pelo discurso, bem como, não menos importante, o seu grau de segregação.¹⁹⁷

Definir parâmetros e modelos conceituais objetivos acerca do que venha a ser “discurso de ódio” é de suma importância para que se compreenda a melhor resposta, jurídica, política ou administrativa, a ser dada a esse fenômeno degradante. Nessa toada, muito embora ainda não ratificada pelo Brasil, a Convenção Interamericana contra Toda a Forma

196 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 261.

197 DIAZ, Alvaro Paul. La Penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. Revista Chilena de Derecho, v. 3, n. 2, 2011, p. 503-609.

de Discriminação e Intolerância parece clarificar o tema, sendo instrumento normativo internacional que destrincha o fenômeno, seu conceito e suas consequências¹⁹⁸.

Os Estados comprometem-se a prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, todos os atos e manifestações de discriminação e intolerância, inclusive:

I. apoio público ou privado a atividades discriminatórias ou que promovam a intolerância, incluindo seu financiamento;

II. publicação, circulação ou difusão, por qualquer forma e/ou meio de comunicação, inclusive a internet, de qualquer material que:

a) defenda, promova ou incite o ódio, a discriminação e a intolerância; e

b) tolere, justifique ou defenda atos que constituam ou tenham constituído genocídio ou crimes contra a humanidade, conforme definidos pelo Direito Internacional, ou promova ou incite a prática desses atos;

III. violência motivada por qualquer um dos critérios estabelecidos no artigo 1.1; [...]

A discriminação, portanto, é ato que incita a distinção, exclusão, restrição ou preferência, tanto no âmbito público quanto no privado. Seus efeitos são a anulação ou a limitação do direito ao reconhecimento, ao gozo e ao exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais, sejam tais efeitos objetivados ou não por quem comete o ato discriminatório¹⁹⁹.

De acordo com a Convenção supracitada, a discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição²⁰⁰.

Em análise preliminar é possível concluir, portanto, que Convenção Interamericana mostra-se como importante ferramenta jurídica capaz de responder ao discurso de ódio segundo as balizas e a sistemática constitucional vigente. Delineia o conceito deste discurso, seus efeitos, visando à proteção contundente dos grupos ofendidos, destacando o princípio da igualdade, um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Indo um pouco mais adiante, alguns parâmetros mais objetivos, capazes de enquadrar um discurso na categoria de “discurso de ódio”, merecem ser aqui abordados, demonstrando uma progressão no que diz respeito às discussões no entorno da temática.

198 **Convenção Interamericana contra Toda a Forma de Discriminação e Intolerância.** Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2017.

199 Ibidem.

200 Ibidem

Os Princípios de Camden sobre a Liberdade de Expressão e Igualdade, desenvolvidos pela ARTIGO 19²⁰¹, organização não governamental de origem Inglesa voltada aos direitos humanos, com base em discussões sobre liberdade de expressão e igualdade sustentadas tanto por membros ONU quanto por membros de outras organizações, especialistas em direito internacional dos direitos humanos, apresentam nova perspectiva. A elaboração de tais princípios surgiu no anseio do manejo de um consenso global sobre a relação razoável e proporcional entre o princípio da liberdade de expressão e da promoção da igualdade, de modo que o direito internacional tem se mostrado a base para a solução de eventuais tensões normativas.

Passemos ao Princípio 12 do referido documento:

Princípio 12: Incitação ao ódio

Todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (*discurso do ódio*).

Sistemas jurídicos nacionais devem deixar claro, seja de forma explícita ou por meio de interpretação impositiva, que:

- i. Os termos ‘*ódio*’ e ‘*hostilidade*’ se referem a emoções intensas e irracionais de opróbrio, animosidade e *aversão ao grupo visado*.
- ii. O termo ‘*promoção*’ deve ser entendido como a existência de intenção de promover publicamente o ódio ao grupo visado.
- iii. O termo ‘*incitação*’ se refere a declarações sobre grupos religiosos, raciais ou nacionais que criam *risco iminente de discriminação*, hostilidade ou violência a pessoas pertencentes a esses grupos.
- iv. A promoção, por parte de comunidades diferentes, de um sentido positivo de identidade de grupo *não constitui discurso do ódio*²⁰².
(grifos da autora)

Distintamente da Convenção Interamericana, o documento supracitado prevê a “intenção” daquele que profere o discurso como elemento essencial à caracterização do discurso de ódio. Este artigo, portanto, apegar-se-á a esse fundamento. Obviamente, não se defende a impunidade daquele que manifeste um discurso de efeitos odiosos, muito embora não seja a sua intenção, mas acredita-se que o elemento anímico seja essencial à caracterização de uma conduta tão gravosa e reprovável como é o discurso de ódio, sob a qual recaí uma série de retaliações.

201 ARTIGO 19 BRASIL. **A organização**. Disponível em: <<http://artigo19.org/a-organizacao/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

“com a missão de defender e promover o direito à liberdade de expressão e de acesso à informação em todo o mundo. Seu nome tem origem no 19º artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Com escritórios em nove países, a **ARTIGO 19** está no Brasil desde 2007, e desde então tem se destacado por impulsionar diferentes pautas relacionadas à liberdade de expressão e informação”.

202 ARTIGO 19 Brasil. **Princípios de Camden sobre liberdade de expressão e igualdade**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4b5827292>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

2.1 O STF e o discurso de ódio

Interessante e imprescindível é retomar o posicionamento do Poder Judiciário, notadamente do STF, no que diz respeito aos contornos do termo em estudo, o discurso de ódio.

Na análise do recebimento da denúncia oriunda do Inquérito nº 3.590, a qual demandava por sanções criminais contra o deputado Marco Feliciano, tendo em vista postagem²⁰³ em sua página do Twitter, Luis Roberto Barroso manifestou seu voto com os seguintes dizeres:

Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hate speech*, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional. De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita. De modo que, por mais reprovável que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente, de modo que estou acompanhando Vossa Excelência pelo não recebimento da denúncia.²⁰⁴

Por mais que o julgado não tenha abordado a questão da imunidade parlamentar, faz-se importante a sua análise, pois demonstra que a manifestação de discursos dessa natureza, em que pese a sua gravidade, não serem puníveis, a princípio, na seara criminal. Sua eventual condenação perpassaria por um juízo moral, o qual não cabe ao Poder Judiciário.

Por sua própria essência, percebe-se que o discurso de ódio não ofende a um bem jurídico facilmente aferível. Não se trata de afronta a um indivíduo, mas a vários integrantes de um grupo com um/uns elos que os conectam. Não bastasse isso, uma mesma conduta facilmente enquadrada por alguns no conceito de “discurso de ódio” – palavra dita ou escrita, ação e até mesmo omissão – poderia surtir efeitos distintos em relação aos membros do grupo. Alguns poderiam sentir-se ofendidos, já outros, não. É justamente este grau de imprecisão, “imensurabilidade”, portanto, um dos fatores que tornam o discurso de ódio conduta que dificilmente seria tipificada no âmbito penal, o que não impede, todavia, a sua repressão na seara civil e administrativa.

Nessa toada, a análise da ação penal²⁰⁵ movida contra Jonas Abib, sacerdote da Igreja Católica, que foi denunciado pelo crime do art. 20, § 2º e 3º, da Lei nº 7.716/1989, por incitação à discriminação religiosa em razão do teor de livro de sua autoria intitulado “Sim,

203 “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam [sic] ao ódio, ao crime, a [sic] rejeição”.

204 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.590 – STF – Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

205 Não foi possível ter acesso ao número da ação penal, em que pese ter sido noticiada na mídia nacional. STF Tranca Ação Penal de Padre Autor de Livro Anti-Espiritismo. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/stf-tranca-acao-penal-de-padre-autor-de-livro-anti-espiritismo-29112016>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

Sim, Não, Não – Reflexões de cura e libertação”, permite-nos maiores aprofundamentos acerca dos contornos dados ao conceito de discurso de ódio.

Em linhas gerais, o Ministério Público do Estado da Bahia acusou o sacerdote de fazer afirmações discriminatórias à religião espírita e às religiões de matriz africana, como a umbanda e o candomblé. O réu, em defesa, pleiteou o trancamento processual com o argumento de que na denúncia não se teria delimitado o início e o fim do proselitismo²⁰⁶, direito de qualquer líder religioso. Consequentemente, não se determinou onde de fato teria iniciado a discriminação por parte do autor, o que tornou impossível a convivência entre a intenção persecutória criminal e os preceitos da liberdade de expressão religiosa. Não bastasse isso, defendeu a falta de justa causa processual, pois o exercício da liberdade de expressão e manifestação religiosa deve ser interpretado com observância ao conteúdo integral da obra, e não apenas de algumas expressões pinçadas do contexto em que foram escritas, de modo que o texto não traz elementos que ofendam valores de outrem, mas sim a intenção de convencimento dos fiéis, ou seja, a persuasão como fim último.²⁰⁷

De todo modo, o que nos importa é a descrição do discurso discriminatório, aqui sinónimo de “discurso de ódio”. De acordo com esclarecimentos tecidos pelo Ministro Edson Fachin em sede do julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682 BA, interposto no decurso processual da mesma ação penal²⁰⁸, o discurso de ódio é manifestação que exige interpretação sob três prismas distintos, embora interdependentes.

Reconheceu-se o discurso proselitista como essencial e intrínseco ao exercício integral de liberdade de expressão religiosa. A comparação entre religiões, por si só, não pode ser considerada discurso de cunho odioso. Nessa perspectiva, eventual manifestação discriminatória e criminosa, a qual pode ter natureza tanto religiosa quanto racial, sexual, de gênero, entre outras especificidades, somente se materializará depois de ultrapassadas três etapas indispensáveis:

- I- A primeira é de caráter cognitivo, por meio do qual o discurso atesta a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos.
- II- A segunda é de caráter valorativo, implicando na relação de superioridade entre grupos.
- III- Por fim, a terceira etapa consiste no fato de o agente que emana o discurso, a partir das fases anteriores, pressupor legítima a dominação, a exploração, a

206 Zelo ou esforço para fazer prosélitos ou converter pessoas a uma religião, a um partido, a uma causa ou a uma ideia. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/proselitismo>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

207 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus 134.682 BA – STF – Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309784231&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2018.

208 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682 BA – STF – Primeira Turma. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

escravização, a eliminação, a supressão ou redução dos direitos fundamentais do diferente que compreende inferior.

Concluiu-se que a publicação da referida obra de fato impeliu a comunidade católica a empreender o resgate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo e religiões de matriz africana, em patente demonstração de julgamento de inferioridade daquela fé distinta. Tal conduta, entretanto, deu-se na ausência de quaisquer sinalizações de violência, dominação ou redução de direitos fundamentais, não sendo legítima, portanto, a persecução penal, muito embora trate-se de manifestação facilmente concebível como intolerante e prepotente.

Com isso, foi dado provimento ao recurso interposto pela defesa, com vistas ao trancamento da ação penal pendente.

Em notícia que restou nacionalmente conhecida, no seio de outro processo criminal, a Primeira Turma da Corte recebeu denúncia²⁰⁹ e parcialmente queixa-crime²¹⁰ movidas, respectivamente, pelo Ministério Público Federal e por Maria do Rosário contra o deputado Jair Bolsonaro, cujo objeto consistia na manifestação do parlamentar durante entrevista ao Jornal Zero Hora no ano de 2014: “Ela não merece [ser estuprada] porque ela é muito ruim, porque ela é muito feia, não faz meu gênero, jamais a estupraria. Eu não sou estuprador, mas, se fosse, não iria estuprar, porque não merece”.

A defesa argumentou que os fatos se encontrariam ao abrigo da imunidade material e acrescentou que a entrevista concedida ao jornal se realizou no gabinete parlamentar situado no prédio da Câmara dos Deputados, bem como que a fala de Jair Bolsonaro se encontrava, inclusive, relacionada a outro fato ocorrido em Plenário daquela Casa Legislativa. Outrossim, invocou a jurisprudência da Corte no sentido de que, em se tratando de ofensas irrogados no recinto parlamentar, a imunidade material parlamentar do art. 53 da Constituição Federal seria absoluta.

Em que pese a linha argumentativa tecida, por quatro votos a um, a Turma entendeu que, além de incitar a prática do estupro, Bolsonaro ofendeu a honra da deputada. Os ministros Luiz Fux, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Roberto Barroso votaram a favor de que Bolsonaro se tornasse réu. Somente Marco Aurélio Mello foi contra a abertura das ações penais.

O acórdão tratou de temas importantes, para além da análise jurídica e hermética do caso concreto, ressaltando os efeitos gravosos e impactantes daquelas manifestações para além do Parlamento. De certo modo, abordou-se a temática do “discurso de ódio” ao

209 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Denúncia Inquérito 3.932. DF– STF – Plenário. Relator Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

210 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 5243 DF– STF – Plenário. Relator Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627488>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

conceber a fala de Jair Bolsonaro como uma ofensa não apenas à deputada, mas à figura da mulher, merecendo reprodução alguns trechos daquela decisão.

10. A relativização **do valor do bem jurídico** protegido a honra, a integridade psíquica e a **liberdade sexual da mulher** pode gerar, naqueles que não respeitaram as normas penais, a tendência a considerar mulheres que, por seus dotes físicos ou por outras razões, aos olhos de potenciais criminosos, mereceriam ser vítimas de estupro.

11. O **desprezo demonstrado pelo bem jurídico protegido** (dignidade sexual) reforça e incentiva a perpetuação dos traços de uma cultura que ainda subjuga a mulher, **com potencial de instigar variados** grupos a lançarem sobre a própria vítima a culpa por ser alvo de criminosos sexuais, deixando, a depender da situação, de reprovar a violação sexual, como seria exigível mercê da expectativa normativa.

12. As recentes notícias de estupros coletivos reforçam a necessidade de preocupação com discursos que intensifiquem a vulnerabilidade das mulheres.

Aguarda-se o julgamento definitivo do caso, o qual será de extrema valia para a compreensão do entendimento jurisprudencial do STF tanto acerca da temática da “imunidade parlamentar” quanto do “discurso de ódio”.

Nessa esteira, agora no âmbito civil, a deputada Maria do Rosário igualmente ajuizou ação de responsabilidade civil e indenização por danos morais contra Jair Bolsonaro, tendo como objeto o mesmo fato ora narrado. Em sede do julgamento do REsp nº 1642310/DF, interposto pelo deputado Bolsonaro contra a decisão de segundo grau, o STJ entendeu pelo seu não provimento, ou seja, reconheceu-se o direito à indenização à deputada.²¹¹

Em linhas gerais, o acórdão do Tribunal Superior delimitou o alcance da imunidade parlamentar, ressaltou que esta se trata de prerrogativa não absoluta, reproduzindo o seguinte trecho de um outro precedente do STF: “A inviolabilidade dos Deputados Federais e Senadores, por opiniões palavras e votos, prevista no art. 53 da Constituição da República, é inaplicável a crimes contra a honra cometidos em situação que não guarda liame com o exercício do mandato”.

Trata-se, na realidade, de instrumento que decorre da organização democrática do Estado, com vistas ao princípio da separação de Poderes como escudo de proteção às liberdades individuais, possibilitando ao representante político cumprir a sua missão com autonomia e independência, sendo garantia estritamente atrelada à atuação pública, não guardando relação alguma com privilégio de cunho pessoal.

211 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.642.310. DF. Relator Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201642310.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

Na hipótese dos autos daquela ação indenizatória, entendeu-se que a ofensa dirigida à Maria do Rosário, segundo a qual a deputada não “mereceria” ser vítima de estupro, em razão de suas características naturais, não encontra nenhuma relação com o mandato legislativo de Jair Bolsonaro. Não bastasse isso, a supracitada ofensa teria sido veiculada em imprensa e na internet, de modo que a localização do recorrente, no recinto da Câmara dos Deputados, seria elemento meramente accidental, não atraindo a aplicação da imunidade.

Concluiu-se pela violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana, abuso que pode se dar tanto pela via do prejuízo material quanto pela conturbação de direito extrapatrimonial, com ofensa à dignidade, a partir de qualquer “mal evidente” ou “perturbação”. Ao afirmar que a deputada não “mereceria” ser estuprada, o crime consubstanciou-se em prêmio, um benefício à vítima, *a contrario sensu* do que prevê o ordenamento jurídico em vigor.

De acordo com o Tribunal, a manifestação de “não merece ser estuprada” constitui expressão vil que menospreza de modo atroz a dignidade não só de Maria do Rosário, mas também de qualquer mulher e traz consigo a clara intenção do interlocutor de reduzir a figura feminina, prejudicando a imagem da deputada perante a sociedade, em raciocínio semelhante àquele ora desenvolvido pelo STF, no seio do processo criminal.

Contra a decisão do STJ, foi interposto Recurso Extraordinário ao STF, cujo julgamento, novamente, será de extrema importância para o balizamento jurisprudencial no que diz respeito aos alcances da imunidade parlamentar e também dos contornos do discurso de ódio. De todo modo, a partir da análise dos casos supracitados ao longo deste capítulo, já é possível perceber um olhar mais atento e sistêmico dos julgadores da Corte Superior em relação às manifestações de cunho odioso, com especial atenção aos impactos sociais da fala do parlamentar, como medida a valorar o grau de sua responsabilidade civil, penal e moral.

3. A IMUNIDADE MATERIAL PARLAMENTAR

A doutrina subdivide as imunidades parlamentares em duas facetas: formal e material. Elencada no art. 53, § 2º da Constituição da República, **imunidade formal** corresponde às restrições à prisão do parlamentar e aos processos judiciais em que ele é parte, albergando o direito a não ser preso, salvo circunstâncias excepcionais, expressamente previstas na Constituição da República. Trata-se, portanto, de imunidade de caráter processual.

Já a **imunidade material**, por seu turno, prevista no art. 53, *caput*, corresponde à inviolabilidade do legislador, seja no âmbito civil, seja no penal, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.²¹² Trata-se, portanto, de previsão constitucional que exclui o

²¹² Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

próprio enquadramento típico das condutas por ela abrangidas, com vistas a assegurar o livre exercício da atividade parlamentar.

Alçadas ao patamar de garantia constitucional, amolda-se e dimensiona-se o princípio da separação de Poderes, resguardando ao parlamentar o pleno desempenho de suas funções na ausência de submissão ao Executivo e/ou ao Judiciário.²¹³ Nesse sentido, evocam proteção ao legislador, no exercício de sua nobre atividade representativa, contra abusos e pressões dos demais Poderes. Trata-se de valioso artifício de promoção da liberdade de manifestação e importante escudo contra prisões arbitrárias e processos temerários.²¹⁴

É, portanto, valioso instrumento decorrente da moderna organização do Estado, da repartição orgânica entre os Poderes, como forma de garantir a liberdade e os direitos individuais. Outrossim, além de garantia à representativa dos cidadãos, são também um importante elemento de racionalização do processo político e democrático, pois à autonomia dos órgãos estatais está apoiada a autotutela, ou seja, o autocontrole do Poder pelo próprio Poder²¹⁵. Nesse sentido, para que o Congresso cumpra a sua missão com autonomia e independência, a Constituição outorgou aos seus membros, de maneira irrenunciável, uma série de prerrogativas, entre elas, as imunidades parlamentares.

Para Roberto Dias e Lucas de Laurentiis, por exemplo, as imunidades parlamentares têm por função resguardar o princípio da liberdade de expressão e pensamento do congressista²¹⁶. Já Fernanda Almeida afirma que a inviolabilidade é preordenada a garantir a liberdade de expressão no que se refira ao desempenho das atividades parlamentares.²¹⁷

Acredita-se que o segundo entendimento está mais alinhado ao atual posicionamento jurisprudencial e também ao pensamento desta autora. A imunidade parlamentar deriva do princípio constitucional da liberdade de expressão, expressão que está condicionada ao exercício da atividade parlamentar. Ao se manifestar sobre questões alheias ao exercício de representação política, não estaria o parlamentar protegido pela imunidade.

Nada obstante, consoante Raul Machado Horta, faz-se essencial distinguir o conceito de privilégio e de prerrogativa ao referir as imunidades parlamentares. Caso fossem concebidas como privilégios, na área do *ius singulare*, as imunidades poderiam dar lugar a direitos subjetivos. Não o sendo, mas sim prerrogativas, melhor se ajustam à situação objetiva no domínio do *ius commune*. Os privilégios satisfazem o interesse pessoal de seus

213 GOMES, Eneias Xavier. Da crítica de Hans Kelsen às imunidades parlamentares. Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1132>>. Acesso em: 1º dez. 2017.

214 Ibidem.

215 DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. Imunidades parlamentares e abusos de direitos. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 49, n. 195, jul./set. 2012.

216 Ibidem.

217 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. As imunidades parlamentares na Constituição Brasileira de 1988. Anuário Português de Direito Constitucional, Coimbra, v. 3, 2003, p. 92.

beneficiários. As prerrogativas, por seu turno, distanciam-se da satisfação de interesses privados, visando ao regular exercício das funções de Estado.²¹⁸

Recentemente, no bojo do Agravo Regimental na Petição nº 5.714²¹⁹ interposto por Fábio Luís Lula da Silva (Lulinha) contra decisão que negou seguimento à queixa-crime proposta contra o deputado federal Domingos Sávio (PSDB), houve posicionamento importante da Suprema Corte no que tange aos contornos da imunidade parlamentar.

Sob a alegação do cometimento do crime de calúnia, difamação e injúria (tipificados nos arts. 138, 139 e 140 e/c art. 140, III, do Código Penal), tendo em vista entrevistas concedidas pelo deputado no programa “Bom Dia – Divinópolis” da Rádio Minas, no ano de 2015, o deputado Domingos Sávio foi processado pelas seguintes manifestações:

Essa roubalheira na Petrobrás começou lá no governo Lula e o Lulinha, filho dele, é um dos homens mais ricos do Brasil... e ficou rico do dia pra noite, assim num passe de mágica, rico, fruto da roubalheira que virou este país (...)
Tem que investigar o Lula, tem que investigar o Lulinha (...)

De acordo com Lulinha, inexistiria liame entre as declarações emanadas pelo deputado e o exercício do mandato eletivo, configurando-se apenas como ofensas pessoais à sua figura. De toda sorte, negou-se provimento ao agravo por unanimidade dos votos. Conforme relatório redigido pela Ministra Rosa Weber:

Como destacado na decisão agravada, o liame entre as declarações e o exercício parlamentar esta em que o agravado concedeu as entrevistas enquanto Deputado Federal, sobre assuntos pertinentes à condição de Congressista, em especial seu empenho em viabilizar as assinaturas necessárias à instauração de uma CPI para investigar notícias massivamente divulgadas sobre ilicitudes relacionadas à PETROBRÁS.

Em ambas as entrevistas, o agravado teceu críticas ao Governo Federal à época, como integrante do grupo de oposição política, à gestão do Partido dos Trabalhadores. Nesse contexto, verbalizou a necessidade do ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, e seu filho, o ora agravante Fábio Luís da Silva serem investigados/ fiscalizados em razão de, no seu modo de enxergar as coisas, ter o agravante enriquecido subitamente e sem explicação.

Nesse sentido, vale retomar o julgamento da Suprema Corte, no âmbito do Inquérito 3.932/DF abordado no capítulo anterior, que trata da denúncia contra Jair Bolsonaro pela prática do crime de incitação do crime de estupro, esclareceu que, para que as manifestações de um parlamentar estejam relacionadas ao exercício do mandato, devem, necessariamente,

218 HORTA, Raul Machado. Imunidades parlamentares. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/942/880>>. Acesso em: 1º dez. 2017.

219 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR 5.714 – STF – Plenário. Relator Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14203323>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

mente, conter teor minimamente político, referido a fatos que estejam sob o debate público, sob a investigação dos órgãos estatais ou, ainda, que seja de interesse da sociedade e do eleitorado.²²⁰

Feitas tais considerações, para avançar, nada mais oportuno e essencial do que olhar acurado no que tange ao dever institucional de decoro, o qual deve estar perfeitamente alinhado com toda e qualquer atuação parlamentar, principalmente quando o legislador pretende se ver “protegido” pelas imunidades atinentes ao exercício da função pública.

4. O DECORO PARLAMENTAR

Maria Helena Diniz define o termo “decoro”, na linguagem jurídica em geral, como: “honradez, dignidade ou moral; decência; respeito a si mesmo e aos outros”.²²¹

O termo encontra-se positivado no art. 53 da Constituição, o qual estabelece que aquele parlamentar que não cumprir com o seu dever institucional de decoro poderá vir a perder o mandato. A Carta Magna ainda define que, além do abuso das prerrogativas constitucionais – neste ponto, referindo-se às imunidades –, o Regimento Interno de cada uma das Casas poderá destrinchar aqueles atos que são incompatíveis com o decoro.²²²

A partir da leitura dinâmica do texto normativo com conceito jurídico previamente elencado, subentende-se, portanto, que a Constituição da República conferiu conotação normativa ao termo “decoro”, atrelando a conduta parlamentar a pressupostos essenciais, tais como o respeito e as boas-maneiras, exigindo do representante o exercício de previsibilidade de seu comportamento, com base naquilo que é esperado e validado pela sociedade.

Nessa esteira, tendo em vista as abordagens do capítulo anterior, o que se propõe é a racionalização do “discurso de ódio” como potencial ofensa ao decoro parlamentar e, portanto, como conduta passível de punições administrativas, dentre elas a perda do mandato. Esse raciocínio encontra raízes e legitimidade na ideia de que a própria instituição representativa do povo, a Câmara dos Deputados, será a responsável por dar os contornos e limites à liberdade de expressão de seus membros e, igualmente, à prerrogativa constitucional da inviolabilidade, ou imunidade material, no intuito de proteger a honra coletiva daquele palco social.

220 “não há como relacionar ao desempenho da função legislativa (prática in officio), ou de atos praticados em razão do exercício de mandato parlamentar (prática propter officium), as palavras e opiniões meramente pessoais, sem relação com o debate democrático de fatos ou ideias e, portanto, sem vínculo com o exercício das funções cometidas a um Parlamentar.”

221 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

222 Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

1º – É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

O processo de responsabilização deverá ser desenvolvido mediante a ponderação dos princípios e das garantias constitucionais: liberdade de expressão, imunidades parlamentares, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Entende-se que atos de ofensa ao decoro parlamentar culminam na injusta ofensa à respeitabilidade institucional do Poder Legislativo. Funda-se, portanto, neste aspecto, a legitimidade ético-jurídica do procedimento constitucional disciplinar contra o parlamentar, o qual poderá acarretar, inclusive, a cassação do mandato, em ordem a excluir, da comunhão dos legisladores, membro que tenha se mostrado indigno do desempenho da honrosa função de representar o povo, de formular a legislação nacional e de fiscalizar e controlar as demais instâncias governamentais da federação.²²³

De todo modo, cabe desde já esclarecer que não é qualquer discurso ofensivo que pode vir a se enquadrar como discurso de ódio. Defende-se a análise precípua do elemento subjetivo da conduta, tal como é elencando pelos Princípios de Camden ora introduzidos²²⁴, no sentido de que o parlamentar ao proferir a seu discurso²²⁵ deve ter a intenção de ofender determinado grupo para que a sua conduta se enquadre em discurso de ódio.

5. O CÓDIGO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR

A apresentação do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados²²⁶ caracteriza a atividade parlamentar como responsável pela transformação dos anseios populares em ações políticas. A ausência dessa espécie representativa conduziria ou a uma organização social moldada por valores elitistas minoritários ou à completa desordem de multidões.

Propõe-se que a atuação do membro legislativo deve sempre gozar de credibilidade, uma vez que não há democracia sem representação, tampouco, representação sem credibilidade. Esta, a credibilidade, corresponde à tomada de iniciativa do parlamentar na busca do bem comum, evitando interesses privados e a exploração do cargo para usufruir de benesses.²²⁷

223 Nesse sentido se manifestou o Ministro Celso de Mello: “Cumpro insistir na asserção de que a prática de atos atentatórios ao decoro parlamentar, mais do que ferir a dignidade individual do próprio titular do mandato legislativo, projeta-se, de maneira altamente lesiva, contra a honorabilidade, a respeitabilidade, o prestígio e a integridade político-institucional do Parlamento, vulnerando, de modo extremamente grave, valores constitucionais que atribuem, ao Poder Legislativo, a sua indisputável e eminente condição de órgão da própria soberania nacional”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000003286&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

224 Vale também lembrar que é a regra na seara do Direito Penal.

225 Aqui emprega-se o termo discurso de forma ampla, ou seja, abarcando as diversas formas de manifestação humana, seja a escrita, a fala, as manifestações artísticas e, até mesmo, as omissões.

226 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. 2002. Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/arquivos/Codigo%20de%20Etica%20da%20CD.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2017.

227 *Ibidem*.

O Código de Ética representa importante instrumento jurídico, fonte normativa de efeitos internos, que legitima um novo influxo de diálogo parlamentar-cidadão, pautado na responsabilidade social e política de cada um dos membros daquela Casa. Elenca princípios éticos e regras precípua de conduta que devem ser o norte de atuação daqueles que exercem a honrosa função de deputado federal, entre elas a promoção da defesa do interesse público e da soberania nacional, além da conduta pautada na dignidade e no respeito à coisa pública, à vontade popular, com atenção à boa-fé e à probidade.²²⁸

O art. 4º do Código de Ética descreve os atos incompatíveis com o decoro parlamentar, *cujá punição é a perda do mandato*: abusar das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, § 1º), referindo-se, neste ponto, à imunidade material; perceber vantagem indevida, seja em proveito próprio ou alheio; celebrar acordo objetivando a posse de suplente, a partir de contraprestação financeira ou de prática contrária aos deveres éticos; fraudar o andamento dos trabalhos legislativos no intuito de alterar o resultado da deliberação e omitir informação relevante ou prestar informação falsa.

Já o art. 5º, descreve outros atos atentatórios ao decoro, cujas sanções são variadas, estando elencadas no art. 10: censura, verbal ou escrita; suspensão de prerrogativas regimentais; suspensão temporário do exercício do mandato e perda do mandato. Aplica-se cada penalidade de acordo com a natureza da infração combatida e a sua gravidade, bem como dos danos causadas à Câmara, as circunstâncias atenuantes e/ou agravantes e os antecedentes do representado.

6. ANÁLISE DE CASOS

O objetivo primordial deste capítulo consiste na análise alguns procedimentos disciplinares por quebra de decoro parlamentar, no que cinge à temática do “discurso de ódio”, com o objetivo de fomentar debates sob os movimentos *interna corporis* de responsabilização por atitudes e posicionamentos incoerentes com o exercício do mandato.

Outrossim, pretende-se, a partir da apreciação das manifestações e das justificativas dos votos no âmbito dos procedimentos administrativos, compreender e traçar conclusões acerca de como a temática do discurso de ódio tem sido tratado pelo Parlamento. Nada obstante, ao final, anseia-se propor medidas que possam vir a aperfeiçoar a condução dos trabalhos disciplinares, principalmente no que diz respeito a uma maior adequação entre o que é realizado pela tribuna, aquilo que a Ordem Constitucional prega e o que a sociedade espera e carece.

228 Art. 3º São deveres fundamentais do deputado:

I – promover a defesa do interesse público e da soberania nacional;

IV – exercer o mandato com dignidade e respeito à coisa pública e à vontade popular, agindo com boa-fé, zelo e probidade;

Desde o ano de 2011, 24²²⁹ procedimentos disciplinares foram instaurados. Entre estes, seis²³⁰ têm seu objeto abarcado, mesmo que tangencialmente, pela temática do discurso de ódio. Passa-se, portanto, à análise de alguns exemplares, a fim de desenvolver os objetivos ora propostos.

6.1 Processo disciplinar contra Jair Bolsonaro (REP nº 06/2001)

O Programa “CQC – Custe o Que Custar”, da TV Bandeirantes exibiu, no dia 2 de março de 2011, uma participação do deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ) no quadro *O povo quer saber*. Na referida apresentação, foram realizadas perguntas, previamente gravadas, as quais seriam posteriormente exibidas na tela de um computador para o entrevistado.

Entre os questionamentos, a cantora Preta Gil indagou: “Se o seu filho se apaixonasse por uma negra, o que você faria?”.

A resposta do deputado Jair Bolsonaro fora: “Ô Preta. Eu não vou discutir promiscuidade com quem quer eu seja. Eu não corro esse risco. E meus filhos foram muito bem educados e não viveram em um ambiente como lamentavelmente é o teu”.

Com base nos fatos narrados, o partido PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) promoveu representação por quebra de decoro parlamentar contra Jair Bolsonaro, ao argumento de que o deputado haveria associado a figura da mulher negra à promiscuidade, em patente ato de racismo.

Em que pese o partido ter legitimidade na propositura da representação, tudo indica que a linha de argumentação desenhada não se mostrou razoável. Ao discorrer acerca da imunidade parlamentar, afirmou-se que a pergunta feita ao deputado Jair Bolsonaro teria sido pessoal, pois a interlocutora utilizou a frase “Se o seu filho”. Consequentemente, a resposta do representado não poderia se encaixar como manifestação protegida pelo manto da imunidade parlamentar, pois, naquele momento, Jair Bolsonaro não respondia como membro do Legislativo. Obviamente, o deputado estava naquele programa em razão do cargo que exerce e a sua participação traria enorme audiência à emissora. Tornou-se figura pública por suas manifestações acaloradas e, muitas vezes, criticáveis, de modo que é tarefa quase árdua separar a sua figura política em relação à privada.

Em análise ao voto de Sérgio Brito (PSD-BA), relator do procedimento disciplinar, constatou-se manifestação favorável à peça inicial de representação, ao argumento de que estaria apta a prosseguir, pois trouxera fatos que, ao menos em tese, poderiam configurar abuso de prerrogativa da imunidade parlamentar, sendo, àquela época, recentes e não evi-

229 REP 7/2011; REP 1/2011; REP 6/2011; AM 6/2011; REP 12/2012; REP 17/2012; REP 22/2013; REP 20/2013; REP 26/2014; REP 25/2014; REP 3/2015; REP 5/2015; REP 1/2015; REP 4/2015; REP 9/2016; REP 12/2016; REP 10/2016; REP 8/2016; REP 11/2016; REP 7/2016; REP 14/2016; REP 9/2016 (dados obtidos por meio do Canal de Transparência da Câmara dos Deputados).

230 REP 06/2011; REP 2/2015; REP 3/2015; REP 7/2016; REP 8/2016; REP 11/2016.

dentemente atípicos. O relator, portanto, limitou-se a fazer análise preliminar da admissibilidade da representação, não entrando no mérito da discussão acerca de o deputado estar ou não protegido pela imunidade parlamentar.

Da análise das notas taquigráficas referentes à fase procedimental no âmbito do Conselho de Ética, houve posicionamentos favoráveis e contrários ao parecer elaborado por Sérgio Brito. De todo modo, o Conselho pronunciou-se pela inépcia/falta de justa causa da representação, em decisão terminativa. Conclui-se que a gravidade da perda do mandato seria, e muito, superior à gravidade da conduta do deputado. Deu-se a aniquilação do procedimento e, muito embora contra aquela decisão coubesse recurso ao Plenário, nenhum foi proposto.²³¹

Aferiu-se que determinadas manifestações, principalmente aquelas em defesa ao deputado processado, saltam aos olhos por sua incoerência jurídica, principiológica e sistêmica. Como neste curto texto não há espaço para a análise de todo o procedimento, reproduz-se a linha de raciocínio elencada pelo deputado Onyx Lorenzoni (DEM-RS), responsável pela redação do Relatório do Parecer Vencedor, pois aquele texto acaba por conglobar e resumir a argumentação sustentada pelos parlamentares que votaram contra a representação do PSOL.

De início, Lorenzoni parece ter se esquecido de realizar análise sistêmica da Constituição, elencando os dispositivos que lhe interessavam e não se manifestando acerca daqueles que lhe poderiam gerar alguma problemática em sua retórica em defesa do deputado Jair Bolsonaro.

Em certo momento de sua fala, conclamou o art. 53 da Constituição, o qual dispõe acerca da imunidade material dos parlamentares, dizendo que esta seria inviolável. Em seguida, discorreu sobre o dispositivo constitucional, o parágrafo primeiro daquele artigo, que prevê o STF como foro responsável pelo julgamento dos deputados e senadores, desde a expedição do diploma²³², caso venham a ser processados, inclusive, **civilmente** por quem se sinta prejudicado por suas palavras e ações, sugerindo que não lhes – Câmara dos Deputados – cabia analisar a responsabilidade de Jair Bolsonaro.

Em que pese todas as acusações feitas ao deputado Jair Bolsonaro, a conclusão do Parecer Vencedor foi a seguinte:

(...) muito embora o competente trabalho do ilustre Relator, Deputado Sérgio Brito, não há como acolher a Representação proposta em desfavor do Deputado Jair Bolsonaro, pois tal caminho significaria colocar o Regimento do Conselho

231 CONSELHO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR. Representação n. 6. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/pareceres/parecer-preliminar_rep-06_2011_jair-bolsonaro_relator-sergio-brito>. Acesso em: 10 nov. 2017.

232 Art. 53. § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

de Ética desta Casa Legislativa acima da Constituição da República que, em seu artigo 53, dispõe *literis* (...)

Ao que tudo indica, incorreu-se em equívocos. Inicialmente, o foro por prerrogativa de função restringe-se às ações de natureza penal, não civil, de modo que, caso alguém se sinta ofendido pelas palavras do parlamentar, deverá buscar a Justiça comum. Por conseguinte, uma vez estabelecido o foro, aí sim seria o momento de se discutir se haveria ou não interesse²³³ na propositura da demanda, haja vista a garantia da imunidade material, a qual, vale ressaltar, não é absoluta.²³⁴

É igualmente estarrecedor o fato de transferir toda uma responsabilidade ao Judiciário, sendo que a própria Constituição, em seu art. 55, § 1º,²³⁵ confere ao Parlamento a possibilidade de instauração de procedimento disciplinar, justamente pelo abuso de prerrogativa.

A Carta Magna conferiu ao Parlamento o nobre ofício de julgamento de seus membros. Retoma-se, todavia, que esta não é uma prerrogativa restrita ao Legislativo. O mesmo se observa, por exemplo, no Poder Judiciário, conforme dispõe a Loman:²³⁶

Art. 33 – São prerrogativas do magistrado:

IV – não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial;

Parágrafo único – Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Não bastasse isso, durante a tramitação no Conselho, Lorenzoni deixara transparecer a postura corporativista e de resguardo que permeia aquela Casa Representativa. Demonstra receio de que, ao votar favoravelmente à representação, abrir-se-á precedente perigoso, admitindo a possibilidade de penalizar-se um de seus membros com a perda de mandato, o

233 Aqui se entende interesse por um dos pressupostos da ação. Nesse sentido, o STF já se posicionou: A incidência da imunidade parlamentar material – por tornar inviável o ajuizamento da ação penal de conhecimento e da ação de indenização civil, ambas de índole principal – afeta a possibilidade jurídica de formulação e, até mesmo, de processamento do próprio pedido de explicações, em face da natureza meramente acessória de que se reveste tal providência de ordem cautelar. (...) Onde não couber a responsabilização penal e/ou civil do congressista por delitos contra a honra, porque amparado pela garantia constitucional da imunidade parlamentar material, aí também não se viabilizará a utilização, contra ele, da medida cautelar da interpeleção judicial. [AC 3.883 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 10-11-2015, 2ª T, DJE de 1º-2-2016.]

234 (...) talvez, no caso in concreto, o parlamentar ao proferir suas palavras estivesse protegido pelo manto da imunidade material. Vale ressaltar que há distinção entre o foro competente para julgar e o interesse na demanda em si.

235 Art. 55 § 1º – É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

236 BRASIL. Lei Complementar nº 35/1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 2 fev. 2018.

qual, em suas palavras, fora legitimamente conquistado nas urnas. Justifica-se, mais uma vez, que o mandato do parlamentar é uma das principais de repercussões da Soberania Popular.

Em que pese todo o posicionamento contrário, ressaltou, em uma tentativa de “limpar as mãos”, que não concorda com as manifestações do representado e, para finalizar, cita Voltaire, em uma frase de efeito: “Não concordo com uma palavra do que dizes, mas defenderei até o último instante o Direito de dizê-las”, como se ali estivessem debatendo acerca de uma conversa entre particulares e não sobre a fala de um deputado, representante do povo, de repercussão nacional.

Muito embora algumas críticas tenham sido direcionadas ao parecer e a algumas manifestações de Onyx Lorenzoni, obviamente não à sua pessoa,²³⁷ não se pode olvidar que ela trouxe aspectos, talvez negativos, tanto do modelo de tramitação dos procedimentos disciplinares quanto de algumas previsões legais do Código de Ética e Decoro Parlamentar, as quais merecem maiores considerações.

Defende-se aqui, *a priori*, que os parlamentares não podem deixar de punir um de seus colegas com receio de que um dia possam sofrer as mesmas penas. Basta, portanto, não incorrerem nos mesmos erros do agente punido. A sanção está ali para isso, ou seja, para ser implementada quando for necessário. Outrossim, vale rememorar que a punição disciplinar também tem caráter pedagógico, sendo importante instrumento que visa ao cessar de condutas indesejadas.

Não é demais relembrar que a existência do Código de Ética e do procedimento disciplinar interno tratam de previsão Constitucional, tendo a sua razão de ser na ideia de que foi o próprio Poder Constituinte Originário que conferiu aos parlamentares a prerrogativa de julgar seus pares, no que diz respeito às circunstâncias relacionados ao exercício do mandato.

Com o arquivamento, findou-se oportunidade valiosa de discutir aquela fala em maior profundidade e também de dar-lhe a reprimenda que fosse proporcional ao seu impacto não só social, mas também à imagem daquela Casa.

No que diz respeito às previsões do Código de Ética, de acordo com o art. 4º do referido diploma, o abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, § 1º), referindo-se, neste ponto, à imunidade parlamentar, será punível *apenas* com uma modalidade de sanção: a perda do mandato.

Dito isso, é fato que aquele procedimento disciplinar culminaria em arquivamento, ou o deputado Jair Bolsonaro perderia o seu mandato – caso não fosse acusado de outra con-

237 Até mesmo porque não pode se esperar, ao menos em tese, que um deputado tenha conhecimentos jurídicos tão aprofundados.

duta tipificada no Código que pudesse ensejar outra sanção. Não há meio-termo, dosagem, aplicação da sanção de acordo com o caso concreto, a menos não no que diz respeito à sanção imputável ao parlamentar que abusa de suas prerrogativas constitucionais, bem como de todas as outras condutas descritas no art. 4º.²³⁸

6.2 Processo disciplinar contra Jeans Wyllys (REP nº 11/2016)

No que diz respeito à representação contra o deputado Jean Wyllys (PSOL-RJ), muito embora o parlamentar não tenha sido acusado de ter proferido discurso de ódio, suas manifestações em redes sociais, gatilho do procedimento disciplinar, de certo modo, tangenciam a temática.

O Partido Social Cristão (PSC) deu início à representação após a publicação de Jean no Facebook:

Quando criticamos os discursos de ódio dos “bolsomitos” “malafaias” e “felicianos” e “euricos” e das “marisas lobo” e “ana paulas valadões” da vida e do legislativo contra gays, lésbicas e transexuais estamos pensando justamente no quanto o *discursos de ódios* proferidos por essas pessoas – agora em alta (...) – podem levar pessoas “de bem” a praticar atos de violência física- assassinatos e agressões físicas- contra membros da comunidade LGBT. Delírios homofóbicos reproduzidos por políticos e líderes religiosos mentirosos.²³⁹ (grifos da autora)

O membro do PSOL foi acusado de praticar as condutas descritas no art. 4º, I – abuso de prerrogativas constitucionais –, art. 5º, III – prática de ofensas físicas ou morais contra membros da Casa ou em seu recinto – e X²⁴⁰.

Interessante mostrou-se a defesa de Jean Wyllys, que afirmou em momento algum ter imputado o massacre àquelas pessoas, mas apenas fez um alerta para os efeitos de discursos ódio homofóbicos. Consoante o deputado, o pronunciamento não é só um direito parlamentar, mas um *dever* como representante de cidadãos e cidadãs que compartilham da dor e da indignação perante os “discursos de ódio” e suas consequências, as quais, no Brasil, são cada dia mais alarmantes.²⁴¹

238 Provavelmente, a lógica desta previsão deva residir no fato de que aquelas condutas são tão graves que sua reprimenda não poderia ser outra que não a perda do mandato.

239 FOLHA POLÍTICA. Conselho de Ética instaura processo contra Jeans Wyllys. Disponível em: <<http://www.folhapolitica.org/2016/08/conselho-de-etica-instaura-processo.html>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

240 Este inciso previa “deixar de observar intencionalmente os deveres fundamentais do Deputado, previstos no art. 3 deste código”. Atualmente revogado.

241 BRASIL. Câmara dos Deputados. Defesa Escrita de Jean Wyllys. 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1501034&filename=Tramitacao-REP+11/2016>. Acesso em: 20 nov. 2017.

Argumentou, inclusive, que estava protegido pela imunidade material, pois sua manifestação tem conteúdo eminentemente político, ao denunciar uma situação também de natureza política que produz gravíssimas consequências sociais e humanas. Neste aspecto, em que a imunidade material vai além das fronteiras do Parlamento, não se pode deixar de concordar com o posicionamento do deputado, tendo em vista a jurisprudência firmada do STF,²⁴² bem como as interpretações doutrinárias acerca das abrangências da referida imunidade.

Fato que chama a atenção, entretanto, é que o seu partido, o PSOL, havia promovido representação contra o Jair Bolsonaro, ao argumento de que não estaria protegido pela imunidade material ao dar uma resposta reprovável em um ambiente distinto do Parlamento. Esta incoerência de defesas promovidas pelo mesmo partido apenas demonstra que a disputa política acaba por falar mais alto do que as próprias questões materiais, morais e sociais colocadas em pauta, de modo que o posicionamento de um mesmo partido é vacilante, conforme os interesses de seus correligionários.

Retornando à defesa promovida por Jean Wyllys, o deputado, em conclusão, fez alusão à “jurisprudência” do Conselho, retomando as palavras do deputado Nelson Marchezan, relator do Processo nº 5/2015:

A intervenção punitiva deste conselho deve ser exercida com parcimônia, sob o risco de prejudicar o funcionamento das instituições democráticas, criando-se uma situação de temor de uso da palavra, justamente no Parlamento, que é a última trincheira do direito à Liberdade de Expressão.

Ao final, o procedimento disciplinar foi novamente arquivado. A mesma argumentação tecida no processo contra Jair Bolsonaro fora reproduzida pelo relator Júlio Delgado (PSB-MG) no Parecer Conclusivo:

Diante dessa análise perfunctória na esteira dos precedentes deste Conselho, não se deve admitir o prosseguimento deste processo disciplinar, sendo que o seu prosseguimento tem o condão de abrir perigoso precedente na obstaculização dos direitos necessários para o pleno cumprimento do mandato parlamentar.

A postura de resguardo daquela Casa mostrou-se mais uma vez evidente. Como se o procedimento disciplinar fosse apenas um fim em si mesmo, uma vez que o seu resultado já é sempre esperado: o arquivamento.

242 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2332 AGR – STF – Plenário. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20708>>. Acesso em: 20 nov. 2017. A exemplo, cita-se o julgado: “A cláusula de inviolabilidade constitucional, que impede a responsabilização penal e/ou civil do membro do Congresso Nacional, por suas palavras, opiniões e votos, também abrange, sob seu manto protetor, as entrevistas jornalísticas, a transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas e as declarações feitas aos meios de comunicação social, eis que tais manifestações – desde que vinculadas ao desempenho do mandato – qualificam-se como natural projeção do exercício das atividades parlamentares. [Inq 2.332 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 10-2-2011, P, DJE de 1º-3-2011.]”.

6.3 Processo disciplinar contra Alberto Fraga (REP nº 02/2015)

O Partido Comunista do Brasil (PCdoB) promoveu contra Alberto Fraga (DEM-DF) a Representação nº 02/2015, por atentado ao decoro parlamentar.

No decorrer da sessão do dia 6 de maio de 2015, o deputado teria se referido a Jandira Feghali (PCdoB-RJ) nos seguintes termos: “Senhor presidente, bate como homem, tem de apanhar como homem também?”. Depois, retornou e acrescentou: “Eu digo sempre que mulher que participa da política e bate como homem tem de apanhar como homem também”.

A acusação justificou-se argumentando que o deputado teria “assomado” a tribuna após proferir palavras incitando o ódio e a violência contra a mulher, caracterizando-se em episódio de enorme repercussão na mídia e nas redes sociais, comprometendo a imagem da Câmara dos Deputados.

As condutas foram amoldadas ao art. 4º, VI²⁴³, o qual fora revogado, muito embora apresentasse conceitos indeterminados cujos efeitos eram amplíssimos e cuja penalização seria a perda do mandato, e também ao art. 5º, III, que tipifica a conduta de praticar ofensas físicas ou morais contra outro membro do Parlamento ou nas dependências da Câmara e cuja penalização é a censura escrita²⁴⁴. Conclui-se, portanto, que a peça inicial do procedimento não enquadrava a conduta do deputado no dispositivo que trata da tipificação do abuso de prerrogativa constitucional. De todo modo, a antiga previsão do inciso VI do art. 4º poderia abarcar as mais diversas condutas, inclusive, o abuso da imunidade.

O Parecer Preliminar foi redigido pelo deputado Washington Reis (DEM-RJ). Manifestou-se pelo arquivamento da representação ao argumento de que Alberto Fraga teria se utilizado daquelas palavras, consideradas ofensivas, no sentido figurado, o que se comprova, inclusive, pelo próprio clima acalorado de debates que permeava o Parlamento no momento de sua fala.²⁴⁵

Da análise das notas taquigráficas que dizem respeito à tramitação do procedimento disciplinar, algumas falas merecem ser reproduzidas e apreciadas, muito embora o procedimento tenha culminado em arquivamento.

243 Art. 4º:

VI – Praticar irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos decorrentes, que afetem a dignidade da representação popular.

244 Art. 5º:

III – Praticar ofensas físicas ou morais nas dependências da Câmara ou desacatar, por atos ou palavras, outro parlamentar, a Mesa ou Comissão ou os respectivos Presidentes;

245 BRASIL. Câmara dos Deputados. Processo nº 02/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F78846A015BBA4B78D80C09188031295.proposicoesWebExterno1?codteor=1420596&filename=Tramitacao-REP+2/2015>. Acesso em: 10 out. 207.

(...) acompanham a exordial, mostra-se patente que o Representado utilizou as palavras tidas como ofensivas de forma figurada, e não literal, como fez crer o Representante. Isso porque, na ocasião, estava ocorrendo um debate acalorado em Plenário, o que levou a um desentendimento entre a Deputada Jandira (...).

Luciana Santos (PCdoB-PE) manifestou a sua indignação em relação ao posicionamento de outros colegas, os quais haviam descrito a fala de Alberto Fraga apenas como mal-educada. Na sua concepção, aquela manifestação merecia a devida reparação, pois se tratava de aparição acintosa e inaceitável, ainda mais pelo fato de o Brasil ocupar entre a sexta e a décima posição no ranking internacional de países que mais cometem violência contra a mulher. Aquela Casa, portanto, teria o dever de primar pela conduta ética e pela boa educação. Conclamou que o deputado cometera violência contra a deputada Jandira e merecia ser punido por tal conduta.²⁴⁶

Acredito que a deputada encontra razão quando afirma que aquela situação teria trazido importante tema a debate, a violência contra a mulher no Brasil, o qual merece maiores enfoques pela tribuna. Não bastasse isso, ao propor a advertência pública para a conduta do deputado, põe à mesa uma modalidade distinta de retaliação, que talvez pudesse surtir efeitos positivos, como evitar a reiteração de determinados comportamentos. De todo modo, infelizmente, o Código de Ética não prevê a sanção de advertência.

Contudo, quando se afirma que Alberto Fraga cometera violência contra Jandira, a opinião da autora é de que a deputada não encontra razão, haja vista todas as provas e os fatos trazidos à baila ao longo daquela tramitação.

Não bastasse isso, notou-se que a fala de Luciana estava carregada de certo partidarismo, como se buscasse levantar a bandeira da bancada feminina, utilizando o procedimento disciplinar como instrumento, defendendo, “com unhas e dentes”, a punição do deputado, como se este fosse um “bode expiatório”.²⁴⁷

Sob outra perspectiva, interessante se mostrou a manifestação do deputado Sandro Alex (PSD-PR), o qual retoma a importância da análise do elemento subjetivo da conduta – a intenção da fala – em momento anterior à aferição da sanção, consoante propugnado no início deste artigo:

E eu questioneei o Deputado Fraga sobre se ele poderia fazer um pedido de desculpas aos brasileiros que interpretaram a sua afirmação de uma forma que não a sua *intenção*. E ele, me disse, Presidente, que não haveria problema nenhum nisso, que ele o faria, porque ele não teve a *intenção* de proferir uma palavra que significasse violência, e sim força no debate político. Sendo assim, ele poderia, no momento adequado, em plenário, relatar que a sua *intenção* era o debate e, se alguém tiver interpretado isso como ato violento, ele pede desculpas, porque não teria sido a sua *intenção*. (grifos da autora)²⁴⁸

246 “Sr. Deputado, sinto muito. Será que era preciso ter havido um tapa para poder se comprovar que não há aqui um sentido figurado no que diz respeito à violência contra a mulher? (...) basta o que já assistimos de incitação à violência! Isso vir de um membro desta Casa merece, de nossa parte, no mínimo, Sr. Presidente, uma advertência pública.”

247 “Estão aqui as Deputadas Alice Portugal e Jô Moraes, que estavam lá e testemunharam o acontecido. A maior bancada feminina do Congresso Nacional é a do Partido Comunista do Brasil.”

248 Disponível nas notas taquigráficas.

Já o deputado Zé Geraldo (PT-PA) manifestou-se contrariamente à cassação ou outra punição mais rígida, conquanto destacou o fato de que aquele tipo de conduta não poderia restar impune, uma vez que surtiria efeitos negativos no Parlamento. Outrossim, fez o alerta de que imunidade parlamentar não é garantia absoluta e também que outras modalidades de retaliação deveriam ser implementadas como via alternativa.

Acho que aqui não se trata de um fato como esse levar um parlamentar a ter uma cassação, uma punição ou uma sanção mais rígida. Mas, também, se nós formos passando a mão na cabeça e deixando as coisas irem acontecendo, isso se torna um mau exemplo. E, sinceramente, há situações em que nós já deveríamos, neste Conselho de Ética, ter feito uma intervenção.

Então, na medida em que um partido vem a Este Conselho e nos aciona... E é uma Deputada exemplar, uma Deputada cujo trabalho e o comportamento tenho acompanhado na Câmara e é no campo da disputa política, de forma elegante. Nós percebemos muitos debates ali de forma bastante deselegante, mesmo que nós sejamos amparados pelo... Mas eu penso que nós precisaríamos pensar em algum tipo de sanção por meio da qual começemos a não concordar com algumas alterações que acontecem.

Léo de Brito (PT-AC) em retomada ao raciocínio de Zé Geraldo, disse que a reiteração de condutas inaceitáveis se deve à ausência de posicionamento mais firme daquela Casa, dando enfoque, mesmo que não fosse a sua intenção, à faceta pedagógica da sanção, a qual muitas vezes fica esquecida. Além disso, ressalta outro aspecto importante daquele debate, o fato de Alberto Fraga ter se referido à condição de mulher para tentar rebaixar a posição da parlamentar, conduta que tem se reiterado por diversas vezes, infelizmente, naquele recinto.²⁴⁹

Em que pese tudo o que foi dito e proposto ao longo dos acalorados e extensos debates do processo disciplinar, o procedimento culminou no arquivamento. Na ausência de qualquer criatividade argumentativa, o “manto” da imunidade material foi empregado novamente, sem que ao menos houvesse uma adequação daquele fundamento ao caso concreto.

Outros argumentos bem mais arraigados, razoáveis, provas materiais foram propostos em defesa do representando. Contudo, optou-se “pela a via mais fácil”, a de entonação da imunidade material, como se ela fosse um escudo protetor em favor de qualquer deputado que proferir toda e qualquer manifestação ofensiva.

249 “Eu considero que essa situação não é das piores que já vimos. Mas o que nós temos que levar em consideração, obviamente, de maneira muito proporcional e justa é exatamente o fato de que, primeiro, eu tenho visto reiteradamente vários Parlamentares fazendo menção específica às Parlamentares aqui dentro da Casa, referindo-se à condição da mulher para tentar rebaixar a sua posição como Parlamentar. Dizer: ‘Mulher que bate como homem’: Não havia a necessidade de fazer isso. E, com certeza, a intenção nesse caso foi exatamente a de tentar rebaixar ou de tentar colocar a condicao da mulher naquela situacao. Entao, eu acredito que esta casa não pode, em hipotese alguma, por mais que sejam situacoes que tenham as mais variadas gradacoes, compactuar com esse tipo de atitude, senão nós vamos começar... É aquela história: ‘Onde passa um boi, passa uma boiada’.”

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise dos procedimentos internos objeto deste trabalho, conclui-se que não houve, em nenhum deles, manifestação que se enquadre na categoria do discurso de ódio. Obviamente, como se demonstrou no capítulo antecedente, algumas representações acabam por descrever a conduta do representado como prática de “discurso de ódio”, muito embora isso não signifique que aquela fala/manifestação se amolde a tal categoria de discurso, conforme os parâmetros objetivos traçados no primeiro capítulo, como, por exemplo, a *intenção* de atingir certo *grupo*, rebaixando-o, denegrindo-o.

Sob perspectiva diversa, em relação ao procedimento judicial contra o Deputado Marco Feliciano, ao qual se fez menção no capítulo introdutório deste artigo, não se averiguou instauração de procedimento administrativo disciplinar com objeto semelhante ao da ação penal ajuizada. É defensável, entretanto, que caso o deputado tivesse sido processado administrativamente, por quebra de decoro parlamentar jungida ao abuso de prerrogativas constitucionais, tendo em vista a fala de caráter manifestamente homofóbico e facilmente “enquadrável” à categoria de discurso de ódio, posto que preenche todos os requisitos objetivos ora elencados, principalmente a *intenção* de denegrir determinado grupo, poderia ter sido sancionado com a perda do mandato.

Não se pode olvidar, todavia, que algumas das manifestações, alvo dos procedimentos administrativos em comento, expressam sentimento de desprezo e de diminuição em relação ao interlocutor e, mais do que isso, acabam por agredir, mesmo que de modo reflexo, a um determinado grupo. Tais condutas, por conseguinte, igualmente não estão em consonância com aquilo que se espera da postura de um parlamentar atento aos seus deveres não só institucionais expressos no Código de Ética e também na Constituição da República, mas também sociais.

Especificamente no procedimento contra Alberto Fraga, por mais que se tenha concluído que não houve *intenção* do deputado, consoante o Parecer Final e as conclusões formais e materiais desenvolvidas ao longo da tramitação, ele acabou por ofender a sua colega *justamente* no que toca à condição feminina dela. Mesmo que de forma indireta e não intencional, posicionou a figura da mulher em patamar inferior ao do homem.

Em que pese, nada foi feito em relação aos impactos daquela fala no ambiente externo ao Parlamento, ou seja, em relação à apreciação social daquela aparição. Não houve uma reprovação sequer da conduta, por mais que alguns parlamentares tenham se manifestado favoravelmente a tal reprimenda ao longo do procedimento disciplinar.

Outrossim, além das críticas de cunho jurídico, principiológico e sistêmico que já foram postas ao longo do último capítulo, no decorrer da exposição da fala de alguns parlamentares, faz-se a ressalva de que tem de haver maior amadurecimento daquele palco

institucional no que diz respeito à formação de “precedentes administrativos” consolidados, em oposição à argumentação de cunho meramente político e interessado.

Outro aspecto interessante que merece ser melhor controvertido é o posicionamento do Parlamento, em perspectiva *externa corporis*, aos procedimentos de quebra de decoro parlamentar. Como ficou claro nas palavras do deputado Zé Geraldo (PT-PA), não se trata de simplesmente punir ou não punir o representado, mas sim de encontrar a resposta do Parlamento à sociedade para amenizar os impactos negativos da fala. Por óbvio, a punição não pode e não deve ser o único contragolpe a essa problemática.

O art. 10, § 2º,²⁵⁰ do Código de Ética, que prevê a possibilidade de o Conselho concluir pela procedência total ou parcial da representação, bem como aplicar pena distinta daquela originalmente indicada, conforme a natureza do caso e dos fatos apurados no procedimento, só foi inserida no âmbito do Código no ano de 2011, com Promulgação da Resolução nº 02/2011²⁵¹. Somente dez anos após a criação do Código de Ética da Câmara dos Deputados alguma alteração normativa fora implementada. Desde aquela época, o diploma não havia sofrido ajuste que pudesse aumentar o poder de atuação do Conselho. Consequentemente, eventuais representações que chegassem ao Colegiado acabavam por pedir a pena máxima, a perda de mandato, mesmo em situações nas quais o ato cometido não tivesse gravidade correspondente.²⁵²

De todo modo, uma das grandes problemáticas constatadas consiste na limitação normativa das sanções aplicáveis às condutas descritas no art. 4º daquele Código, entre elas, o abuso das prerrogativas constitucionais, notadamente a imunidade material conferida pela Carta Magna. Ou seja, por mais que haja autonomia do Conselho para enquadrar a conduta do deputado em tipificação diversa daquela proposta na representação, caso se conclua que deva se amoldar a algum dos incisos do art. 4º, a única punição cabível será a perda do mandato. As demais modalidades de sanção aplicam-se somente às condutas descritas no art. 5º.

Isso quer dizer que, se o deputado proferir ofensa física ou moral, por atos ou palavras, nas dependências da Casa ou contra outro membro dela (art. 5º, III), poderá ser

250 O art. 10, § 2º, autoriza o Conselho a concluir pela procedência total ou parcial da representação que apreciar, ou por sua improcedência, admitindo-se, nos dois primeiros casos, tanto aplicação da pena originalmente indicada na representação quanto a cominação de pena mais grave ou também mais leve, conforme a natureza e a gravidade da conduta, com base nos fatos efetivamente apurados no processo.

251 BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 02, de 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/arquivos/novo-codigo-de-etica-da-camara-dos-deputados>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

252 BRASIL. Câmara dos Deputados. Novo Código de Ética – O que entra em vigor com as novas regras do Conselho. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/arquivo-morto/novo-codigo-de-etica-o-que-passa-a-entrar-em-vigor-com-as-novas-regras-do-conselho>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

punido com censura escrita (art. 12); mas, caso abuse das prerrogativas constitucionais (art. 4º, I), poderá ser punido apenas com a perda de mandato. Perceba que, na primeira conduta descrita, o deputado também abusa de suas prerrogativas constitucionais, pois está emitindo palavras/gestos de ofensa moral que não se encontram protegidos pela imunidade, uma vez que há expressa previsão de penalização em reprimenda àquela. É visível o expressivo vácuo entre as sanções aplicadas em cada uma das duas situações, muito embora as condutas sejam semelhantes.

Ao que tudo indica, o legislador, ao elaborar o art. 4º, elencou condutas tão graves que a sua ocorrência só poderia ter uma resposta: a perda do mandato. Um exemplo de conduta gravíssima, conforme já foi manifestado anteriormente, seria o discurso de ódio nos moldes objetivos traçados.

Ocorre que uma série de outras condutas, tais como a do deputado Jair Bolsonaro, não seriam enquadráveis naquele dispositivo, justamente pelo fato de a gravidade da sanção não ser proporcional à gravidade da manifestação, ou por não haver a *intenção* de ofender, ou por tratar-se de ofensa *indireta* a um grupo, distintamente do que se entende por discurso de ódio.

Com essa limitação normativa, não há muito o que ser feito, ao menos administrativamente, em relação à responsabilização por manifestações que eclodem de modo negativo. Talvez se fossem inseridas outras penalizações, como de advertências, “pedidos de desculpas”, repúdio público com destaque na Imprensa Oficial e, concomitantemente, fosse aberto o leque de sanções aplicáveis às condutas descritas no art. 4º, haveria reprimendas mais proporcionais aos agravos.

Os atos de ofensa ao decoro parlamentar culminam na injusta ofensa à respeitabilidade institucional do Poder Legislativo. Este detém não só o direito e a legitimidade ético-jurídica de instaurar medida disciplinar contra o parlamentar, conforme previsto constitucionalmente, mas o dever de reprimir e até mesmo excluir da comunhão dos legisladores, se necessário, membro que tenha se mostrado indigno do desempenho da honrosa função de representar o povo.

A Câmara dos Deputados, instituição representativa do povo, já tem legitimidade constitucional para tanto. Basta, agora, aceitar e assumir esta responsabilidade, dando os contornos e limites à liberdade de expressão de seus membros e, igualmente, à prerrogativa constitucional da inviolabilidade, ou imunidade material, de forma a proteger a honra coletiva daquele palco social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. As imunidades parlamentares na Constituição Brasileira de 1988. **Anuário Português de Direito Constitucional**, Coimbra, v. 3, 2003.

ARTIGO 19. **A organização**. Disponível em: <<http://artigo19.org/a-organizacao/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. **Princípios de Camden sobre liberdade de expressão e igualdade**. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4b5827292>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Conselho de Ética**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/pareceres/parecer-preliminar_rep-06_2011_jair-bolsonaro_relator-sergio-brito>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. **Resolução nº 02, de 2011**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/arquivos/novo-codigo-de-etica-da-camara-dos-deputados>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Novo Código de Ética – O que entra em vigor com as novas regras do Conselho**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/arquivo-morto/novo-codigo-de-etica-o-que-passa-a-entrar-em-vigor-com-as-novas-regras-do-conselho>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Processo nº 02/2015**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F78846A015BBA4B78D80C09188031295.proposicoesWebExterno1?codteor=1420596&filename=Tramitacao-REP+2/2015>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Defesa escrita de Jean Wyllys**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1501034&filename=Tramitacao-REP+11/2016>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 35/1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 2 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.642.310 DF**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Medias/arquivos/Noticias/REsp%201642310.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3.590 – STF – Plenário**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 2332 AGR – STF – Plenário**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20708>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Mandado de Segurança 24458 STF**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000003286&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. **AgR 5.714 – STF – Plenário**. Relator Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14203323>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 134.682 BA – STF**. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309784231&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus** 134.682 BA – STF – Primeira Turma. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Denúncia Inquérito 3.932** DF– STF – Plenário. Relator Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição 5243** DF– STF – Plenário. Relator Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627488>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. Imunidades parlamentares e abusos de direitos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 49, n. 195, jul./set. 2012.

DIAZ, Alvaro Paul. La Penalización de la incitación al odio a la luz da jurisprudencia comparada. **Revista Chilena de Derecho**, v. 3, n. 2, p. 503-609, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PRIBERAM. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/proselitismo>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

GOMES, Eneias Xavier. **Da crítica de Hans Kelsen às imunidades parlamentares**. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1132>>. Acesso em: 1º dez. 2017.

FOLHA POLÍTICA. **Conselho de Ética instaura processo contra Jean Wyllys**. Disponível em: <<http://www.folhapolitica.org/2016/08/conselho-de-etica-instaura-processo.html>>. Acesso em: 4 de jan. 2018.

HORTA, Raul Machado. **Imunidades parlamentares**. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/942/880>>. Acesso em: 1º dez. 2017.

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

PORTAL JOTA. **STF Tranca Ação Penal de Padre Autor de Livro Anti-Espiritismo**. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/stf-tranca-acao-penal-de-padre-autor-de-livro-anti-espiritismo-29112016>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

STF OU TSE, QUEM DIZ O QUE DIZER?

Lucas Tavares Mourão²⁵³

Temos que acabar com esse negócio de aparecer gente estranha, acabar de aparecer jornais e revistas nos programas eleitorais. (Min. Dias Toffoli)

RESUMO:

No artigo que ora se desenvolve é feita uma análise comparativa de como o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral lidam com a proteção e os limites da liberdade de expressão nos casos que lhes são submetidos. Aponta-se que o STF tem a postura tradicional de conferir a esse princípio posição privilegiada no rol dos direitos resguardados, encontrando óbice apenas quando esbarra com a proteção da dignidade humana, fundamento do qual é decorrente. Por outro lado, o TSE, mesmo contando com três Ministros do Supremo, inaugurou nas últimas eleições gerais um posicionamento conflitante com o órgão detentor da palavra final sobre a Constituição, sustentando a restrição das manifestações políticas e eleitorais a partir de uma acepção valorativa do que deveria ser uma “boa propaganda”. Aponta-se, oportunamente, como a virada jurisprudencial em Brasília começou a influenciar as decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais, o que mostra o perigo do novo entendimento frente à livre manifestação política. Conclui-se que as decisões paradigmáticas do TSE em 2014 são viciadas pela inconstitucionalidade, pois violam o princípio fundamental da liberdade de expressão, além de significarem uma atuação indevida como legislador positivo no momento em que determina novas vedações à propaganda político-eleitoral.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina aponta que no cenário político atual, em que Legislativo e Executivo se mostram insuficientes para regulamentar as questões de demanda social, o Judiciário

253 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático, em parceria com a Universidade de Coimbra (Portugal). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado. E-mail: lucastmourao@gmail.com.

ficou encarregado de suprir a lacuna deixada. Fala-se em neoconstitucionalismo, pautado pela judicialização da política, tendo como efeito essa tomada de competências pelos magistrados na garantia dos direitos que a população demanda mas os representantes não conseguem atender.

Essa realidade desponta na Justiça Eleitoral, reconhecidamente o ramo do Poder Judiciário com o mais amplo espectro de competências em sua atuação. Para além das funções judicante e administrativa, seus papéis normativo e consultivo dão azo a constantes críticas a partir do momento em que interferem na legislação eleitoral. No entanto, o exercício jurisdicional tem se tornado problemático a partir do momento em que assume feições de legislador positivo durante a análise de casos concretos, em especial porque o terreno do Direito Eleitoral é pouco firme, sendo alvo de alterações e reinterpretações a cada nova eleição.

Um dos assuntos com maior frequência de alteração nas normas eleitorais é a regulamentação da propaganda eleitoral, muito em decorrência da incapacidade da lei em se adequar de forma perene aos novos recursos midiáticos diuturnamente desenvolvidos. Em razão disso, observa-se o Legislativo e o Judiciário esmiuçarem-se em empreitadas anuais para a regularização desse assunto em especial. O grande problema reside em quando a restrição à manifestação política (em propaganda ou não) atinge patamares deveras restritivos, descambando para a restrição da liberdade de expressão.

Se, por um lado, o Supremo Tribunal Federal (STF) garante a proteção à liberdade de expressão enquanto direito fundamental merecedor de especial proteção, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) adotou, a partir de 2014, uma interpretação que censura a manifestação política em situações nas quais o STF não entende cabíveis como exceção à primazia daquele princípio tão caro à democracia. Conforme será apontado, as restrições ancoram-se em fundamentos pífios de moralidade pública a partir de uma visão míope de direitos políticos como direitos essencialmente sociais. Não fosse o bastante, as limitações impostas pelo entendimento do TSE são frutos de sua função judicante, quer dizer, a partir da análise de casos concretos, o tribunal trouxe novas restrições ao direito fundamental da liberdade de expressão, assumindo feições de legislador positivo ao somar o entendimento de alguns ministros às limitações legalmente existentes.

Com as decisões de 2014, o TSE abriu precedentes para que os tribunais regionais exercessem um controle restritivo cada vez mais forte sobre as propagandas eleitorais, pautados pela ideia de moralidade pública. Já no pleito de 2016, constatou-se que a visão paternalista dos magistrados interferia no pleito de maneira contrária à ideia de eleições e propaganda eleitoral como manifestações democráticas. Fica, portanto, acesa a luz vermelha, indicando o perigo de a interferência indevida do Judiciário cercear o exercício democrático com base na acepção valorativa de alguns magistrados do que seria uma boa propaganda.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais mais preciosos no ordenamento jurídico brasileiro e um dos mais tutelados desde o fim da ditadura militar. Sua defesa é inata à democracia, sendo nesse sistema de governo que encontra seu campo de expansão. Já dizia José Afonso da Silva²⁵⁴ que é com o avanço do processo de democratização que o indivíduo conquista mais liberdade, libertando-se dos obstáculos que o constroem.

Sua previsão constitucional é destacada no art. 5º, incisos IV e XIV, bem como no art. 220²⁵⁵, formando um “sistema constitucional da liberdade de expressão”, doutrinariamente dividido no tripé liberdade de expressão *strictu sensu*, liberdade de informação e liberdade de imprensa²⁵⁶, relacionados com cada um dos dispositivos mencionados. Em linhas gerais, o primeiro ramo comportaria o direito de difundir os próprios pensamentos, o segundo corresponderia ao direito de transmissão e comunicação de fatos, e o último equivaleria ao direito de todos os meios de comunicação social a exteriorizarem suas ideias e manifestações.

Para além da proteção normativa interna, a liberdade de expressão é também respaldada pela legislação internacional encampada pelo Brasil, que confere a ela posição de destaque. Aline Osório²⁵⁷ traz os destaques além-fronteiras, dos quais cumpre mencionar a Declaração Universal de Direitos do Homem, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, que assim prelecionam:

Declaração Universal de Direitos do Homem

Artigo 19º

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

ARTIGO 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer

254 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 234.

255 Art. 5º, IV: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 5º, XIV: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

256 OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e liberdade de expressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 44.

257 Ibidem, p. 48.

natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Convenção Americana de Direitos Humanos

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religiosa que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Vê-se que o ordenamento adotado pelo Brasil é bastante rigoroso quanto à preservação desse direito fundamental. De forma diversa não haveria de ser, pois, como acima mencionado, sua defesa está diretamente relacionada à construção de um sistema democrático de governo. Daí Osório²⁵⁸ apontar que sejam fundamentos da liberdade de expressão a realização da democracia, a busca da verdade e a garantia da dignidade humana.

258 OSÓRIO, op. cit., p. 53.

Em diversos julgados do STF, fica evidente a posição de destaque dada à liberdade de expressão, como no julgamento da ADI nº 4.815²⁵⁹, em que foram declarados inconstitucionais os preceitos do Código Civil que traziam a necessidade de autorização para publicação de biografias. O seguinte excerto retirado do julgamento ilustra bem a posição do Pretório Excelso:

A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

Em outros dois julgados históricos, também se verificou a preferência concedida pelo STF à liberdade de expressão. É o caso da ADPF nº 130²⁶⁰, que declarou a incompatibilidade da Lei de Imprensa com a ordem constitucional vigente e o julgamento da ADPF nº 187²⁶¹, sobre a marcha da maconha. Na primeira situação, extrai-se a simples, mas marcante, fala do decano, Min. Celso de Mello, ao dizer que “nada mais nocivo e perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão e pensamento”. Já no tocante à liberação da marcha da maconha, é a fala do Min. Roberto Barroso que suscita clamor, ao ponderar que a liberdade de expressão merece proteção qualificada, por possuir uma dimensão de peso *prima facie* maior.

Especial proteção é conferida à liberdade de expressão quando o outro lado é protagonizado por figura pública, pois parte-se da premissa que as críticas e informações que lhe são dirigidas são de interesse público, merecendo maior tutela. Para o STF, os homens públicos estão submetidos à exposição de sua vida e de sua personalidade, devendo tolerar e conviver com críticas que para a pessoa comum poderiam ser uma afronta à honra²⁶². A aplicabilidade prática desse entendimento pôde ser constatada quando o jornalista Paulo Henrique dos Santos Amorim escreveu uma matéria em seu blog contra o banqueiro Daniel Dantas. Alegando ofensa à honra, Dantas acionou Amorim junto à justiça do Rio de Janeiro, culminando na condenação do jornalista a pagar indenização de duzentos mil reais ao banqueiro. Apresentada a Reclamação nº 15.243 junto ao STF²⁶³, o relator Min. Celso de Mello rememorou a Declaração de Chapultepec na defesa de uma imprensa livre como condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade. O Ministro abordou a especificidade de um caso que trata de pessoas públicas e julgou procedente a reclamação de Paulo Amorim, da qual se extraem os seguintes excertos:

259 STF, ADI nº 4.815, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10.06.2015.

260 STF, ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30.04.2009.

261 STF, ADPF nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.06.2011.

262 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 361.

263 STF, REC nº 15.243, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.06.2015.

Ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse coletivo e decorra da prática legítima de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220).

Não se pode desconhecer que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. (...)

É importante acentuar, bem por isso, que não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicular opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender.

Sabe-se, contudo, que nenhum direito é absoluto, tampouco o é a liberdade de expressão que, mesmo sendo um dos maiores marcos da democracia moderna, encontra limites em casos concretos apreciados pelo Judiciário. Nos dizeres de Fernandes²⁶⁴, há uma limitação axiológica da liberdade de expressão por outros direitos e garantias fundamentais, tais quais a vida, a integridade física e a liberdade de locomoção. Há primazia da liberdade de expressão quando não entra em colisão com outros direitos fundamentais e valores constitucionalmente estabelecidos²⁶⁵. Esse entendimento ficou claro no Recurso Extraordinário nº 898.450/SP²⁶⁶, que versou sobre a inconstitucionalidade de eliminação de candidato a concurso público por ter tatuagens. A decisão proferida entendeu ser direito fundamental do indivíduo que se candidata preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo e não cabendo ao Estado desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão. No entanto, foi feita uma exceção às tatuagens que exteriorizem valores ofensivos à dignidade humana, ao desempenho da função pública pretendida, às que incitem a violência, profiram ameaças reais ou representem obscenidades.

Vê-se aí uma aproximação com a doutrina norte-americana, que barra a veiculação de mensagens capazes de provocar reações violentas, palavras belicosas (*fighting words*), ou mesmo o discurso de ódio²⁶⁷. Não há que se confundir, contudo, com uma limitação da

264 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 283.

265 MENDES; BRANCO, op. cit., p. 392.

266 STF, RE nº 898.450, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.08.2016.

267 FERNANDES, op. cit., p. 285.

liberdade por meio da censura, tida como ação governamental prévia à mensagem. O que se observa, na prática, é o exercício de ponderação na ocorrência de colisão de direitos fundamentais, que decorre tanto do conflito entre direitos fundamentais (sentido estrito), quanto entre direitos fundamentais e princípios de proteção da comunidade (sentido amplo)²⁶⁸.

O que a doutrina e jurisprudência entendem, como ficou assente no julgamento do RE 898.450/SP, é que em eventual juízo de ponderação da liberdade de expressão, assumem peculiar relevo os valores vinculados à dignidade humana²⁶⁹. Doutro modo não haveria de ser, afinal, como Mendes e Branco²⁷⁰ enfatizam, liberdade e igualdade são elementos essenciais atrelados ao conceito de dignidade humana e têm a ver com a busca do indivíduo por sua autorrealização em um ambiente democrático. Pode-se dizer que a busca e a manifestação dos direitos de liberdade (de manifestação) e igualdade são elementos que moldam a plenipotencialidade do indivíduo na construção subjetiva de sua dignidade dentro do ambiente social democrático. Ademais, eventual embate entre esses princípios configura uma colisão, em sentido estrito, entre dois direitos fundamentais individuais.

A posição da doutrina pátria e do STF quanto à restrição da liberdade de expressão no momento em que esbarra com os corolários da dignidade humana (e sua expressão na inviolabilidade da pessoa humana, no respeito à integridade física e moral e na inviolabilidade do direito de imagem e intimidade) encontra amparo na doutrina internacional sobre liberdade de expressão e dignidade, dando-se relevo aqui à obra de Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*²⁷¹.

Ao longo de seu livro, Waldron encabeça uma linha de pensamento contrária à doutrina norte-americana sobre liberdade de expressão. O autor, tomando por base legislações de países como Nova Zelândia, Canadá e Alemanha, defende a restrição normativa de expressões que possam configurar discurso de ódio, nos moldes definidos pelas leis locais. Decerto que a conceituação do discurso de ódio é deveras fluida, a depender de como são consideradas variáveis tais como a necessidade de ocorrer incitação à violência, a individualização ou generalização da ofensa e se a vítima é parte de um grupo socialmente minoritário. No entanto, um ponto em comum dentre os autores que se debruçam sobre o tema e que fundamenta a restrição à liberdade de expressão, na linha capitaneada por Waldron, é a afronta à dignidade humana, por ele entendida como o direito básico de uma pessoa de ser vista como um membro da sociedade com boa reputação, alguém que pelo simples fato de ser parte de um grupo minoritário não seja desqualificado da interação

268 MENDES; BRANCO, op. cit., p. 343.

269 Ibidem, p. 348.

270 Ibidem, p. 390.

271 WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University, 2012.

social²⁷². Observa-se uma aproximação com a ideia que Barroso²⁷³ tem da dignidade humana, que para ele identifica o valor intrínseco de todos os seres humanos, bem como a autonomia de cada indivíduo.

Não se pretende discutir aqui a definição e os alcances do discurso de ódio. Apenas se pretende demonstrar que a doutrina estrangeira, ao interpretar o discurso de ódio como um excesso da liberdade de expressão, o limita com base na defesa da dignidade. E, da mesma forma como defendido por Mendes e Branco, Waldron²⁷⁴ também elenca que a liberdade de expressão é um aspecto da dignidade. Destarte, é coerente que o direito fundamental em análise encontre seu limite no próprio fundamento republicano do qual se desdobra. Esse entendimento foi também mantido na decisão que declarou inconstitucional a exigência de diploma para o exercício do jornalismo²⁷⁵, consignando o Pretório Excelso que:

As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral.

Ao se falar em direito à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral, como no excerto acima, está-se fazendo menção aos desdobramentos do princípio da dignidade humana, daí a condição de limite à liberdade de expressão. Cumpre mencionar que Mendes e Branco²⁷⁶ debulham um pouco mais as restrições à liberdade de expressão, apontando como fundamentos para tanto: (a) a verdade, (b) a honra e a sensibilidade e (c) a família e a dignidade. Apesar da separação sugerida pelos autores, os três elementos são desdobramentos do princípio da dignidade humana, vez que há uma confluência de sentidos entre a honra/sensibilidade de terceiros e o respeito aos valores da família e da dignidade. Todos dizem respeito ao aspecto subjetivo de como a vítima do abuso do exercício da liberdade de expressão se vê no seio social. Mesmo a verdade enquanto limite à liberdade de expressão é atrelada à dignidade, pois que a divulgação de informação falsa ocasiona uma falha na formação de opinião do indivíduo, em contraste com a função social da liberdade de informação de sintonizar a pessoa com o mundo que a rodeia, para que possa desenvolver sua personalidade perante a comunidade da qual faz parte.

272 *Ibidem*, p. 105.

No original: Dignity, on the other hand, is precisely what hate speech laws are designed to protect—not dignity in the sense of any particular level of honor or esteem (or self-esteem), but dignity in the sense of a person's basic entitlement to be regarded as a member of society in good standing, as someone whose membership of a minority group does not disqualify him or her from ordinary social interaction.

273 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 72.

274 WALDRON, *op. cit.*, p. 139.

275 STF, RE nº 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2009.

276 MENDES; BRANCO, *op. cit.*, 402-405.

Fica claro, pelo exposto até este ponto, que a doutrina pátria e a jurisprudência do STF encampam a liberdade de expressão como valor a ser tutelado com primazia, assim como preceituam os diversos instrumentos jurídicos internacionais que também o fazem. Contudo, assim como entende a doutrina estrangeira, a liberdade é diretamente atrelada à dignidade da pessoa humana, a ela não podendo se sobrepor. Portanto, em caso de colisão entre os dois direitos fundamentais é o último que deve prevalecer. O mesmo não se verifica em outras situações de conflito entre direitos e liberdade de expressão, como os votos dos ministros do STF apontam.

3. PROPAGANDA ELEITORAL E DISCURSO POLÍTICO SOB O AMPARO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No tópico anterior, apontou-se como a doutrina e a jurisprudência atual do STF valorizam o princípio constitucional da liberdade de expressão em relação aos demais direitos no ordenamento pátrio. Apenas quando em colisão com a dignidade humana é que o Supremo entende ser justificada a restrição à liberdade, e isso porque esta é diretamente atrelada àquela. Não é, contudo, uma regra, já que o caso concreto pode trazer exceções, como na situação em que está envolvida uma figura pública, como ficou consignado no exemplo da Reclamação nº 15.243. Sejam quais forem as peculiaridades do caso, trata-se de exercício de ponderação em sentido estrito, quer dizer, de sopesamento entre dois direitos fundamentais de mesma envergadura.

Considerando a lógica de que a proteção da liberdade de expressão é compatível com a democracia, estando proporcionalmente imbricada com sua evolução, era de se esperar que a atividade política e o processo eleitoral *latu sensu*, expressões máximas da democracia republicana, fossem especialmente amparados por esse direito fundamental. Afinal, é no discurso político e na propaganda eleitoral que as ideias são publicamente debatidas, que os pontos são refutados e que a verdade é alcançada. A própria Constituição, ao estabelecer o regime de imunidade material aos parlamentares, reforçou a liberdade que têm para expressar suas palavras e opiniões²⁷⁷. Do contrário, a representatividade inata à democracia restaria fatalmente comprometida.

José Jairo Gomes²⁷⁸ ensina que propaganda eleitoral é aquela “elaborada por partidos políticos e candidatos com a finalidade de captar votos do eleitorado para investidura em cargo público-eletivo”. Destaca ainda que a propaganda se caracteriza por levar a conhecimento público os motivos pelos quais o candidato deveria vencer o pleito. É, portanto, instrumento por meio do qual o candidato a cargo político traz à coletividade sua

²⁷⁷ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

²⁷⁸ GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 574.

plataforma, suscitando reações, debates e críticas. Idealmente, a exposição de suas ideias deve ser o mais transparente e verossímil possível com suas crenças, aptidões e intenções. Somente assim o eleitorado terá condições de apreciar as ideias daquele que poderá vir a representá-los, garantindo que a oposição apresente suas ideias e tenha condições de se tornar situação, concretizando a alternância de poder essencial à democracia.

Para a doutrina especializada, o exercício da propaganda eleitoral é um direito que decorre da liberdade de expressão; portanto, só poderia sofrer restrição de direitos como a igualdade, a intimidade, a honra e a imagem²⁷⁹⁻²⁸⁰, quer dizer, elementos relacionados à proteção da dignidade. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar nesse sentido no Recurso Especial nº 29.639/RJ²⁸¹, que assim trouxe:

Posto seja livre a manifestação do pensamento – mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, até para a formação da convicção do eleitorado –, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra rédeas tão robustas e profícuas para a consolidação do Estado Democrático de Direito quanto o direito à livre manifestação do pensamento: trata-se dos direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.

Mostra-se coerente a expectativa de que a propaganda eleitoral, como decorrente da liberdade de expressão, seja desimpedida de ser exercida nos moldes já estipulados pela legislação própria (Código Eleitoral e Lei das Eleições, em especial). No máximo, devem-se observar os limites tradicionalmente aceitos pela jurisprudência, na ocasião de haver colisão com a dignidade humana.

Por certo que não é apenas o período de disputa eleitoral que merece especial atenção quanto à liberdade de exposição das ideias. A atividade política como um todo, em especial os discursos que a permeiam, deve ser terreno prioritário à livre manifestação, seja ela propositiva ou crítica. Osório²⁸² aponta com precisão que se a democracia denota representação política e ampla participação no debate público, a liberdade de expressão deve proteger as diversas manifestações, sendo que mesmo fora do período eleitoral a livre comunicação de informações e ideias deve ser garantida na esfera pública para que os representantes possam exercer suas funções e tomar as decisões necessárias, bem como para que a sociedade possa fiscalizar seus representantes e discutir temas de interesse público, e para que a opinião pública possa chegar às instâncias de representação,

279 SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 2010. 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 260.

280 AGLANTZAKIS, Luciana Costa. O poder de polícia do magistrado na propaganda eleitoral e uma releitura da Súmula 18 do Tribunal Superior Eleitoral. *Revista Jurídica TRE-TO*, v. 4, n. 1, jan./jul. 2010, p. 11.

281 STJ, REsp nº 29.639/ RJ, 4ª Turma, Rel.Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.03.2009.

282 OSÓRIO, op. cit., p. 81.

influenciando a tomada de decisões e prevenindo eventuais abusos de poder. Em verdade, a especial proteção à manifestação política liga-se ao autogoverno democrático²⁸³, pois traz a atuação política aos olhos da comunidade, de forma que restringir a manifestação seria afastar a política do cidadão comum, criando um obstáculo ao exercício da cidadania nos processos de deliberação e controle da gestão pública.

A proteção do discurso que se liga ao autogoverno democrático é, inclusive, matéria tutelada por dispositivos internacionais. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, elaborou o “Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão”. Nesse documento foram elencadas as categorias de discurso que apresentam nível reforçado de proteção, sobre as quais haveria uma margem reduzida de restrições. A primeira categoria de discursos protegidos é a do discurso político e assuntos de interesse público, cujo texto traz valiosos ensinamentos a seguir transcritos.

33. O funcionamento da democracia exige o maior nível possível de discussão pública sobre as atividades da sociedade e do Estado em todos os seus aspectos, isto é, sobre os assuntos de interesse público. Em um sistema democrático e pluralista, as ações e omissões do Estado e dos seus funcionários devem estar sujeitas a um escrutínio rigoroso, não só pelos órgãos internos de controle, mas também pela imprensa e a opinião pública. A gestão pública e os assuntos de interesse comum devem ser objeto de controle pela sociedade em seu conjunto. O controle democrático da gestão pública, por meio da opinião pública, fomenta a transparência das atividades do Estado e a responsabilidade dos funcionários públicos sobre suas ações, e é um meio de alcançar o máximo nível de participação cidadã. Decorre disso que o adequado desenvolvimento da democracia requer uma circulação maior de notícias, opiniões e ideias sobre assuntos de interesse público.

34. Neste mesmo sentido, a jurisprudência interamericana definiu a liberdade de expressão como “o direito do indivíduo e de toda a comunidade a participar de debates ativos, firmes e desafiantes em relação a todos os aspectos vinculados ao funcionamento normal e harmônico da sociedade”; enfatizou que a liberdade de expressão é uma das formas mais eficazes de denúncia da corrupção; e ressaltou que no debate sobre assuntos de interesse público, deve-se proteger tanto a emissão de expressões inofensivas e bem recebidas pela opinião pública quanto as que chocam, irritam ou inquietam os funcionários públicos, os candidatos a cargos públicos, ou qualquer setor da população.

35. Como consequência, as expressões, informações e opiniões relacionadas a assuntos de interesse público, ao Estado e às suas instituições gozam de maior proteção sob a Convenção Americana, o que implica que o Estado deve se abster com maior rigor de estabelecer restrições a essas formas de expressão, e que as entidades e funcionários que fazem parte do Estado, bem como aqueles que aspiram a ocupar cargos públicos, em razão da natureza pública das funções que cumprem, devem ter uma margem maior de tolerância perante a crítica. Em

283 OSÓRIO, op. cit., p. 108.

uma sociedade democrática, dada a importância do controle da gestão pública por meio da opinião, há uma margem reduzida a qualquer restrição do debate político ou de questões de interesse público.

A interpretação da liberdade de expressão no discurso político não deve ficar acanhada apenas à manifestação daqueles que detêm ou pretendem assumir um cargo político. A manifestação política da sociedade como um todo deve ser amparada. Assim entendeu o STF ao julgar a ADI nº 4.451²⁸⁴, apelidada “ADI do Humor”²⁸⁵, na qual os ministros entenderam que o acesso às manifestações humorísticas é componente da cidadania por permitir o acesso a questões de interesse público. E em especial no cenário político, o humor voltado contra candidatos e autoridades ganha mais importância para a realização democrática.

Acompanhando uma visão humanista da liberdade de expressão como corolário da dignidade humana, reforçada no primeiro tópico deste artigo, o argumento democrático da liberdade de expressão no ambiente político-eleitoral enaltece sua defesa para o bom funcionamento da democracia, partindo da ideia de que o “autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder”, nas palavras de Mendes e Branco²⁸⁶.

Tem-se, portanto, que a proteção ao discurso político, seja no período eleitoral ou fora dele, encontra fundamento por duas vertentes. Do ponto de vista do indivíduo, liga-se à manifestação de suas potencialidades, à construção de sua identidade subjetiva, seu posicionamento e reconhecimento frente à sociedade enquanto indivíduo que a integra em condições de igualdade perante os demais; é a liberdade de manifestação enquanto construção de sua própria dignidade. Mas o discurso político tem também reflexo nos valores da comunidade, enquanto elemento que se vincula à democracia em duplo aspecto: é por ela garantido, no momento em que o princípio democrático garante a pluralidade de ideias, e ao mesmo tempo assegura o aperfeiçoamento da democracia, pois traz à sociedade o debate dos assuntos de interesse geral, garantindo a participação e o controle de todos os indivíduos na vida política, o que permite a consecução do autogoverno em uma democracia representativa.

Pelo menos em teoria, observa-se que o discurso político e a propaganda eleitoral carecem de maior proteção quanto a seu alcance. Mostrou-se que os ganhos sociais com essa medida condizem com os valores perfilhados por uma sociedade que se diz democrática. Decerto a análise do caso concreto poderá apontar restrições à liberdade de manifestação política, mas, em um primeiro momento, seriam aquelas já consolidadas, quer dizer, os limites à propaganda eleitoral já positivados na legislação específica e

284 STF, ADI nº 4.451, Rel. Min. Ayres Britto, j. 26.08.2010.

285 OSÓRIO, op. cit., p. 276.

286 MENDES; BRANCO, op. cit., p. 391.

o entendimento jurisprudencial que confere primazia aos elementos que compõem a dignidade humana²⁸⁷.

No entanto, como se pretende apontar no tópico seguinte, a realidade tem seguido outros rumos. O TSE tem se valido de fundamentos morais e desprovidos de base normativa para restringir a manifestação política e eleitoral para além dos motivos entendidos cabíveis pela doutrina e pelo STF. A atuação jurisprudencial do órgão eleitoral máximo é uma afronta ao princípio da liberdade de expressão na dupla acepção que resguarda o discurso político-eleitoral, razão pela qual se arrisca dizer que as restrições por ele impostas são maculadas do vício de inconstitucionalidade.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES DO TSE À PROPAGANDA ELEITORAL E AO DISCURSO POLÍTICO

Dos componentes do Poder Judiciário brasileiro, a Justiça Eleitoral destaca-se por ser uma espécie de quimera quanto às suas atribuições. Diferentemente dos outros ramos deste Poder, ela acumula, além da função jurisdicional, as funções administrativa, consultiva e normativa. Muitas são as críticas direcionadas às três últimas atuações, mas a função judicante, que é seu carro-chefe, será aqui o objeto de atenção especial em razão do ativismo que a tem norteado. Diz-se ativismo na versão censurável delineada por Barroso²⁸⁸, que consiste na participação mais ampla e intensa do Judiciário, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, muitas vezes ocupando os espaços vazios deixados por eles.

A análise a ser feita neste tópico partirá de dois julgados paradigmáticos concernentes à eleição presidencial de 2014, as Representações nº 38.029²⁸⁹ e nº 165.865²⁹⁰, apreciadas pelo TSE. Em ambos os casos, o tribunal deu uma guinada em seu entendimento acerca das restrições sobre discurso político e liberdade de expressão em período eleitoral. Como em 2016 as eleições foram municipais, o TSE não teve a oportunidade de apreciar casuística sob as mesmas condições; espera-se que com as eleições de 2018 haja uma retomada dos assuntos tratados e mudança no entendimento do tribunal, em especial após as alterações advindas com a minirreforma de 2015 (Lei nº 13.165). Não obstante, foi feita uma pesquisa incipiente nos bancos de dados de alguns Tribunais Regionais Eleitorais a partir

287 GOMES, op. cit., p. 655.

Gomes enaltece o papel das restrições legais à propaganda eleitoral, defendendo que – desde que sejam as previstas em lei – não chegam a violar os direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento e de informação, já que se ligam aos também constitucionais princípios de igualdade, normalidade e legitimidade da eleição.

288 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 9.

289 TSE, RP nº 38.029, Rel. Min. Tarcísio Vieira, j. 07.08.2014.

290 TSE, RP nº 165.865, Rel. Min. Admar Gonzaga, j. 16.10.2014.

da expressão-chave “horário eleitoral gratuito”, constatando-se, em situações similares nos pleitos municipais, o alinhamento à nova orientação jurisprudencial de Brasília. Alguns exemplos serão tratados adiante, após a exposição do novo entendimento do TSE.

A RP nº 38.029 foi apresentada pelo PSDB em razão de, em maio de 2014 (antes do registro das candidaturas), o Senador Edison Lobão Filho, então aliado da presidenta Dilma Rousseff, ter discursado em evento da maçonaria no interior do Maranhão, dizendo que o presidenciável Aécio Neves acabaria com o programa Bolsa Família. O partido tucano apresentou a representação por propaganda antecipada de caráter negativo, sustentando ainda tratar-se de notícia que se sabia inverídica.

Em decisão monocrática, o relator Min. Tarcísio Vieira entendeu que não ficou configurada a propaganda antecipada, mas discurso político sobre programa de governo, em ambiente restrito. Baseou-se em jurisprudência consolidada no TSE de que críticas que não ultrapassam o espectro de incidência de questões de interesse público comunitário não caracterizariam propaganda eleitoral antecipada negativa. Ou seja, o voto do relator coadunava com o entendimento de que a liberdade de expressão deve ser especialmente tutelada na atividade política como elemento garantidor da realização democrática.

No entanto, o voto vencedor foi o do Min. Gilmar Mendes, reforçado pelos argumentos do então Presidente, Min. Dias Toffoli. Sustentando argumentos moralistas sobre a liberdade de expressão no seio político, o entendimento que se sagrou vencedor levantou argumentos como “Preocupa-me muito a propagação de boatos; principalmente, durante o período eleitoral (...). Temos de evitar esse tipo de propaganda negativa. Penso que não faz bem à política valer-se de soco abaixo da cintura”. Argumentou-se também que a liberdade de expressão política poderia significar a “desequiparação de armas entre parlamentares detentores de imunidade e outras pessoas que seriam atingidas e não teriam como responder a isso”. Contudo, parecem ter se esquecido de que o presidenciável Aécio Neves, suposta “vítima” da propaganda negativa, era senador também blindado pela imunidade parlamentar, não havendo que se falar em quebra da isonomia.

Por sua vez, a RP nº 165.865 foi proposta pelo candidato Aécio Neves em virtude de propaganda eleitoral da oposição a poucos dias do segundo turno das eleições, a qual trazia a ex-presidente do sindicato de jornalistas mineiros dizendo que Aécio, quando Governador de Minas, controlava a mídia estatal. O pedido foi feito para suspender o trecho da propaganda, sustentando tratar-se de uma “inverdade escancarada”.

O voto do relator, Min. Admar Gonzaga, embora tenha sido vencido, encontrava guarida no entendimento consolidado do tribunal, sustentando que a crítica política é necessária ao debate eleitoral e ao processo democrático representativo. Pelo tanto, a resposta deveria ser dada no próprio espaço de propaganda, que é o meio adequado

para críticas e manifestações políticas, não cabendo à Justiça Eleitoral fixar parâmetros subjetivos que restringissem a propaganda. Ademais, sustentou o relator que o fato relatado não era sabidamente inverídico, como requerido para legitimar a atuação pretoriana; pelo tanto, não haveria fundamentos legais para suspender a propaganda.

Inobstante as considerações levantadas pelo Min. Admar Gonzaga, novamente prevaleceu o entendimento encabeçado pelos Min. Gilmar Mendes e Dias Toffoli, inaugurando jurisprudência que extrapola os limites legais à liberdade de propaganda em horário eleitoral gratuito.

O voto vencedor revela uma postura profundamente ativista por parte do TSE, levantando preocupações já na consideração do Min. Dias Toffoli de que eles deveriam repensar o formato do horário eleitoral gratuito, ao que o Min. Luiz Fux acrescentou que o minimalismo deveria dar lugar ao maximalismo judicial naquele caso. Ou seja, formou-se uma “corte de sábios” (sequer completa, dado que a votação foi acirrada, sendo quatro votos a favor e três contrários) para reestruturar a dinâmica política em matéria de propaganda eleitoral. Ao fim, ficou consignado pelo livre alvitre dos julgadores que a propaganda gratuita, por ser financiada por dinheiro público, não deveria conter “ataques de baixo nível”. Ao contrário, era imperativo que as propagandas apresentassem caráter propositivo e que não trouxessem pessoas alheias ao pleito para figurar nos programas publicitários.

Cumpram apontar que a Lei das Eleições, em seus art. 51, IV, e 53, § 1º e 2º, já veda propaganda eleitoral gratuita que possa degradar ou ridicularizar candidatos ou que seja ofensiva à honra, à moral e aos bons costumes. Também o Código Eleitoral traz em seu art. 243 a proibição de propaganda de guerra, de processos violentos, de preconceito, de incitamento de atentado, de instigação à desobediência e que contenha injúria, calúnia ou difamação. Trata-se de um rol já consolidado de restrições à liberdade de expressão no pleito, mas que foi firmado via deliberação legislativa para preservar bens jurídicos de suma importância, como a segurança nacional e a dignidade, e segue o entendimento tradicional de limites à liberdade de expressão.

Quando o TSE usa de sua função judicante para exigir que a propaganda em horário gratuito seja de “alto nível” (embora não explique o que isso signifique) e traga apenas conteúdo propositivo, assume para si a função de legislador moral, extrapolando suas competências e condenando a manifestação política a uma esfera de hipocrisia, como se não houvesse críticas e pontos negativos a serem ressaltados nos adversários. Sem a necessária carga crítica e negativa sobre as plataformas oponentes, a manifestação democrática restará seriamente comprometida, nos moldes do que foi apresentado no tópico anterior, afetando não apenas os candidatos em disputa, mas toda a coletividade que espera o resultado do pleito.

Osório²⁹¹ tece dura crítica no sentido de que a vedação à propaganda negativa é uma postura paternalista e autoritária, pois suprime o conflito inerente à atividade política da democracia e pressupõe que os cidadãos não teriam capacidade de analisar as propagandas negativas e punir os abusos por meio do voto. Segundo a autora²⁹², a propaganda negativa contribui para aumentar a qualidade da discussão e do processo de seleção dos candidatos por quatro motivos: estimula o debate público; é crucial para combater a demagogia das propagandas; atrai mais a atenção do eleitorado; e favorece o controle social e a responsabilização dos representantes pelo resultado das ações tomadas durante o mandato.

Inobstante às críticas pertinentes ao entendimento esposado pelo TSE, a nova jurisprudência já começou a influenciar as decisões dos tribunais regionais no pleito municipal de 2016. Uma análise inicial nos mecanismos de busca de jurisprudência a partir do termo “horário eleitoral gratuito” indicou elementos preocupantes que merecem atenção.

No Rio Grande do Sul, o tribunal local concedeu direito de resposta no Recurso Eleitoral nº 5.679²⁹³ a candidata que, por ser membro de partido com notório envolvimento nos esquemas investigados, teve seu nome associado à Operação Lava-Jato no horário eleitoral gratuito. No caso em questão, impugnou-se fala propagada no rádio com o seguinte conteúdo: “O maior debate na nossa cidade é: quem tem capacidade para administrar Canoas? Beth Colombo Biazus? Ou Luiz Carlos Busato? Aqui desse lado, Busato, eu sei que tu não é investigado na Lava-Jato!”.

O relator, vencido no julgamento, seguiu entendimento doutrinário e jurisprudencial de que para se conceder o direito de resposta se deve comprovar a falsidade incontroversa das afirmações e a ofensa perpetrada, ressaltando que a crítica inerente ao debate público deve ser recebida com maior amplitude enquanto livre manifestação no debate eleitoral. Do voto do relator, extrai-se ²⁹⁴:

E, no caso, também não verifico violação ao que dispõe o art. 58 da Lei das Eleições.

Quando é feita a assertiva de que do lado de Busato não há investigado pela Lava-Jato, não se pode perceber ou inferir que esteja sendo feita a afirmação de que Beth Colombo é investigada também nessa operação.

Há uma exaltação apenas da figura de Busato, podendo se deduzir que a referência poderia ser relacionada com o fato de que o candidato a vice-prefeito da chapa de Beth Colombo, Mario Cardoso, é filiado ao PT e porque a própria Beth Colombo foi efetivamente vice-prefeita nas duas administrações de Jairo Jorge, também vinculado à sigla petista e um grande expoente da agremiação.

291 OSÓRIO, op. cit., p. 231.

292 OSÓRIO, op. cit., p. 229.

293 TRE-RS, RE nº 5.679, Rel. Jamil Andraus Hanna Bannura, j. 16.09.2016.

294 TRE-RS, RE nº 5.679, p. 8.

Por isso, não vejo como vinculação, quiçá degradação da candidata, capaz de configurar conteúdo de caráter difamatório a ensejar direito de resposta.

O relator ainda ressaltou em seu voto que, por se tratar de horário eleitoral gratuito, o ofendido deve responder em seu programa, sendo o direito de resposta reservado para casos graves, quando a propaganda transborda os limites do mero questionamento político e atinge o insulto pessoal. Seu entendimento, contudo, não foi acompanhado por seus pares.

O tribunal considerou que a acusação não foi genérica. Fazendo uma interpretação para além da literalidade da mensagem propagada, o voto condutor²⁹⁵ entendeu que se dizia com todas as palavras que Beth Colombo seria investigada pela Lava-Jato, e que se a intenção fosse dizer apenas que o candidato Busato não estaria sendo investigado, dispensaria a referência expressa ao nome da adversária. Segundo o voto condutor, a referência feita é quase um sinônimo de culpabilidade, configurando acusação difamatória.

A crítica feita é que, como se sabe, a Operação Lava-Jato deflagrou o maior esquema de corrupção já visto no Brasil, trazendo à tona a outra face de políticos tradicionais. É desejável e necessário que as informações a ela atinentes, bem como de partidos e candidatos envolvidos, sejam divulgadas com transparência, inclusive para possibilitar a análise crítica pela população acerca de seus representantes. Quando o tribunal concede o direito de resposta em um caso como esse, está desestimulando a propagação de críticas, elemento essencial à formação de opinião e ao fomento dos debates, principalmente por se tratar de tema de relevante interesse à população em eventual debate político.

Em Tocantins, o TRE concedeu direito de resposta no RE nº 51.275²⁹⁶ a candidato que foi vítima de acusações por fato sabidamente inverídico no horário eleitoral gratuito. O trecho contestado dizia que o prefeito da situação havia criado o estacionamento pago, mas era notório que seu antecessor o fizera. Quanto a esse ponto em específico, foi deferida a representação de direito de resposta.

No entanto, um dos fundamentos da decisão foi que nos programas eleitorais gratuitos as campanhas devem ser programáticas e propositivas, visando ao esclarecimento do eleitor quanto a temas de interesse público, partindo da decisão do TSE na RP nº 165.865. O voto proferido exaltava que os candidatos devem “se vestir de uma capa moral e ética”, não cabendo aos juízes “tergiversar com o sagrado direito de informações verídicas”.

Como já oportunamente apontado, essa exigência jurisprudencial é uma postura não apenas paternalista, mas autoritária por impedir a livre expressão de ideias e críticas essenciais ao debate democrático.

295 TRE-RS, RE nº 5.679, p. 9.

296 TRE-TO, RE nº 51.275, Rel. Jacqueline Adorno de la Cruz Barbosa, j. 12.09.2016.

Menciona-se ainda o Mandado de Segurança nº 27.116²⁹⁷, julgado pelo tribunal do Rio de Janeiro, que vedou a contratação de atores profissionais para participar de propaganda eleitoral gratuita. Argumentando que a propaganda eleitoral está adstrita ao princípio da legalidade, entendeu-se que o termo “apoiador” no art. 54 da Lei 9.504²⁹⁸ se refere a outro político, ou a alguém com relevância política e/ou ideológica. O voto condutor, seguido por unanimidade, seguiu a tese de que a participação de atores profissionais violaria o objetivo de redução dos custos de campanha, preconizado na minirreforma eleitoral de 2015, bem como violaria a igualdade entre os candidatos.

Duas considerações de outros desembargadores merecem ainda menção. A Des.^a Jacqueline Montenegro, de um lado, apontou que não há problemas em pessoas notórias figurarem em propagandas, como já o fez Chico Buarque; o problema estaria em se fazer encenação. Pergunta-se: qual seria exatamente o problema, ou onde estaria positivada essa vedação? Doutra lado, o Des. Leonardo Grandmasson sublinhou que a reforma de 2015 retirou a proibição de participação de pessoas em propaganda mediante remuneração. Faz ressalva, contudo, de que um artista contratado não poderia se enquadrar no termo “apoiador”. Anota-se que essa vedação não se encontra positivada, é elemento inserido meramente pela vontade pretoriana. Uma vez que há limitação de gastos para a propaganda, é coerente que o dinheiro seja destinado à forma de publicidade que mais convenha ao candidato, desde que não atentatória aos limites legalmente estabelecidos.

A vedação estipulada pelo TRE-RJ trata-se de interpretação extremamente restritiva do dispositivo acerca da propaganda eleitoral, decorrência direta do voto do Min. Dias Toffoli na RP nº 165.865, quando escancarou que deveriam (os magistrados) acabar com a possibilidade de pessoas estranhas ao pleito aparecerem nos programas eleitorais. A partir do momento em que a jurisprudência impõe uma limitação não constante em lei, fica evidente a podagem da livre manifestação política.

Percebe-se a alta carga moralizadora da Justiça Eleitoral que, ao fazer um juízo de valor sobre o que considera ideal para a sociedade, criou uma realidade de “caça às bruxas” contra os candidatos. Pereira²⁹⁹ fez uma oportuna comparação com uma das correntes do Direito Penal ao dizer que os tempos são de “Direito Eleitoral Máximo”, no qual o candidato é visto como inimigo contra o qual se devem armar barricadas e flexibilizar direitos. No

297 TRE-RJ, MS nº 27.116, Rel. Herbert de Souza Cohn, j. 26.10.2016.

298 Art. 54. Nos programas e inserções de rádio e televisão destinados à propaganda eleitoral gratuita de cada partido ou coligação só poderão aparecer, em gravações internas e externas, observado o disposto no § 2º, candidatos, caracteres com propostas, fotos, jingles, clipes com música ou vinhetas, inclusive de passagem, com indicação do número do candidato ou do partido, bem como seus apoiadores, inclusive os candidatos de que trata o § 1º do art. 53-A, que poderão dispor de até 25% (vinte e cinco por cento) do tempo de cada programa ou inserção, sendo vedadas montagens, trucagens, computação gráfica, desenhos animados e efeitos especiais.

299 PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito Eleitoral contra o inimigo. Em Debate, Belo Horizonte, v. 5, n. 4, p. 26-30, out. 2013.

mesmo sentido aponta a tese de Salgado³⁰⁰, ao assinalar que o Direito Eleitoral se constrói sobre a presunção de má-fé dos concorrentes ao cargo político em prol da garantia do princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral. Osório³⁰¹ também invoca a atenção a esse ponto, concluindo que a ideia de paridade de armas entre candidatos e partidos tem assumido um peso desproporcional em relação à liberdade de expressão, sendo que esse menosprezo à livre manifestação é uma das medidas mais drásticas durante o pleito, pois exclui do debate público a circulação de ideias e informações.

A defesa jurisprudencial da moralidade em detrimento da livre manifestação político-eleitoral é decorrência do que Gresta e Santos³⁰² apontam como “aprisionamento semântico dos direitos políticos” como direitos da sociedade por parte dos tribunais. Apontam as autoras haver um entendimento ainda predominante de compartimentação dos direitos humanos (entre eles, os políticos) nas chamadas gerações de direito. No entanto, essa colocação é simplista e insuficiente para dar conta da totalidade da cidadania, diretamente atrelada aos direitos humanos.

Oliveira³⁰³ defende que a ideia de gerações de direito interdependentes e categorizadas mascara a relação de cooriginalidade e equiprimordialidade entre autonomia pública e privada. Em uma sociedade mundial, complexa e pluralista, essa compartimentação coloca em risco o caráter universal dos direitos humanos, sendo manifestamente desagregadora. Segundo o autor defende em sua obra³⁰⁴, a distinção entre direitos individuais, coletivos, sociais e difusos deve ser feita do ponto vista do processo argumentativo e reflexivo de aplicação das normas que os consagram. Quer dizer, não se trata de apresentar argumentos pragmáticos para justificar a extensão de uma norma, mas de averiguar sua adequabilidade a um caso concreto, livre de predeterminações materiais que conferem prioridade de um ponto de vista normativo sobre outro.

Na esteira do que apresenta o autor, uma visão privilegiada e excessivamente concreta do que seja vida, liberdade, igualdade, segurança, trabalho ou mesmo dignidade humana é uma afronta à sociedade democrática. Fundamenta seu argumento com o exemplo da liberdade de expressão, que, a depender do caso concreto, pode ser direito individual, coletivo, social, ou difuso³⁰⁵.

300 SALGADO, op. cit., p. 252.

301 OSÓRIO, op. cit., p. 144.

302 GRESTA, Roberta Maia; SANTOS, Polianna Pereira dos. Direitos políticos como direitos da sociedade: crítica ao aprisionamento semântico dos direitos políticos. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTANO, Ana Claudia (Orgs.). Conexões eleitoralistas. Belo Horizonte: Abradep, 2016. p. 201-216. ISBN 978-85-93139-01-7. Disponível em: <<http://bit.ly/2ebb6kY>>. Acesso em 27 abr. 2018.

303 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 142.

304 Ibidem, p. 146-148.

305 Ibidem, p. 148.

O autor exemplifica as diversas visões sobre a liberdade de expressão conforme o caso concreto: “Daí se poder protegê-lo quando se tolhe ou se ameaça tolher a palavra de alguém; ou a participação de uma associação

No caso dos direitos políticos, explicam Gresta e Santos, eles não aparecem de forma isolada, mas ligados a outros direitos, não se exaurindo no âmbito das relações privadas, mas projetando-se para a esfera social política, ou seja, trespassando a mera separação em gerações nos moldes defendidos por Oliveira.

Pelo que explicam, a não adequação dos direitos políticos à separação estanque dos direitos fundamentais em gerações ocorre pois eles reclamam uma avaliação que considere a diversidade e a complexidade dos interesses revelados no exercício das liberdades coletivas. Conforme apontam³⁰⁶, não há como dissociar a atuação política do indivíduo de sua autonomia, havendo uma coincidência entre as gerações de direito que se voltam à individualidade e à comunidade:

Embora os direitos políticos sejam identificados por enunciados que os distinguem da liberdade individual, esta frequentemente integra seu núcleo, onde aparece acompanhada de um qualificativo político. Nesse sentido, a liberdade de consciência subjaz ao direito de voto e à iniciativa popular das leis. Em suma, se a autonomia individual se encontra na base de toda a ação que impele o indivíduo para a participação política, no momento do exercício dos direitos políticos, sua dimensão de liberdade individual torna-se indissociável do caráter *pro societatis* que sua categoria dogmática lhe atribui.

Pode-se dizer que a interpretação dos tribunais acerca dos direitos políticos é incompleta, pois ao projetar a dicotomia público/privado sobre a matéria eleitoral equipara a proteção dos direitos políticos à concretização da moralidade pública, em prejuízo do exercício de liberdades públicas pelos indivíduos. Considerando apenas o âmbito coletivo dos direitos políticos, ignora-se a matriz de liberdade e autonomia individual que lhes confere suporte. Pela concepção tradicional, os direitos políticos não se destinariam ao benefício de seus próprios titulares, mas, sim, à realização de metas em favor da sociedade como um todo; de outro, os direitos individuais traduziriam interesses egoísticos próprios aos negócios privados, devendo ser mantidos à distância da cena política, a fim de não enviesarem o processo de concretização do bem comum³⁰⁷.

O resultado é a avaliação meramente *pro societate* dos direitos políticos, assentada na defesa de uma moralidade pública contraposta à liberdade dos cidadãos, o que explica o enfoque unidimensional dado à propaganda eleitoral, impondo a mitigação das liberdades públicas em favor de uma ideia de lisura eleitoral. Contudo, os direitos políticos devem ser apreciados como uma expressão complexa da liberdade individual e da liberdade coletiva.

representativa de uma coletividade; ou quando se afirma que a educação é pressuposto do ter o que dizer; ou quando se discute o impacto na comunidade da violência ou da pornografia na televisão ou na internet; ou ainda a existência ou não de monopólio dos meios de comunicação”.

306 GRESTA; SANTOS, op. cit., p. 206.

307 GRESTA; SANTOS, op. cit., p. 208.

Como resultado do aprisionamento semântico, nos moldes criticados acima, o que se tem é uma orientação jurisprudencial contrária à Constituição no que pertine à liberdade de expressão político-eleitoral. Osório³⁰⁸ levanta quatro pontos que fundamentam a inconstitucionalidade das restrições que o TSE vem sustentando desde as últimas eleições presidenciais. Em primeiro lugar, a posição pretoriana é uma restrição a conteúdo informativo valioso às eleições, essencial para a decisão do voto, violando a liberdade de expressão. Aponta também o caráter paternalista do novo entendimento, retirando dos eleitores a possibilidade de julgar as informações recebidas. Em terceiro, pode haver violação à paridade de armas, em vista da enorme carga subjetiva do juiz ao determinar o que é conteúdo negativo ou propositivo e também porque a mídia não se sujeita a essas restrições. Por fim, há o problema de uso da Justiça Eleitoral como arma política ao permitir que candidatos e partidos suspendam a veiculação de mensagens que os desagradem.

Salienta-se que já existem restrições à liberdade de expressão político-eleitoral positivadas na Lei das Eleições e no Código Eleitoral, como mencionado alhures. Ademais, a doutrina segue o entendimento de que a liberdade de expressão pode ser recuada quando seu conteúdo ameaçar uma educação democrática livre de preconceitos e fundada no superior valor intrínseco do ser humano³⁰⁹. No entanto, como adverte Salgado³¹⁰, essa normatização regulatória deve se dar nos termos e sob o império da lei, o que remete à adoção do teste tripartite, que condiciona a adoção de limites à liberdade de expressão.

Para conferir validade às restrições que se pode impor à liberdade de expressão político-eleitoral três requisitos devem ser apreciados, como elucidado por Osório³¹¹. Em primeiro lugar, deve-se respeitar o princípio da reserva legal, quer dizer, diante da gravidade da decisão de restringir esse direito fundamental, somente lei formal, deliberada pelos representantes eleitos, é que poderá justificar uma flexibilização, em atenção ao princípio democrático. Mendes e Branco³¹² reiteram ainda que o teste de validade da lei que interfere no exercício da liberdade de expressão não exige critérios particularmente estritos, bastando que a deliberação legislativa se revele razoável.

O segundo ramo do teste tripartite é a tutela de objetivos constitucionalmente legítimos, ou seja, uma eventual restrição deve encontrar fundamento na promoção de outros interesses de elevado valor axiológico e tutelados constitucionalmente. O que a análise jurisprudencial aponta, em especial dos julgados do STF trabalhados no primeiro tópico deste trabalho, é que a dignidade humana e seus desdobramentos é que mais frequentemente entram em colisão com a liberdade de expressão.

308 OSÓRIO, op. cit., p. 244.

309 MENDES; BRANCO, op. cit., p. 400.

310 SALGADO, op. cit., p. 260.

311 OSÓRIO, op. cit., p. 117.

312 MENDES; BRANCO, op. cit., 2012.

Por fim, a restrição deve seguir o processo ponderativo da proporcionalidade em sentido estrito, de modo que as medidas restritivas produzam mais benefícios aos bens jurídicos tutelados do que a liberdade de expressão. Osório³¹³ aponta que, nessa etapa, a ponderação deve considerar tanto a posição preferencial que ostenta a liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro quanto a proteção especial conferida a discursos políticos e eleitorais para o interesse público. Aponta a autora:

Ademais, nos casos em que estiverem em jogo discursos especialmente protegidos, como aqueles que digam respeito a temas político-eleitorais e a candidatos, políticos e funcionários públicos em geral, a análise da proporcionalidade das medidas restritivas deve ser ainda mais rigorosa. Nessas hipóteses, o processo de ponderação deve considerar não apenas o maior grau de proteção e o peso superlativo atribuído à liberdade de expressão política, mas também o princípio democrático, que exige o debate mais amplo possível sobre os assuntos relacionados à coisa pública e a pessoas responsáveis por sua gestão, de modo a garantir o controle pelo cidadão.

Tendo em vista as considerações elencadas, vê-se que as restrições impostas pelo TSE desde a última eleição presidencial, em especial, não encontram terreno para prosperar. Primeiramente, porque são limitações impostas por um tribunal, o que viola o princípio da reserva legal e o caráter deliberativo da democracia representativa. Em segundo momento, porque o valor tutelado nas decisões proferidas não coaduna com o entendimento pacífico de que o princípio da dignidade humana é que pode fundamentar a restrição à liberdade de expressão. A defesa irretocável da moralidade pública e da lisura do pleito é fruto de uma interpretação simplista dos direitos fundamentais compartimentados em gerações, sendo que o tribunal dá primazia aos valores comunitários. Ademais, como suscitado acima, a nova compreensão é insuficiente, já que os direitos políticos ultrapassam a divisão estanque tradicionalmente interpretada, relacionando-se tanto com a autonomia e a liberdade individual quanto com os valores comunitários da atividade política. Por fim, o cerceamento da livre manifestação político-eleitoral não atende à proporcionalidade em sentido estrito, pois que já começa fragilizando a democracia ao inviabilizar um debate de interesse público.

Claramente que a paridade de armas deve ser observada e garantida durante todo o processo eleitoral, mesmo no controle das manifestações políticas e das propagandas eleitorais. Salgado³¹⁴, ao defender o princípio constitucional eleitoral da máxima igualdade na disputa eleitoral, defende a restrição à liberdade de campanha e à atuação dos meios de comunicação no pleito para evitar haver influência indevida que leve ao desequilíbrio, atingindo o pluralismo e a liberdade de formação da opinião. No entanto, aponta que a regulação da liberdade de expressão deve ser tratada de maneira cuidadosa, sob pena de se aniquilar esse direito. É por meio do debate democrático acerca das normas jurídicas que

313 OSÓRIO, op. cit., p. 121.

314 SALGADO, op. cit., p. 268.

a regulação concretiza a liberdade de expressão na sua vertente mais robusta, ao invés de colocá-la em risco. Somente assim resta assegurado o respeito aos princípios democrático e republicano, garantindo a formação de uma comunidade cívica com condições de realizar projetos políticos, sem interferência estatal arbitrária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfrenta-se um grande perigo, o perigo de um paternalismo judiciário vir a cercear direitos fundamentais sob a justificativa de que dessa forma se garante maior igualdade e moralidade na política brasileira. Assim tem se mostrado a postura do TSE, mormente na análise de casos de grande repercussão e influência na jurisprudência, tomando o exemplo das Representações nº 38.029 e nº 165.865.

Como abordado, as posturas adotadas pela maior autoridade judicial em Direito Eleitoral no país resvalam em valores republicanos reforçados e protegidos pelo STF, que conta com três representantes no TSE. É evidente a contradição entre os dois tribunais quando confrontados os fundamentos das decisões exaradas nos casos que envolvam liberdade de manifestação política.

O Supremo, enquanto guardião da Constituição e detentor da palavra final acerca da constitucionalidade das leis e medidas que a ele são submetidas, tem posição firme no entendimento de que a liberdade de expressão é valor republicano de excepcional importância. Assim o deveria ser, em razão também do que representa a defesa da liberdade de expressão em um país com passado ditatorial. Segundo o Pretório Excelso, a limitação desse direito fundamental só ocorre quando ele, enquanto corolário da dignidade humana, com ela esbarra. Nesses casos, a depender da análise factual, a livre expressão encontra limites. Por outro lado, já entendeu o STF que a manifestação acerca de figuras públicas ou de informações de interesse geral não deve ser tolhida, casos em que se minora a proteção destinada aos direitos de personalidade de quem se fala.

Enquanto o STF resguarda o alcance da manifestação política, o TSE apresentou novo entendimento a partir de 2014, no qual o direito fundamental encontrou limites na moralidade pública e na imagem dos políticos, mesmo que eles sejam figuras públicas, de cujas informações o eleitorado tem interesse e necessidade de saber. Ou seja, o TSE, mesmo como órgão hierarquicamente subordinado ao STF, com ele entrou em direta confrontação, gerando uma ambivalência de entendimento e causando insegurança jurídica nos parâmetros a serem guiados para as futuras eleições.

Defendeu-se aqui que o TSE proferiu decisões maculadas pelo vício da inconstitucionalidade, pois que são contrárias ao direito fundamental à liberdade de expressão. Ademais, impôs restrições a esse direito que não compõem o rol de exceções admitido pelo

STF enquanto intérprete da Constituição. Dado que ao TSE não cabe a decisão final sobre a interpretação de normas constitucionais, a inovação jurisprudencial pecou por fazê-lo, somando-se ao vício na atuação jurisprudencial que incorporou novas restrições à propaganda eleitoral, não previstas na legislação competente.

Decerto que os maiores efeitos da posição do TSE serão sentidos no pleito de 2018, quando as eleições gerais ocorrerão e o Tribunal Superior será mais acionado que em 2016. Espera-se, contudo, haver uma viragem jurisprudencial em razão, principalmente, das minirreformas de 2015 e 2017. No momento, resta aguardar para saber como serão os entendimentos futuros e como os ministros lidarão com as novas formas de manifestação política e eleitoral.

REFERÊNCIAS

- AGLANTZAKIS, Luciana Costa. O poder de polícia do magistrado na propaganda eleitoral e uma releitura da Súmula 18 do Tribunal Superior Eleitoral. **Revista Jurídica TRE-TO**, v. 4, n. 1, jan./jul. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- _____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.
- CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão**. 30 dez. 2009.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.
- GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GRESTA, Roberta Maia; SANTOS, Polianna Pereira dos. Direitos políticos como direitos da sociedade: crítica ao aprisionamento semântico dos direitos políticos. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTANO, Ana Claudia (Orgs.). **Conexões Eleitoralistas**, Belo Horizonte: Abradep, 2016. p. 201-216. Disponível em: <<http://bit.ly/2ebb6kY>>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- OSÓRIO, Aline. **Direito Eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito Eleitoral contra o inimigo. **Em Debate**, Belo Horizonte, v. 5, n. 4, p. 26-30, out. 2013.
- SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral**. 2010. 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University, 2012.



Referências jurisprudenciais

- STF, ADI nº 4.451, Rel. Min. Ayres Britto, j. 26.08.2010.
- STF, ADI nº 4.815, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10.06.2015.
- STF, ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30.04.2009.
- STF, ADPF nº 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.06.2011.
- STF, RE nº 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2009
- STF, RE nº 898.450, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.08.2016.
- STF, REC nº 15.243, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.06.2015.
- STJ, REsp nº 29.639/ RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.03.2009.
- TRE-RJ, MS nº 27.116, Rel. Herbert de Souza Cohn, j. 26.10.2016.
- TRE-RS, RE nº 5.679, Rel. Jamil Andraus Hanna Bannura, j. 16.09.2016.
- TRE-TO, RE nº 51.275, Rel. Jacqueline Adorno de la Cruz Barbosa, j. 12.09.2016.
- TSE, RP nº 38.029, Rel. Min. Tarcísio Vieira, j. 07.08.2014.
- TSE, RP nº 165.865, Rel. Min. Admar Gonzaga, j. 16.10.2014.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO NA ARENA POLÍTICA: ENTRE O CRITÉRIO MORAL E O PRAGMÁTICO

André Matos de Almeida Oliveira³¹⁵

RESUMO:

O objetivo deste trabalho é discutir o problema do discurso de ódio e da liberdade de expressão na arena política e eleitoral. Queremos saber o que fazer em casos jurídicos difíceis; descobrir se existe alguma abordagem adequada de resolução desses problemas normativos. Atualmente, uma abordagem popular que se propõe a oferecer uma resposta a esses problemas é a pós-positivista, a qual privilegia a adoção de critérios morais. Apesar de acreditarmos na importância do pós-positivismo para nosso direito, também apontamos que essa teoria, se usada sem moderação, pode ocasionar problemas. O uso não cuidadoso de teorias morais pode gerar resultados práticos diferentes daqueles inicialmente pretendidos. Além disso, é possível que o discurso moral seja um fator de escalada na polarização política. Para contornar esses problemas, o que se propõe é uma abordagem pragmática, que é mais consequencialista, mais focada nas evidências empíricas e em como lidar com os interesses das partes em conflito na sociedade. Contra a crítica de alguns pós-positivistas de que a moral é inescapável ao direito, diremos que, apesar de o que eles afirmam estar, em um sentido, correto, não impede, de forma nenhuma, a complementação pragmática à moral que estamos propondo.

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho, abordaremos o problema do discurso de ódio na arena política. Em nosso direito, ainda não há critérios jurídicos claros ditando até que ponto os juízes devem limitar a liberdade de expressão nessa área. Como o tema é controverso e envolve vários princípios jurídicos fundamentais, gera casos de difícil solução. O que fazer nessas situações difíceis? Atualmente, está em voga uma tentativa de resposta associada à linha pós-positivista e constitucionalista, que afirma que os princípios constitucionais, os valores e a moral devem ser componentes importantes da interpretação.

315 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Bolsista CAPES. Graduado em Direito pela UFMG (2017). Monitor do GENE: Grupo de Estudos em Neuroética e Neurodireito.

O objetivo neste artigo é afirmar que, apesar de a linha pós-positivista ser importante no direito e ter fomentado avanços jurídicos fundamentais, ela se depara com riscos, especialmente quando se deixa levar por teorias morais e teorias normativas fortes. Afirmaremos que interpretações jurídicas influenciadas em demasia pela moral podem gerar consequências negativas, como efeitos futuros práticos não previstos – e não desejados – da decisão e o aumento da polarização política.

2. PROBLEMA DO DISCURSO DE ÓDIO NA POLÍTICA

A política brasileira passa por um período peculiar, em que os desacordos e a polarização estão chegando a níveis inéditos³¹⁶. Nesse cenário, manifestações de figuras conhecidas na política indicam a possibilidade de danos a grupos minoritários, gerando preocupação e indignação.

O discurso de Levy Fidelix em um debate das eleições de 2014 sobre a suposta “não naturalidade” da homossexualidade é um exemplo claro de manifestação dúbia, que gerou ações judiciais³¹⁷. Por outro lado, o deputado Jair Bolsonaro é provavelmente a figura política mais polêmica do país, quase periodicamente proferindo opiniões consideradas odiosas por grupos progressistas, que também já ensejaram processos judiciais³¹⁸.

Com a perspectiva da candidatura do deputado para as eleições de 2018, é fácil prever que o problema jurídico do discurso de ódio na política tenderá somente a aumentar nos próximos anos.

O discurso de ódio na política é geralmente associado às alas conservadoras e religiosas (evangélicas) brasileiras (perfis de Fidelix e Bolsonaro). No entanto, é também possível que alas progressistas sejam acusadas de proferir discurso de ódio. Internacionalmente, grupos progressistas já foram acusados e condenados judicialmente por isso, ao criticarem, por exemplo, o sionismo e as políticas do Estado de Israel³¹⁹.

316 FGV/DAPP. Polarização política nas redes. O Globo. Disponível: <<http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/fgv-pronunciamento-dilma.html>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

317 REIS, Vivian. Justiça de SP aceita recurso de Levy Fidelix e suspende indenização de R\$ 1 milhão por comentários contra gays. G1. São Paulo, 03/02/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/justica-de-sp-aceita-recurso-de-levy-fidelix-e-suspende-indenizacao-de-r-1-milhao-por-comentarios-contragays.ghtml>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

318 GRELLET, Fábio. Justiça confirma condenação e multa de R\$ 150 mil a Bolsonaro por declarações homofóbicas. Estadão. Rio de Janeiro, 09/11/2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-confirma-condenacao-de-bolsonaro-por-afirmacoes-homofobicas>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

319 GREENWALD, Glenn. In Europe, hate speech laws are often used to suppress and punish left-wing viewpoints. The Intercept, 29/08/2017. Disponível em: <<https://theintercept.com/2017/08/29/in-europe-hate-speech-laws-are-often-used-to-suppress-and-punish-left-wing-viewpoints/>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

Então, como o judiciário brasileiro deve lidar com o problema do discurso de ódio? A seguir, iremos analisar como se vem tratando o assunto no direito brasileiro e os princípios jurídicos envolvidos.

3. DISCURSO DE ÓDIO E DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, ainda não há consenso, nem jurídico nem teórico, sobre o critério adequado para limitar a liberdade de expressão, mas é certo que há consenso sobre a necessidade de *alguma* limitação (e.g. as limitações nos incisos IV, V, XIII, XIV do artigo 5º da Constituição). Diz-se que o princípio da liberdade de expressão tem o mesmo grau de prioridade constitucional de outros princípios, como o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana. Ou seja, caso a liberdade de expressão viole outros princípios constitucionais de igual importância, há necessidade de que ela seja devidamente limitada³²⁰.

O discurso de ódio também é um dos casos em que o direito brasileiro limita a liberdade de expressão. A Lei 7.716/1989, no art. 20, estabelece como crime qualquer tentativa de “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Há, ainda, na Constituição, previsão de que o crime de racismo é inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII).

Essa previsão levou ao importante HC 82.424-2/RS, caso no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o autor Siegfried Ellwanger deveria ser mantido preso por discurso de ódio contra a comunidade judaica, afastando a tese da defesa de que o crime estava prescrito. O STF defendeu que a ideia de “racismo” é político-social, e não biológica, então deve enquadrar as ofensas ilegais dirigidas a comunidades étnicas e culturais minoritárias, como a judaica. Concluiu que o crime de Ellwanger foi de racismo, logo, imprescritível.

A decisão do STF foi marcante e teve bastante influência, por consolidar uma nova linha de combate ao discurso de ódio, mais principiológica e valorativa. Na ementa da decisão, vê-se que o órgão escolheu a “prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica”, dizendo que a liberdade de expressão tem “limites morais e jurídicos”.

4. PÓS-POSITIVISMO E MORAL

O caso também mostra a tendência das instituições jurídicas brasileiras a adotar conceitos que vêm sendo propostos por autores ligados às teorias jurídicas pós-positivistas e neoconstitucionalistas. Esses autores, por exemplo, costumam defender que há, e deve

320 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2014, cap. 4, II, 1.4.

haver, um intercâmbio construtivo entre o direito e a moral³²¹. Também reconhecem que princípios normativos altamente valorativos e abertos, como o da dignidade da pessoa humana, devem ter importância central no sistema jurídico. Por isso, teóricos do direito dizem que “não há dúvidas” de que o princípio da dignidade humana pode “opor limites à liberdade de expressão (...), consoante a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais e a irradiação que seus preceitos devem promover a todo o ordenamento jurídico”³²².

Um exemplo de obra assim é a de Ronald Dworkin, eminente jurista americano, que influencia bastante os juristas brasileiros. Ele defendeu por toda a sua carreira que a moral e o direito devem ser correlacionados, que devemos fazer uma leitura moral do direito. Em *Freedom’s Law*, Dworkin diz que uma leitura moral da Constituição exige que “todos nós – juízes, juristas, cidadãos – interpretemos e apliquemos essas cláusulas abstratas na assunção de que elas invocam princípios morais sobre decência e justiça”³²³. Em uma de suas obras finais, *A Raposa e o Porco-espinho*, Dworkin vai mais longe e chega ao ponto de afirmar que o direito é apenas uma parte da moral e que de fato há uma grande “unidade do valor”: direito, moral, justiça, etc., fariam parte de um único valor integrativo³²⁴.

As propostas pós-positivistas têm estimulado diversos avanços jurídicos, como no HC 82.424. Porém, ainda há riscos, especialmente em casos jurídicos difíceis em que o juiz talvez não tenha acesso a critérios interpretativos e de decisão claros para poder julgá-los. Em cenários de incerteza assim, os autores dessa linha defenderão que juristas e filósofos recorram à teoria moral ou a teorias fortemente valorativas para auxiliá-los na decisão. Isso se aplicaria à limitação da liberdade de expressão no discurso eleitoral, um típico caso que atualmente é difícil e não consensual.

5. RISCOS DA MORAL

Nosso propósito é argumentar que essas saídas morais e normativamente valorativas podem não ser as mais adequadas para a regulação da liberdade de expressão no discurso político, especialmente em casos de difícil decisão.

321 E.g. DWORKIN, Ronald. *Freedom’s law: the moral reading of the American Constitution*. OUP Oxford, 1999; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008; FERRAJOLI, Luigi; VITALE, Ermanno. *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*. Gius. Laterza & Figli Spa, 2015; BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In SOUZA Neto, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249.

322 FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. *Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão*. Sequência, Florianópolis, p. 327-355, 2013. p. 351.

323 DWORKIN, op. cit., 1999, p. 2.

324 DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

Temos dois motivos para sustentar essa posição. O primeiro é a necessidade de que haja adequação entre meios e fins ao se limitar a liberdade de expressão. O segundo, por sua vez, é o risco de aumento da polarização. Esses dois motivos são importantes – de fato, decisivos – para tornar teorias morais inadequadas à regulação da liberdade de expressão.

O motivo da adequação entre meios e fins é importante porque teorias morais, em geral, são especialmente despreparadas para lidar com as consequências práticas de sua positivação. Elas estão muito preocupadas com a dimensão normativa e axiológica da questão, e pouco preocupadas com as consequências práticas. De fato, boa parte dos defensores das teorias morais vê com aprovação essa despreocupação prática, afirmando que a matéria, de “dever-ser”, realmente requer outra forma de raciocínio, não tão direcionada ao “ser”, para ser resolvida.

Mas isso pode ser um problema sério no campo político. Consideremos o fato de que já dispomos de evidências empíricas indicando que a punição do discurso de ódio em algumas circunstâncias tende a, ao invés de coibir o agente que profere o discurso, dar-lhe ainda mais espaço e popularidade social. Em estudo de Spanje e Vreese³²⁵, eleitores holandeses foram entrevistados antes e depois de o judiciário decidir julgar o candidato Geert Wilders por suposto discurso de ódio contra imigrantes. Viu-se que a intenção de votos a favor de Wilders aumentou significativamente depois da decisão judicial.

Outro caso em que isso pode ter acontecido (mas com algumas ressalvas) é relatado por Askola³²⁶. O candidato finlandês Jussi Halla-aho teve um grande aumento na popularidade após ter sido condenado judicialmente depois de quatro anos de tramitação do processo por ofensas raciais. Por causa disso, ele, antes um obscuro blogueiro, tornou-se político famoso e, aproveitando a oportunidade, tornou-se parlamentar do país. O interessante é que o candidato postou a ofensa em seu *blog* intencionalmente, como “isca” para o judiciário finlandês, interessado em saber até onde seu caso iria. O caso, em última instância, foi decidido pela Suprema Corte do país.

Esses exemplos são bons indicativos dos riscos de decidir questões jurídicas espinhosas sem atenção a considerações práticas. Além disso, a inadequação entre os meios e os fins da positivação de uma posição moral é especialmente grave para o caso da liberdade de expressão, um valor fundamental para o bom funcionamento de uma democracia e do estado de direito. A liberdade de expressão não é um terreno para experimentação leviana de tentativa e erro. É necessário embasamento prático e factual por parte do tomador de decisão.

325 VAN SPANJE, Joost; DE VREESE, Claes. The good, the bad and the voter: The impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. *Party Politics*, v. 21, n. 1, p. 115-130, 2015.

326 ASKOLA, Heli. Taking the bait? Lessons from a hate speech prosecution. *Canadian Journal of Law & Society/ La Revue Canadienne Droit et Société*, v. 30, n. 1, p. 51-71, 2015.

Por sua vez, o segundo motivo, o da polarização, é importante porque é possível que o discurso moral, por suas características intrínsecas, tenda a levar os participantes do debate a polarizar. Autores como Haidt³²⁷, Greene³²⁸ e Graham³²⁹ dizem que é muito difícil (impossível, talvez) chegar a um acordo, exclusivamente por argumentos, em questões moralmente controversas, por sermos cognitivamente intuicionistas. Veremos com mais detalhes o modelo social-intuicionista a seguir. Mas o ponto é que, se eles estiverem certos, essa característica polarizadora do discurso moral torna-se especialmente grave no caso do debate sobre a liberdade de expressão, porque é um *meta-debate*. Ou seja, ele é precisamente um debate sobre as coisas sobre as quais é lícito debater. Se falharmos e polarizarmos demais nesse ponto, correremos risco de entrar numa custosa regressão argumentativa.

Além disso, há o problema de se decidir questões moralmente controversas em um país já polarizado política e moralmente, como indubitavelmente é o Brasil hoje³³⁰. Nesse ambiente, uma decisão judicial que adote o argumento moral de uma das partes do debate muito dificilmente deixará a outra parte satisfeita. Argumentos morais não são dedutivamente redutíveis, logicamente necessários, etc.; portanto, por si só não são suficientes para pacificar um debate (a não tendência à pacificação do debate potencializa-se pelo que dissemos no parágrafo anterior sobre a tendência à polarização intrínseca ao discurso moral).

Pessoas envolvidas nos debates políticos geralmente consideram sua posição moral como muito importantes para si, às vezes até como definidoras de sua identidade pessoal. Saber que o Estado está adotando a posição moral contrária, refutando implícita ou explicitamente a sua, pode ser desanimador, além de poder ter consequências mais profundas para o ideal de um sistema democrático funcional e de uma esfera pública produtiva.

Pelos motivos expostos, defenderemos que a saída pragmática é mais adequada como um guia para a ação do jurista e do teórico nos casos difíceis³³¹. Para nós, ela estabelece uma moeda comum que pode barrar a polarização num sentido a que a teoria moral é incapaz de chegar e também é, por excelência, a abordagem que se preocupa com a adequação entre meios e fins de uma decisão. O agente pragmático deverá estar informado sobre os riscos (futuros) de sua decisão quanto à liberdade de expressão, e deverá, assim, dar contribuições mais embasadas e seguras para a delimitação do debate.

Antes de aprofundar mais no tema do pragmatismo, porém, é importante fazer algumas distinções entre os termos usados na análise da relação entre moral e direito.

327 HAITD, Jonathan. *The righteous mind: why good people are divided by politics and religion*. Vintage, 2012.

328 GREENE, Joshua. *Moral tribes: emotion, reason, and the gap between us and them*. Penguin, 2014.

329 GRAHAM, Jesse et al. *Moral foundations theory: the pragmatic validity of moral pluralism*. 2012.

330 FGV/DAPP, op. cit.

331 POSNER, Richard A. *The problematics of moral and legal theory*. Harvard University, 2009, cap. 1.

6. INESCAPABILIDADE E DESEJABILIDADE DA MORAL NO DIREITO

Para evitar confusões, é importante apontar qual aspecto da relação entre direito e moral importa para o que se está comentando neste trabalho. Uma discussão popular na filosofia e na teoria do direito é a sobre a *identidade* do direito e da moral. Nessa discussão, o objetivo é saber se direito e moral são coisas separadas ou entrelaçadas, autônomas ou dependentes. O objetivo é descobrir se podemos identificar um dos fenômenos sociais invocando (ou sem invocar) o outro.

Há autores que dizem ser possível ligar moral e direito; outros que dizem que não só é possível ligar moral e direito como também é necessário, ou seja, que não há como falar plenamente do fenômeno jurídico sem invocar os elementos morais que o integram; e há autores que dizem que isso não é necessário nem possível e que o direito, em pelo menos algum sentido relevante, é completamente distinto da moral.

Há, portanto, uma diversidade de autores e teorias sobre o tema, com respostas de graus distintos. Há teorias positivistas inclusivas (as que aceitam que é possível a moral integrar o direito)³³² e teorias positivistas exclusivas (as que não aceitam)³³³. Há as teorias realistas³³⁴ e institucionalistas³³⁵, que têm diferentes sensibilidades à inclusão da moral no direito. Há teorias da integridade³³⁶ e as teorias pós-positivistas do direito, que costumam ser as mais permissivas com o entrelaçamento dos dois. As teorias pragmatistas do direito também estão abertas à relação entre direito e moral, dependendo dos autores e dos sentidos em que os termos são usados³³⁷.

Além disso, é bastante variável o que os autores e as teorias consideram critério de demarcação relevante entre o direito e a moral – para onde eles acham que devemos olhar para encontrar o fator que nos mostrará se as normas que estamos observando são morais ou jurídicas (ou ambas). Por exemplo, alguns acreditam que esse critério reside na estrutura lógica das normas³³⁸; outros, que reside nas práticas sociais arraigadas de uma comunidade³³⁹; alguns dirão que precisamos olhar a forma como os tribunais vêm deci-

332 WALUCHOW, Wilfrid J. Inclusive legal positivism. Oxford: Clarendon, 1994; HART, H. L. A. The concept of law. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1994.

333 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; RAZ, Joseph. The authority of law: essays on law and morality. Oxford University, 2009.

334 ROSS, Alf. Direito e justiça. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008; UNGER, Roberto Mangabeira. The critical legal studies movement. Harvard Law Review, p. 561-675, 1983.

335 SUCHMAN, Mark C.; EDELMAN, Lauren B. Legal rational myths: The new institutionalism and the law and society tradition. Law & Social Inquiry, v. 21, n. 4, p. 903-941, 1996.

336 DWORIN, Ronald. Law's empire. Harvard University, 1986.

337 POSNER, op. cit., 2009.

338 KELSEN, op. cit., 2006.

339 RAZ, op. cit., 2009; HART, op. cit., 1994.

dindo historicamente³⁴⁰; e há também os que defendem que devemos observar, além das práticas e decisões, o conjunto de valores da comunidade³⁴¹.

Podemos ver, a partir dessa rápida exposição, que o debate sobre o problema da identidade entre direito e moral é profundo e multifacetado. Felizmente, acreditamos que não precisamos nos posicionar sobre esse tema espinhoso para abordar o tema do artigo. Isso porque nossa preocupação aqui não é com a identidade entre a moral e o direito, mas com a *desejabilidade* do uso da moral no direito. Queremos saber até que ponto é desejável, oportuno e adequado usar o raciocínio moral nas decisões jurídicas. Essa é uma discussão paralela à da identidade e de forma nenhuma é conceitualmente contraditória em relação às posições teóricas sobre esse tema. Pode haver uma tendência de autores que defendem alguma forma de identidade entre moral e direito também defenderem a desejabilidade dessa identidade, e vice-versa, com os autores que excluem a moral da identidade do direito e ao mesmo tempo são céticos quanto a sua relevância. Porém, essa tendência é contingente. Não há nenhuma necessidade lógica de que as coisas sejam assim.

Podemos exemplificar. Se um teórico acredita que a relação identitária entre moral e direito é necessária, inescapável, ele também pode, ao mesmo tempo, acreditar que esse componente moral é indesejável e o melhor caminho prático seja limitá-lo a um mínimo (algo como um minimalismo moral). Essa não é uma posição absurda. De fato, acreditamos que o pragmatismo de Posner, uma das posições mais eminentes no direito contemporâneo, segue mais ou menos essa linha³⁴².

E posições similares são comuns em outros ramos do conhecimento. Por exemplo, consideremos a psicologia e o estudo da racionalidade humana. Vários profissionais, notadamente os famosos psicólogos comportamentais Daniel Kahneman e Amos Tversky³⁴³, vêm estudando e apontando os vários vieses e heurísticas em nosso processo de tomada de decisão³⁴⁴. Essas heurísticas e vieses muitas vezes nos levam a tomar decisões irracionais, que poderiam ser evitadas com mais tempo de análise e com racionalidade mais “pura”. Porém, sabemos que não existe tal coisa como uma racionalidade “pura” e que as heurísticas e os vieses são inescapáveis à razão humana. A solução a que esses autores vêm chegando, portanto, não é eliminar heurísticas e vieses (até porque isso é impossível),

340 HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Harvard University, 2009.

341 DWORIN, Ronald; BOEIRA, Nelson. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

342 POSNER, Richard A. *The problematics of moral and legal theory*. Harvard University, 2009.

343 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

344 Heurísticas e vieses são “atalhos” mentais, formas rápidas e pouco custosas de pensar que costumam funcionar na maioria das vezes. Por exemplo, para conseguir capturar uma bola de beisebol no ar, você pode tentar fazer o cálculo físico exato, mas complexo e custoso, da trajetória da bola, usando equações físicas sobre movimento, ou usar essa heurística: olhar para a bola mantendo-a na mesma altura em relação ao seu olhar. A segunda estratégia na grande maioria das vezes funciona muitíssimo bem, e nos dispensa da fazer contas complicadas. A segunda estratégia é heurística.

mas direcioná-los a questões menos problemáticas, que funcionam no dia a dia, tentando diminuir-los nos momentos de decisões críticas. O mesmo raciocínio pode ser adotado por quem acredita simultaneamente na inescapabilidade e na indesejabilidade da moral. Ele pode defender não a eliminação dos aspectos morais no direito, mas que eles sejam reequilibrados numa leitura pragmática (como Posner o faz) ou pode defender o redirecionamento da moral a decisões menos críticas ou menos “teorizadas” (como Sunstein o faz³⁴⁵).

Por outro lado, também é possível que alguém acredite na completa separação identitária entre moral e direito, mas mesmo assim sustente que o uso do raciocínio moral no direito seja desejável. Ou seja, é possível que alguém seja, por exemplo, um completo positivista exclusivista, acreditando que o direito, em sua estrutura, é um fenômeno “puro”, intocado pelos elementos sociais, mas que acredite, ao mesmo tempo, no nível social e prático, ser desejável que entrem as “impurezas” do pensamento moral, porque nesse escopo mais amplo as decisões tenderão a ser corretas, a aumentar a utilidade, etc.

Isso é tão possível quanto alguém acreditar que as teorias da economia são úteis ao direito, desejando até que os juizes usem cálculos econômicos diretamente na hora de decidir, mas também acreditar que direito e economia são ramos separados do conhecimento³⁴⁶ (essa crença parece ser menos polêmica entre os juristas).

Esperamos ter deixado clara a distinção entre *identidade* entre direito e moral no direito e *desejabilidade* do uso da moral no direito. Nesse artigo, a distinção relevante será a segunda. Não precisaremos enfrentar o problema da identidade.

7. INTUIÇÕES MORAIS E TEORIAS MORAIS

Outra distinção importante, que tem alguma relevância se relacionada à anterior, é a entre intuições morais e teorias morais, no campo moral. O discurso moral é muito ambíguo e comumente conectado a assuntos altamente passionais, então é comum que haja confusões de linguagem. Para evitar algumas delas, parece oportuno introduzir essa distinção. Além disso, ela poderá iluminar a seção anterior, ao esclarecer em que ponto a moralidade é realmente inescapável ao direito.

No sentido que usamos aqui, intuições morais são os processos cognitivos e as sensações físicas que acontecem logo antes de alguém emitir um julgamento moral. A sensação de desprazer e de reprovação íntima que temos quando presenciamos uma transgressão moral é um exemplo de intuição moral. Às vezes chamamos essas sensações de *gut feelings*. Numa palavra, geralmente estamos usando nossas intuições quando algo sim-

345 SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements. *Harvard Law Review*, v. 108, n. 7, p. 1733-1772, 1995.

346 Cf. POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Harvard University, 2005, cap. 7.

plesmente nos parece “errado” (ou “certo”) moralmente. Geralmente as questões morais desencadeiam reações intuitivas leves, mas há transgressões mais graves, que nos levam a ter sentimentos fortes, como a raiva e até o nojo³⁴⁷.

Teorias morais, por outro lado, são as proposições argumentativas que usamos pra defender que uma posição moral está correta ou errada. Geralmente usa-se o termo “teoria” para descrever um conjunto mais sistematizado de proposições gerais, mas aqui podemos usar o termo em um sentido mais amplo, deixando encapar vários argumentos morais, inclusive os menos sistematizados. O importante será que haja uma tentativa de convencer racionalmente alguém de que algum comportamento é correto ou incorreto moralmente.

Nosso objetivo aqui é afirmar que os que defendem que a moral é inescapável ao direito estarão corretos se estiverem se referindo às intuições morais, mas incorretos se estiverem se referindo às teorias morais. Ou seja, afirmamos que não é possível tomar decisões jurídicas sem recorrer a intuições morais, mas que é possível tomar decisões jurídicas sem recorrer a teorias morais. Ao colocar essa possibilidade, não estamos defendendo que tem de ser assim. Só porque uma coisa é possível não significa que ela é desejável (por outro lado veremos, a seguir, os argumentos de Posner mostrando exatamente as vantagens de se excluir as teorias morais do direito).

Como acontece no caso das heurísticas e vieses, a psicologia vem mostrando que as intuições são componentes fundamentais de nosso raciocínio. Em situações de julgamento moral, as intuições morais parecem ter no mínimo tanta importância quanto os outros tipos de intuições têm nas outras formas de raciocínio. Chegou-se ao ponto inclusive de afirmar que as intuições têm primazia sobre o raciocínio em nossos julgamentos morais. Isso é ilustrado com clareza na teoria social-intuicionista da moral, desenvolvida especialmente pelo psicólogo Jonathan Haidt, que exporemos a seguir.

8. MODELO SOCIAL-INTUICIONISTA

Haidt afirma que, em questões morais, as pessoas não raciocinam primeiro para depois chegar a conclusões. Ao contrário, a tendência é de que elas primeiro tenham uma intuição (ou *gut feeling*) de que algo está errado e que só depois busquem argumentos para justificar a “erroneidade” dessa intuição. É por isso que o seu artigo mais famoso tem o provocador título “The emotional dog and its rational tail” (“O cachorro emocional e sua cauda racional”). Para Haidt, acreditar que as razões estão no controle da situação e que

347 ROZIN, Paul et al. The CAD triad hypothesis: a mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and three moral codes (community, autonomy, divinity). *Journal of personality and social psychology*, v. 76, n. 4, p. 574, 1999.

nossas intuições são secundárias, e não vice-versa, é como “acreditar que forçar a cauda do cachorro a abanar movendo-a com a mão faria o cachorro ficar feliz”³⁴⁸.

Mas quais evidências favorecem o modelo social-intuicionista? Haidt e outros criaram ou recolheram diversas evidências. Na década de 1990, Haidt, Koller e Dias³⁴⁹ fizeram um estudo sobre valores morais. A ideia era criar histórias fictícias de violações a tabus morais, mas em que não houvesse danos aparentes (por exemplo: uma família come o cachorro de estimação depois que ele foi atropelado por um carro; ou um homem usa a carcaça de um frango para masturbação, depois cozinha e come o frango, etc.). No meio do caminho, eles notaram um fenômeno estranho: a maior parte das pessoas chegava muito rapidamente ao julgamento moral, mas tinha alguma dificuldade de encontrar as razões para justificar sua reprovação. Os argumentos que invocavam normalmente eram ruins e gentilmente refutados pelo cientista. Quando isso acontecia, as pessoas não mudavam de opinião, continuavam defendendo sua posição, mas sem conseguir encontrar razões para isso, às vezes confessando sua dificuldade e sorrindo embaraçadamente. Haidt chama esse estado de incapacidade de justificar sua posição de *moral dumbfounding* (estupefação moral). O *moral dumbfounding* foi confirmado por replicações³⁵⁰ e é uma evidência para o intuicionismo moral humano.

Em outro estudo, Wheatley e Haidt³⁵¹ hipnotizaram sujeitos para sentir *flashes* de nojo com palavras neutras (como *often* e *take*). Eles separaram dois grupos para ler histórias fictícias envolvendo questões morais, um lendo as palavras modificadas e outro não. Eles repararam que as pessoas com o *flash* de nojo tendiam a ser mais severas em sua condenação moral. A seguir, adicionaram uma nova história, em que não havia nenhuma transgressão moral aparente. Mesmo assim, nos grupos em que havia as palavras modificadas, parte das pessoas continuava a condenar a ação dos personagens da história, mesmo sem nenhum motivo aparente.

Schnall, Haidt, Clore e Jordan³⁵² também estimularam *flashes* de nojo por razões irrelevantes nas pessoas, mas manipulando o ambiente. Eles pediam para as pessoas fazerem julgamentos morais enquanto estavam sentados em frente ou a uma mesa limpa ou a uma

348 HAITT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 814, 2001.

349 HAITT, Jonathan; KOLLER, Sílvia Helena; DIAS, Maria G. Affect, culture, and morality, or is it wrong to eat your dog?. *Journal of personality and social psychology*, v. 65, n. 4, p. 613, 1993.

350 HAITT, Jonathan; BJORKLUND, Fredrik; MURPHY, Scott. Moral dumbfounding: When intuition finds no reason. Unpublished manuscript, University of Virginia, 2000; HAITT, Jonathan; HERSH, Matthew A. Sexual morality: The cultures and emotions of conservatives and liberals. *Journal of Applied Social Psychology*, v. 31, n. 1, p. 191-221, 2001.

351 WHEATLEY, Thalia; HAITT, Jonathan. Hypnotic disgust makes moral judgments more severe. *Psychological science*, v. 16, n. 10, p. 780-784, 2005.

352 SCHNALL, Simone et al. Disgust as embodied moral judgment. *Personality and social psychology bulletin*, v. 34, n. 8, p. 1096-1109, 2008.

mesa suja com restos de guardanapos de lanches de *fast food* (que, assume-se, ativariam *flashes* de baixo nível de nojo). Os resultados mostraram que pessoas que pontuavam alto na escala de “consciência privada corporal” tendiam a fazer julgamentos morais mais severos na segunda situação.

Há também evidências neurocientíficas que favorecem o modelo social-intuicionista. António Damásio³⁵³ mostrou que quando pacientes sofrem danos em áreas do cérebro que integram respostas afetivas com alta cognição (como o córtex pré-frontal ventromedial), elas se tornam moralmente incompetentes, e não conseguem decidir. Por isso ele desenvolve a hipótese dos marcadores somáticos: só conseguimos tomar decisões racionais com base nas pequenas respostas emocionais que compõem a base de nossa cognição. Sem esses marcadores, não conseguimos agir.

Greene e outros pesquisadores³⁵⁴, em seus estudos clássicos sobre o dilema do *trolley*, mostraram que as distinções que as pessoas fazem entre os vários casos de dilemas morais está correlacionada com os tipos de respostas emocionais que o cérebro gera. Por exemplo, quando têm um rápido *flash* de atividade emocional no córtex pré-frontal medial (geralmente em casos em que elas observam dano pessoal), as pessoas tendem a fazer julgamentos morais mais deontológicos. Quando não há esse *flash*, os julgamentos passam a ser mais utilitaristas³⁵⁵.

O modelo social-intuicionista também se ajusta confortavelmente às ideias de dois sistemas cognitivos, desenvolvidas na economia comportamental e capitaneadas pelos supracitados Kahneman e Tversky, em seus estudos basilares da área³⁵⁶. O sistema 1 seria o das decisões rápidas, automáticas, menos custosas, mais determinadas por emoções. O sistema 2 seria o das decisões mais demoradas, racionadas, custosas e passo a passo. Note-se que a diferença não é entre razão e emoção (os dois sistemas têm razões e emoções), mas entre dois tipos de cognições. Haidt³⁵⁷ admite que, no seu modelo, as intuições morais podem em larga medida ser rastreadas ao sistema 1 e o raciocínio *post hoc* de justificação, ao sistema 2.

Se as evidências sobre o modelo social-intuicionista que levantamos até aqui estiverem certas e indicarem que nossas intuições morais realmente são a base de nosso raciocínio moral, então não será possível negar que essas intuições são inescapáveis. E o

353 DAMÁSIO, António R. O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

354 GREENE, Joshua D. et al. An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment. *Science*, v. 293, n. 5537, p. 2105-2108, 2001.

355 GREENE, Joshua. op. cit., 2014, Cap. 4.

356 KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgments under uncertainty. Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982; GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, op. cit., 2002; KAHNEMAN, op. cit., 2012.

357 HAIDT, op. cit., 2012, cap. 2, nota 47.

mesmo acontecerá nas decisões jurídicas, porque em vários momentos envolvem temas moralmente sensíveis e controvertidos.

9. POSNER E A ANTITEORIA MORAL

Essa indispensabilidade não se estende, por sua vez, às teorias morais. Para mostrar isso, exporemos a crítica de Richard Posner à moralidade no direito. Posner é, nos termos usados por Thomas Bustamente, um antiteórico moral, porque acredita que a moral é dispensável e até prejudicial ao direito.

Richard A. Posner é um eminente jurista americano. Mais famoso por estabelecer a análise econômica do direito como uma disciplina jurídica respeitável, Posner dedicou-se, no decorrer da década de 1990, a temas diferentes, mais filosóficos. Pode-se dizer que sua preocupação principal foi esclarecer sua posição teórica, a do pragmatismo jurídico (e filosófico)³⁵⁸.

Para nossos propósitos, no entanto, é relevante falar de seu ceticismo ético (que o estabelece como antiteórico moral). Posner dá várias indicações de sua posição moral nos trabalhos da década de 1990 (e de outras épocas), mas o livro em que ele esclarece e mais aprofunda seu ceticismo é o *The Problematics of Moral and Legal Theory*³⁵⁹.

O ceticismo de Posner está baseado em duas proposições. A primeira é a descrença na objetividade da moral. Ou seja, refere-se a um ceticismo ético no sentido forte. Posner não acredita que existam prescrições morais categóricas e universais acessíveis capazes de guiar o comportamento humano³⁶⁰. Essa é uma posição metaética. E, de fato, muitos filósofos da metaética contemporâneos compartilham esse ceticismo³⁶¹.

Também vale notar que do ceticismo de Posner não decorre que ele esteja negando a existência de um importante fenômeno social que pressiona e modifica o comportamento das pessoas, chamado “moralidade”, e que, portanto, pode ser estudado por acadêmicos (como sociólogos, psicólogos e até filósofos)³⁶², nem que pessoas admiráveis (ou vistas como admiráveis por uma comunidade) possam surgir para objetar práticas ou instituições que considerem ilegítimas (os empreendedores morais³⁶³), nem que as pessoas possam usar ensinamentos e conselhos escritos por sábios para o fim de aprimorar suas vidas pes-

358 POSNER, Richard A. *Overcoming law*. Harvard University, 1995. p. 1-29.

359 POSNER, op. cit., 2009.

360 *Ibidem*, p. 1-12.

361 E.g.: MACKIE, John. *Ethics: Inventing right and wrong*. Penguin UK, 1990; HARMAN, Gilbert. *The nature of morality: an introduction to ethics*. New York: Oxford University, 1977; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Moral skepticisms*. New York: Oxford University, 2005; JOYCE, Richard. *The myth of morality*. Cambridge: Cambridge University, 2001.

362 POSNER, op. cit., 2009, p. 4.

363 *Ibidem*, p. 38-45.

soais e dar sentido à vida (o que ele considera, propriamente, como a “ética”, contraposta à “moralidade”³⁶⁴). Ele também distingue “juízos normativos” de “juízos morais”. Posner é cético quanto ao último, mas não quanto ao primeiro³⁶⁵.

Posner faz todas essas ressalvas para deixar claro seu alvo central: os “moralistas acadêmicos”³⁶⁶, isto é, pessoas – geralmente professores e pesquisadores ligados a universidades – que se especializam no uso de argumentos sistemáticos e abrangentes, geralmente publicados em artigos e livros acadêmicos. Eles escrevem com rigor metodológico para serem lidos por pares especializados, o que faz que sua linguagem seja razoavelmente hermética para o público geral.

Para Posner, os moralistas acadêmicos acreditam que a racionalidade tem um importante papel na moralidade. Na visão deles, seria possível, por puros argumentos, em primeiro lugar mostrar que algumas condutas são moralmente exigíveis e que outras são condenáveis, etc. Dessa forma, teorias morais poderiam apontar com objetividade e rigor os deveres morais das pessoas, transformando-se em guia para ação. Por decorrência, e em segundo lugar, teorias morais também poderiam efetivamente mudar a conduta das pessoas. Ou seja, os moralistas acadêmicos acreditariam que argumentos morais, além de serem corretos, também podem ser efetivos, ter um papel transformador no mundo³⁶⁷.

É, assim, contra os moralistas acadêmicos que Posner se volta e contra os quais seu ceticismo é mais forte. O autor ancora seu ceticismo em vários argumentos. Para ele, por exemplo, o fenômeno moral é, ao menos nos aspectos relevantes, local, o que enfraquece os planos dos moralistas acadêmicos de universalizá-lo³⁶⁸. Ele também afirma que é plenamente possível explicar o fenômeno moral sem precisar recorrer às categorias empregadas nas teorias dos acadêmicos. Boa parte da atuação moral das pessoas pode ser explicada pelos seus sentimentos, como a culpa, a vergonha, a indignação e o nojo, mas os sentimentos morais em si são neutros e não justificam uma teoria de fundo³⁶⁹.

Além disso, para Posner, argumentos morais – proposições teóricas – não seriam capazes de modificar as motivações de agentes. Eles, então, seriam ineficazes como guias para a ação. Na verdade, poderiam até ter um efeito contrário: como há amplo desacordo sobre princípios morais, é muito fácil que cada pessoa racionalize sua adesão a uma teoria moral, fazendo com que ela se ajuste a suas predisposições intuitivas ou ao *status quo*³⁷⁰.

364 Ibidem, p. 4-5.

365 Ibidem, p. 4.

366 Ibidem, p. 5.

367 Ibidem.

368 Ibidem, p 6.

369 Ibidem.

370 Ibidem, p. 7.

A segunda proposição que baseia o ceticismo de Posner é a de que, mesmo que existisse algo como uma teoria moral nos termos que os acadêmicos advogam, elas não seriam úteis para o direito. Essa não é, portanto, como a anterior, uma objeção contra a existência da moral, mas uma objeção contra sua utilidade³⁷¹.

Essa segunda linha de objeção é, em certo sentido, ainda mais importante para Posner, já que sua abordagem é pragmática e enfatiza as consequências benéficas do uso de uma teoria. Por isso ele diz que suas “visões metaéticas não são essenciais para o ceticismo moral pragmático, a doutrina de que a teoria moral é inútil”. Ele diz que os pontos de apoio mais importantes para a visão cética e pragmática são as evidências empíricas da “psicologia da ação”, o caráter geral das profissões acadêmicas (e da filosofia acadêmica em particular), a indesejabilidade da uniformidade moral e, “acima de tudo o fato de que as técnicas casuísticas e deliberativas que os teóricos morais utilizam são muito frágeis, tanto epistemologicamente como retoricamente, para balançar as intuições morais”³⁷²

Para Posner, argumentos morais são intrinsecamente arbitrários, e, por isso, vão quase sempre ser utilizados por um teórico para favorecer a posição a qual ele já está predisposto a defender. Por isso, não considera útil que um jurista recorra a teorias morais para resolver problemas jurídicos. Esse alerta também vale, claro (e talvez especialmente), para decisões jurídicas sobre temas moralmente carregados, como aborto ou ações afirmativas³⁷³.

Mas o que fazer para resolver esses casos difíceis? Que considerações devem orientar o jurista? Para substituir a teoria moral, Posner propõe a saída pragmática. O pragmatismo está primariamente preocupado com as consequências. Ele se baseia, largamente, no senso comum, sabe que seu escopo é limitado a propostas de políticas e não tem pretensões teóricas maiores. Não considera, por um lado, que conseguirá extrair respostas de um problema por argumentos de forma silogística³⁷⁴. Por outro lado, daí não decorre a conclusão de que o pragmatismo seja uma teoria “rasa” e que não usa procedimentos sofisticados para auxiliar o tomador de decisão. O pragmático busca esses procedimentos, mas onde teóricos morais não costumam se aventurar – em evidências empíricas e na interdisciplinaridade com ramos da ciência, por exemplo.

Para resumir: Posner é um antitéorico moral porque crê que, por um lado, não existe nenhum indício de objetividade da moral (ceticismo quanto à existência) e, por outro, crê que, mesmo se houvesse indícios, a moral ainda assim seria inadequada como critério de interpretação e decisão no direito (ceticismo quanto à utilidade). Para substituir teorias morais, ele propõe o pragmatismo jurídico, abordagem que considera mais útil.

371 *Ibidem*, p. ix.

372 *Ibidem*.

373 *Ibidem*.

374 *Ibidem*, p. viii.

Nas primeiras seções do artigo, argumentamos que o uso da moral no direito traz alguns problemas práticos (inadequação entre meios e fins e polarização). Dissemos, e continuamos a dizer, que essas objeções não pretendem refutar a moralidade e os princípios abstratos altamente valorativos no direito; pretende-se apenas que ocorra um uso parcimonioso, atento às consequências práticas. Da mesma forma, apresentamos a posição de Posner não com o objetivo de defender o ceticismo ético ou algo nessa linha (apesar de o autor claramente o defender). Aqui, nossa intenção é mostrar que há opções a abordagens que usam teorias morais para resolver problemas jurídicos. Essas posições podem ser bons complementos à moral ou substituí-la em pontos mais críticos, com os quais as teorias morais não estão adequadamente preparadas para lidar.

10. PRAGMATISMO

Cabe, então, desenvolver um pouco mais a ideia de pragmatismo. Costuma-se dizer que o que distingue o pragmatismo de outras abordagens é a conexão íntima que ele cria entre teoria e prática, entre pensamento e ação, sendo algo como uma terceira via entre o dogmatismo e o ceticismo, focando-se no falibilismo³⁷⁵.

Concordamos com essa definição, mas repare-se que ela não nos diz muito sobre o conteúdo do pragmatismo. E talvez deva ser assim. Abordagens pragmatistas não parecem carregar um conjunto mais ou menos definido de proposições (como, por exemplo, abordagens utilitaristas carregam). O pragmatismo não tem valência ideológica³⁷⁶. Há grandes autores pragmatistas que se filiam à linha social-liberal, como Rorty, Putnam e Dewey³⁷⁷; há pragmatistas de extrema esquerda, como Marx e alguns marxistas; e há pragmatistas conservadores e de direita, como Schumpeter, Hayek, Holmes e, talvez, Posner³⁷⁸. Nada impede que ideologias abjetas tenham um tino pragmático. Schmitt com certeza tinha uma teoria profundamente pragmática sobre o direito e a política³⁷⁹. E os nazistas não tinham pudores em justificar pragmaticamente sua relação com o judiciário³⁸⁰.

O pragmatismo parece ser mais um humor: uma inclinação a ver as coisas de forma mais prática, indo direto ao ponto, cortando desnecessidades metafísicas e especulativas³⁸¹. Cabe, então, indicar os sentidos em que acreditamos que o pragmatismo pode ser útil para substituir teorias morais.

375 DE WAAL, Cornelis. Sobre pragmatismo. São Paulo: Loyola, 2007, p. 18-20; 238.

376 POSNER, op. cit., 2005, cap. 7, p. 45.

377 Ibidem, p. 44-46.

378 Ibidem, p. 44, 165, 250.

379 Ibidem, p. 44-45.

380 JOAS, Hans. Pragmatism and social theory. University of Chicago, 1993

381 POSNER, op. cit., 2005, p. 26.

Um deles é a receptividade às ciências e às pesquisas empíricas³⁸². Juristas e políticos devem estar atentos às evidências empíricas que podem influenciar sua decisão e também devem fomentar novos programas empíricos. Nos últimos anos, está havendo um crescimento vertiginoso de investigações empíricas nas ciências sociais, em especial no Direito³⁸³. É recomendável que os tomadores de decisão no Brasil estejam atentos a essa nova tendência. Um bom embasamento empírico é fundamental para que as decisões políticas e jurídicas cumpram adequadamente seus fins, limitando efeitos colaterais indesejáveis.

Outro ponto é o consequencialismo. Pragmatismo e consequencialismo não são sinônimos, como já dissemos, mas acreditamos que a relação entre os dois é proveitosa³⁸⁴. Esse é um ponto em que o pragmatismo tem vantagens contra teorias morais tradicionais, especialmente aquelas fortemente normativas.

Por último, o apelo aos interesses pode atrair o pragmatista. Ao falar de consequencialismo e de opções à teoria moral, talvez possa ter ficado no ar a impressão de que estamos flertando com uma contradição performativa (argumentar contra uma coisa, mas ao mesmo tempo agir de forma a pressupor essa própria coisa)³⁸⁵. Como podemos argumentar contra a moral, mas depois eleger outras saídas como desejáveis? Isso não é um oxímoro? Acreditamos que esse não é o caso, porque não podemos confundir teorias morais com teorias normativas em geral. A moral é só um tipo, e muito particular, de teoria normativa, mas não o único³⁸⁶. De fato, há as teorias normativas prudenciais, que apelam aos interesses dos agentes³⁸⁷. Essa pode ser uma opção normativa à teoria moral que o pragmático pode explorar.

11. O PROBLEMA DO DISCURSO DE ÓDIO NA POLÍTICA (MAIS UMA VEZ)

Devemos voltar a falar do discurso de ódio na política. Acreditamos que todos os argumentos mais gerais apresentados até aqui se aplicam com especial força ao caso da política.

Independentemente do critério jurídico que seja adotado, parece-nos, em primeiro lugar, necessário que sejam evitados os que privilegiem argumentos e teorias morais mais diretamente, pelo alto risco de eles não conseguirem se adequar aos fins almejados e de

382 POSNER, op. cit., 2009.

383 EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. An introduction to empirical legal research. Oxford University, 2014

384 POSNER, Richard A. How judges think. Harvard University, 2008, cap. 1.

385 BUSTAMANTE, Thomas. Anti-theoretical claims about legal interpretation: the argument behind the fallacy. In: Argument types and fallacies in legal argumentation. Springer International Publishing, 2015, p. 95-110.

386 JOYCE, op. cit., cap. 3.

387 JOYCE, Richard. Essays in moral skepticism. Oxford; New York: Oxford University, 2016. p. 44 e ss.

umentar a polarização. Também é preciso tomar cuidado com o uso de princípios altamente valorativos de nosso ordenamento, como o da dignidade da pessoa humana. Apesar de ser um princípio fundamental, indispensável em nosso direito, o princípio da dignidade da pessoa humana corre o risco de ser aberto e indeterminado. Pode-se abrir espaço, no campo judicial, para o uso do princípio como porta de entrada para teorias morais aceitas individualmente pelos juízes, às vezes até para posições ideológicas.

Assim, nos casos difíceis, uma opção aos critérios morais seriam os critérios mais pragmáticos, preocupados, como vimos, com os interesses das partes potencialmente afetadas pela decisão e com as consequências práticas.

Um exemplo de abordagem jurídica sobre o discurso político mais próxima da pragmática que estamos defendendo aqui é a de Rodolfo Viana Pereira³⁸⁸. Em seu ensaio, o autor defende que os critérios para a regulação da liberdade de expressão no discurso eleitoral devem ser mais relaxados do que para os outros ramos do direito. A ideia seria de que, nos ramos tradicionais do direito brasileiro, deveríamos seguir a tendência internacional de limitar a liberdade de expressão no momento que ela prejudicar minorias sociais ou violar princípios jurídicos de igual importância. No entanto, no caso eleitoral, deveríamos nos aproximar mais do modelo americano, que tende a permitir o discurso em uma gama muito maior de opções, excepcionando somente casos de danos iminentes.

Pereira³⁸⁹ sustenta essa proposta com quatro argumentos: o de que o alinhamento ideológico não costuma ser considerado base identitária que mereça proteção constitucional; de que as posições ideológicas são menos fixas, mais voláteis do que os traços identitários geralmente protegidos, como a cor da pele e a origem étnica; de que, após a redemocratização no Brasil, não há histórico significativo de violência política que justifique intervenção brusca no discurso eleitoral e que, de fato, a democracia parece ser mais eficaz para evitar o aumento da polarização do que imposições *top-down* judiciais; e de que, comumente, nas candidaturas políticas no Brasil, a distinção entre a história pessoal do candidato e o seu programa político esfacela-se após escrutínio mais cuidadoso, fazendo com que a exposição midiática e a avaliação que o eleitor possa fazer da personalidade dos concorrentes sejam critérios legítimos para a escolha eleitoral.

Pereira³⁹⁰ também afirma que é preciso levar em conta questões empíricas para criar critérios jurídicos sobre o tema, mencionando os já citados casos em que a interferência do poder judiciário aumenta, ao invés de diminuir, o prestígio de candidatos com discursos políticos extremistas.

388 PEREIRA, Rodolfo Viana. Ensaio sobre o ódio e a intolerância na propaganda eleitoral. In: NORONHA, João Otávio de (Ed.) et al. Sistema político e Direito Eleitoral brasileiros. São Paulo: Atlas. 2016, cap. 33.

389 Ibidem.

390 Ibidem.

Estamos propensos a concordar com a posição do autor, mas o ponto é apenas enfatizar que seus argumentos se compatibilizam com o que se propõe neste artigo, porque são largamente práticos, mais focados em analisar os objetivos concretos das normas sobre o discurso de ódio e as consequências empíricas de sua aplicação no discurso eleitoral. Outras perspectivas, inclusive as que tendam a ser mais restritivas com a liberdade de expressão – mas que também tenham uma preocupação mais prática e pragmática com a questão do discurso de ódio – serão consideradas igualmente compatíveis com o que se aventou neste artigo.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, defendemos uma abordagem mais pragmática para lidar com o discurso de ódio na arena política e eleitoral. Começamos esboçando o problema e mostrando como o judiciário vem lidando com ele. Vimos que uma linha forte em nosso direito é a pós-positivista, que defende a importância de teorias morais e noções principiológicas altamente valorativas para resolver casos difíceis.

Um dos pontos centrais de nossa exposição foi que, apesar de essas abordagens mais valorativas terem grande importância em nosso direito, trazendo grandes avanços, elas também podem causar alguns problemas, como o aumento da polarização e o uso de técnicas teóricas inadequadas para alcançar fins práticos pretendidos.

Fizemos, ainda, distinções. Em primeiro lugar, entre abordagens sobre a identidade do direito e da moral e abordagens sobre a desejabilidade do uso da moral no direito; e, em segundo, entre intuições morais e teorias morais. Essas duas distinções foram importantes para esclarecer até que ponto a moralidade é inescapável ao direito, como diversos pós-positivistas afirmam. Tentamos mostrar que, de fato, nossas intuições morais, até o ponto em que elas influenciam nossos julgamentos e argumentos morais, são inescapáveis, e qualquer projeto prático que tente ignorá-las não será bem-sucedido. No entanto, também defendemos que teorias morais, por sua vez, não são inescapáveis, e é possível recorrer a caminhos epistemológicos diferentes do moral para resolver casos difíceis no direito.

Um desses caminhos é o pragmatismo, visto como abordagem consequencialista, focada em evidências empíricas e no objetivo de compatibilizar os interesses das partes envolvidas no conflito social. Acreditamos que uma análise pragmatista pode dar uma resposta específica ao problema da liberdade de expressão e do discurso de ódio no direito brasileiro. Uma hipótese interessante é de que se deve dar proteção mais ampla aos discursos nas matérias eleitorais. Essa resposta, claro, não precisa ser a única possível, mas é uma que se compatibiliza com o que foi proposto neste trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ASKOLA, Heli. Taking the bait? Lessons from a hate speech prosecution. **Canadian Journal of Law & Society/La Revue Canadienne Droit et Société**, v. 30, n. 1, p. 51-71, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA, Neto; PEREIRA, Cláudio; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-249.
- BUSTAMANTE, Thomas. Anti-Theoretical Claims About Legal Interpretation: The Argument Behind the Fallacy. In: **Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation**. Springer International, 2015. p. 95-110.
- DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- DE WAAL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Loyola, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- _____. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. OUP Oxford, 1999.
- _____. **Law's empire**. Harvard University, 1986.
- _____; BOEIRA, Nelson. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. **An introduction to empirical legal research**. Oxford University, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi; VITALE, Ermanno. **Diritti fondamentali: un dibattito teorico**. Gius. Laterza & figli, 2015.
- FGV/DAPP. Polarização política nas redes. O Globo. Disponível em: <<http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/fgv-pronunciamento-dilma.html>>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência** (Florianópolis), p. 327-355, 2013.
- GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Ed.). **Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment**. Cambridge university press, 2002.
- GRAHAM, Jesse et al. Moral foundations theory: The pragmatic validity of moral pluralism. **Advances in Experimental Social Psychology**, 2012.
- GREENE, Joshua D. et al. An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment. **Science**, v. 293, n. 5537, p. 2105-2108, 2001.
- _____. **Moral tribes: emotion, reason, and the gap between us and them**. Penguin, 2014.
- GREENWALD, Glenn. **In Europe, hate speech laws are often used to suppress and punish left-wing viewpoints**. The Intercept, 29/08/2017. Disponível em: <<https://theintercept.com/2017/08/29/in-europe-hate-speech-laws-are-often-used-to-suppress-and-punish-left-wing-viewpoints/>>. Acesso em: 3 dez. 2017.
- GRELLET, Fábio. **Justiça confirma condenação e multa de R\$ 150 mil a Bolsonaro por declarações homofóbicas**. Estadão. Rio de Janeiro, 09/11/2017. Disponível: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-confirma-condenacao-de-bolsonaro-por-afirmacoes-homofobicas>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

- HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. **Psychological review**, v. 108, n. 4, p. 814, 2001.
- _____. **The righteous mind**: Why good people are divided by politics and religion. Vintage, 2012.
- _____; BJORKLUND, Fredrik; MURPHY, Scott. **Moral dumbfounding**: When intuition finds no reason. Unpublished manuscript, University of Virginia, 2000.
- _____; HERSH, Matthew A. Sexual morality: The cultures and emotions of conservatives and liberals. **Journal of Applied Social Psychology**, v. 31, n. 1, p. 191-221, 2001.
- _____; KOLLER, Sílvia Helena; DIAS, Maria G. Affect, culture, and morality, or is it wrong to eat your dog?. **Journal of personality and social psychology**, v. 65, n. 4, p. 613, 1993.
- HARMAN, Gilbert. **The nature of morality**: an introduction to ethics. New York: Oxford University, 1977.
- HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1994.
- HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**. Harvard University, 2009.
- JOAS, Hans. **Pragmatism and social theory**. University of Chicago, 1993.
- JOYCE, Richard. **Essays in moral skepticism**. Oxford. New York. Oxford University, 2016.
- _____. **The myth of morality**. Cambridge: Cambridge University, 2001.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- _____; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. **Judgments under uncertainty**. Heuristics and Biases, Cambridge, 1982.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACKIE, John. **Ethics**: Inventing right and wrong. Penguin UK, 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. Ensaio sobre o ódio e a intolerância na propaganda eleitoral. In: NORONHA, João Otávio de. (Ed.) et al. **Sistema político e Direito Eleitoral brasileiros**. São Paulo: Atlas. 2016. cap. 33.
- POSNER, Richard A. **How judges think**. Harvard University, 2008.
- _____. **Law, pragmatism, and democracy**. Harvard University, 2005.
- _____. **Overcoming law**. Harvard University, 1995.
- _____. **The problematics of moral and legal theory**. Harvard University, 2009.
- RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford University, 2009.
- REIS, Vivian. **Justiça de SP aceita recurso de Levy Fidelix e suspende indenização de R\$ 1 milhão por comentários contra gays**. G1. São Paulo, 03/02/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/justica-de-sp-aceita-recurso-de-levy-fidelix-e-suspende-indenizacao-de-r-1-milhao-por-comentarios-contr-gays.ghtml>>. Acesso em: 3 dez. 2017.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008.
- ROZIN, Paul et al. The CAD triad hypothesis: a mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and three moral codes (community, autonomy, divinity). **Journal of personality and social psychology**, v. 76, n. 4, p. 574, 1999.
- SCHNALL, Simone et al. Disgust as embodied moral judgment. **Personality and social psychology bulletin**, v. 34, n. 8, p. 1096-1109, 2008.



SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. **Moral skepticisms**. New York: Oxford University, 2005.

SUCHMAN, Mark C.; EDELMAN, Lauren B. Legal rational myths: The new institutionalism and the law and society tradition. **Law & Social Inquiry**, v. 21, n. 4, p. 903-941, 1996.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements. **Harvard Law Review**, v. 108, n. 7, p. 1733-1772, 1995.

UNGER, Roberto Mangabeira. The critical legal studies movement. **Harvard Law Review**, p. 561-675, 1983.

VAN SPANJE, Joost; DE VREESE, Claes. The good, the bad and the voter: The impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. **Party Politics**, v. 21, n. 1, p. 115-130, 2015.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon, 1994.

WHEATLEY, Thalia; HAIDT, Jonathan. Hypnotic disgust makes moral judgments more severe. **Psychological science**, v. 16, n. 10, p. 780-784, 2005.

SERIA “DEUS” UM BOM CABO ELEITORAL?

Aghisan Xavier Ferreira Pinto³⁹¹

RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo verificar os efeitos do processo de laicização do Estado brasileiro e seus reflexos no desenvolvimento do processo político nacional. Busca-se traçar os contornos do atual estágio de separação entre o Estado e a igreja por meio da análise de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais para se entender se a candidatura confessional, na realização do processo eleitoral de atribuição de mandato eletivo, é compatível com o sistema constitucional brasileiro. Ainda, dentro do contexto eleitoral, pretende-se verificar a compatibilidade ou incompatibilidade da candidatura confessional no Brasil face ao princípio da laicização, ao Direito Eleitoral e à influência que a igreja pode trazer para os resultados obtidos nas urnas, por meio do discurso religioso/eleitoral e de sua ascendência psicológica e financeira sobre seus fiéis. Buscar-se-á, também, verificar como o México e os Estados Unidos da América disciplinam a participação da igreja em seus processos políticos/eleitorais.

1. INTRODUÇÃO

A laicidade do Estado brasileiro está caracterizada, de acordo com o que determina o art. 19, inciso I (primeira parte)³⁹², da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), pela impossibilidade da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios de estabelecerem cultos religiosos e igrejas de qualquer denominação. Esta proibição estende-se a qualquer tipo de subvenção pública ou, por outro lado, a qualquer tipo de embaraço ao funcionamento dos estabelecimentos religiosos ou à realização de cultos.

391 Advogado, formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, mestrando em Direito Político pela UFMG. Professor, formado em Letras pela UFMG.

392 Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

Não obstante o fato de constitucionalmente o Brasil configurar-se como um Estado laico, a realidade é que o povo brasileiro, como boa parte dos povos latinos, está entre os mais religiosos do Ocidente e a profusão de igrejas, cultos e seitas que se estabeleceram e surgiram no território nacional deixa evidente a influência da religiosidade no cotidiano dos cidadãos e em muitas das instituições e práticas de Estado.

A própria Assembleia Nacional Constituinte de 1988 invocou a “proteção divina” no texto preambular da Constituição³⁹³ e, apesar disso, estabeleceu, de forma paradoxal, a laicidade do Estado brasileiro no art. 19 do texto constitucional. Assim, o que se observa, é que a “separação entre Estado e religião” não é tão simples como se apresenta na Constituição Federal. É bastante usual encontrar órgãos e instalações públicas dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e outros que ostentem símbolos religiosos em suas dependências. Por vezes, documentos oficiais citam “Deus” ou “Jesus Cristo” em seus textos e, de forma mais evidente, a tradição religiosa mostra-se por meio de feriados nacionais, estaduais e municipais decorrentes, em especial, da tradição católica brasileira. Até mesmo datas de vestibulares e concursos públicos são alteradas para se adequarem a esta ou aquela tradição religiosa. Há, inclusive, a referência a “Deus” nas cédulas de real.

Observa-se, portanto, que a influência religiosa opera em vários seguimentos da sociedade brasileira, e a diversidade de cultos, denominações religiosas, igrejas e seitas revela o pluralismo e o ecletismo de credo do povo brasileiro. Com efeito, a forte cultura religiosa que caracteriza a identidade coletiva brasileira mostra-se nos diversos segmentos da sociedade e, naturalmente, tem o potencial de despertar nos cidadãos e nos seus representantes políticos, além de elevados sentimentos de contemplação religiosa, paixões e radicalismos capazes de desequilibrar a harmonia social.

Desse modo, não é raro que o extremismo e o ecletismo religioso da sociedade brasileira traduzam-se, em certas ocasiões, em atos de intolerância e em discurso de ódio entre aqueles que professam credos diferentes. Logo, a dificuldade de se separar religião e Estado faz com que os antagonismos religiosos e suas concepções acerca de elementos fundantes da sociedade e do Estado tenham o potencial de gerar tensão entre a autonomia privada e a autonomia pública, o que acaba por repercutir negativamente sobre a dinâmica social e, em diversos casos, estatal.

Partindo, assim, da discussão acerca da tensão entre a autonomia privada e a autonomia pública, na seara da religiosidade e, em especial, no Direito Eleitoral, o presente

393 CF/88 – Preâmbulo. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

trabalho apresenta o seguinte tema-problema: é a candidatura confessional, na realização do processo eleitoral de atribuição de mandato eletivo, compatível com o sistema constitucional brasileiro?

Em resposta ao tema-problema, duas hipóteses desvelam-se:

- a) a compatibilidade da candidatura confessional com o sistema constitucional brasileiro, apesar da cláusula constitucional de laicidade do Estado;
- b) a incompatibilidade da candidatura confessional com o sistema constitucional brasileiro.

Sendo afirmativa a resposta, quais medidas podem ser propostas para se evitar que o processo eleitoral, ainda que com candidaturas confessionais, seja “colonizado” por discursos de ódio e disputas religiosas acerca da tensão entre a autonomia privada e a autonomia pública versando sobre questões fundamentais da hipermodernidade, como o aborto, a eutanásia, a orientação sexual, a relação entre pais e filhos, o que deve ser lecionado nas escolas de ensino fundamental, tolerância religiosa, etc.?

Havendo resposta negativa ao tema-problema, como se poderia eliminar, por intermédio do processo democrático, a institucionalidade da religiosidade sobre o processo eleitoral? Há modelos jurídicos que proíbem ou que amenizam os efeitos positivos e/ou negativos da religiosidade sobre o processo eleitoral?

O tema-problema e as hipóteses a ele oferecidas são os vetores de condução inicial deste trabalho, que tem como contexto o constitucionalismo hipermoderno e a laicização do Estado brasileiro, bem como os possíveis efeitos da religiosidade no processo eleitoral.

A metodologia a ser utilizada será a analítico-conceitual, e serão utilizadas na pesquisa bibliografia nacional e estrangeira sobre o tema, bem como o acesso à jurisprudência de tribunais nacionais e à legislação nacional e estrangeira. Por conseguinte, será utilizado, como complemento, o método de direito comparado, de modo a analisar e discorrer sobre como a candidatura confessional é objeto de regulamentação jurídica no México e nos Estados Unidos da América.

Neste cenário, o presente trabalho se propõe ao objetivo geral de discorrer e analisar o tema das candidaturas confessionais no processo eleitoral, de modo a apreciar a sua compatibilidade ou incompatibilidade com o princípio da laicização do Estado brasileiro. Como objetivos específicos, serão trazidos à reflexão: a) questões concernentes aos chamados “discursos de ódio” nas campanhas eleitorais, fundados em pré-concepções religiosas; b) a influência, a aceitação ou a rejeição das candidaturas confessionais por parte de sociedade; c) os mecanismos jurídicos existentes para o impedimento ou para a minimização de efeitos negativos e/ou positivos de candidaturas confessionais nos sistemas jurídicos mexicano e estadunidense.

Além da introdução e das considerações finais, este trabalho será organizado em três tópicos principais. No primeiro deles, serão abordados o processo de laicização do Estado brasileiro com fundamento no constitucionalismo jurídico-político e as disposições da legislação eleitoral que buscam concretizar a “separação entre religião e Estado” no Brasil. No segundo tópico, será tratada a questão das candidaturas confessionais nos processos eleitorais do México e dos Estados Unidos da América. O terceiro tópico será dedicado à análise dos resultados das eleições gerais de 2014, em especial, aqueles relativos aos cargos de deputado federal e estadual, cujos candidatos se autodeclararam sacerdotes ou membros de ordem ou seita religiosa. A análise, baseada em dados divulgados pelo TSE, será feita com vistas a aferir o coeficiente de sucesso das candidaturas eleitorais confessionais. Neste tópico, sob a ótica do discurso de ódio e da intolerância religiosa, buscaremos verificar se a candidatura assumidamente confessional tem o poder de atrair ou repelir votos ao gerar tensão entre a autonomia privada (religião) e a autonomia pública (representação política) no âmbito do processo eleitoral.

2 O ESTADO LAICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ruy Barbosa foi o autor do Decreto nº 119-A³⁹⁴ que, em 1890, fez com que o Brasil deixasse de ter uma religião oficial para, então, tornar-se um Estado laico, onde a separação entre Estado e igreja permitisse a liberdade de crença, e especialmente a liberdade de culto. O principal efeito desse decreto foi possibilitar que os cultos religiosos, diferentes daquela da tradição Católica Romana, deixassem de acontecer apenas na intimidade dos lares de seus fiéis e pudessem ser realizados em espaços públicos como templos e igrejas, dando a todos o pleno direito de professarem sua fé de forma coletiva, segundo seus preceitos e sem intervenção do poder público.

Para Celso Lafer, o Estado laico é “tanto o que é independente de qualquer confissão religiosa quanto o relativo ao mundo da vida civil”³⁹⁵. Deste modo, o Decreto de 1890 fez surgir o Estado secular, neutro, leigo, onde os cidadãos podem definir seus destinos com base no uso da razão, e não pelos designios de uma verdade divina a eles revelada pela fé.

De modo oposto aos Estados confessionais ou teocráticos, a separação entre poder e religião é a base sobre a qual o Estado laico deve construir suas instituições e seu modelo de cidadania. Neste sentido, o art. 19, I (primeira parte), da Constituição Federal de 1988

394 BRASIL. Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências.

395 LAFER, Celso. Estado Laico. In: BENEVIDES, Maria Victória; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. (Orgs.). Direitos humanos, democracia e república – homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

espelha a ideia de um Estado onde as alianças entre igreja e instituições públicas não sejam mais possíveis como foram antes de 1890.

O Brasil contemporâneo não tem uma religião oficial, e o direito à liberdade religiosa ampla e irrestrita ou mesmo o direito à não religião, assegurados constitucionalmente pelo art. 5º, VI³⁹⁶, da Constituição Federal, devem ser respeitados. Para tanto, é necessário entender que “as normas religiosas das diversas confissões são conselhos dirigidos aos seus fiéis e não comando para toda a sociedade”³⁹⁷, e é a partir desse pensamento que se pode construir um país verdadeiramente tolerante e receptivo para todos os tipos de crenças.

Não obstante a Constituição Federal determinar a separação entre Estado e igreja, o que, de certa forma, garantiria que aquele não interferiria nesta ou vice-versa, o que podemos observar é que Estado e igreja ainda andam de mãos dadas e que esta relação continua ocupando grande espaço da vida nacional.

Exemplo disso está na própria Constituição Federal, que, se por um lado buscou garantir a liberdade de crença e culto no Brasil, por outro, tratou de criar mecanismos, como a imunidade tributária, para assegurar a efetividade dessa liberdade. O art. 150, VI, “b”³⁹⁸, veda aos Entes federativos a instituição de impostos sobre templos religiosos. Essa limitação ao poder de tributar estatal parece encontrar sua justificativa no não embaraço da atividade religiosa.

Por sua vez, o art. 19, I (segunda parte), da Constituição ressalva a colaboração entre Estado e igreja, desde que seja feita em favor do interesse público e na forma da lei. Em que pese a Constituição Federal deixar a cargo da lei infraconstitucional definir o tipo de colaboração a ser realizada entre Estado e igreja, parece-nos claro que, no Estado democrático, esta colaboração deverá ser realizada com o objetivo de beneficiar todos os cidadãos que professem ou não qualquer religião e não apenas aqueles cuja religião seja a mesma da igreja que celebra com o Estado qualquer tipo de parceria. Este é o pensamento de Aldir Guedes Soriano, para quem “o Estado laicista não pode favorecer uma religião em detrimento de outras (...)”³⁹⁹.

396 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

397 LAFER, op. cit., p. 228.

398 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

VI - instituir impostos sobre: (...)

b) templos de qualquer culto;

399 SORIANO, Aldir Guedes. Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 85.

Outras situações em que o público e o religioso ainda se encontram podem ser observadas no art. 5º, VIII⁴⁰⁰, da Constituição Federal, que garante a escusa de consciência por motivos religiosos e no art. 143, § 1º⁴⁰¹, que trata da possibilidade de serviços alternativos à prestação de atividades de caráter essencialmente militar e realizadas em tempos de paz, relativas ao serviço militar obrigatório ou, ainda, o ensino religioso que, de acordo como o art. 210, § 1º⁴⁰², da Constituição Federal, faz parte da grade curricular de ensino, mas terá matrícula facultativa.

Esses são apenas alguns exemplos de como o Estado, apesar de ter feito a escolha de se separar da igreja há mais de cem anos, ainda não consegue, de forma clara e objetiva, determinar o papel que lhe cabe na construção do Estado secular.

2.1 O Estado laico e o Direito Eleitoral

No campo do Direito Político e Eleitoral não é diferente. Estado e religião ainda não conseguiram se afastar e um se ocupa do outro de várias maneiras, quer seja no esforço de criar mecanismos legais que garantam a separação entre eles, quer seja na tentativa de aparelhamento político do Estado por bancadas declaradamente confessionais.

Deste modo, a legislação eleitoral, embora não seja abundante no que tange à regulação do papel e participação das igrejas nas eleições, aponta-nos alguns dispositivos que disciplinam essa relação. Assim, podemos destacar o disposto no inciso VIII⁴⁰³, art. 24, da Lei nº 9.504/1997, cuja redação proíbe a doação direta ou indireta a partidos ou candidatos. Destaca-se, porém, que esse artigo foi tacitamente revogado face à declaração de inconstitucionalidade do art. 81⁴⁰⁴ da Lei nº 9.504/1997 e art. 39⁴⁰⁵ da Lei nº 9.096/1995,

400 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

401 Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

402 Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

403 Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de: (...)

VIII - entidades beneficentes e religiosas; (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

404 BRASIL. Lei nº 9.504/97. Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

405 Lei nº 9.096/95. Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos.

no julgamento da ADI nº 4.650⁴⁰⁶, que proibiu doação de pessoas jurídicas aos partidos e campanhas eleitorais.

O Ministro Gilmar Mendes, em março de 2017 – quando presidia o TSE – mencionou em entrevista dada à Agência Reuters⁴⁰⁷ que o tribunal eleitoral já estuda uma maneira de barrar a relação financeira entre religião e política. “Depois da proibição das doações empresariais pelo Supremo Tribunal Federal, hoje quem tem dinheiro? As igrejas. Além do poder de persuasão. O cidadão reúne 100 mil pessoas num lugar e diz: ‘Meu candidato é esse’. Estamos discutindo para cassar isso.”

Apontamos, ainda, consoante o disposto no *caput* e § 4º do art. 37⁴⁰⁸ da Lei nº 9.504/1997, o entendimento de que os templos religiosos são considerados bens de uso comum, o que torna proibida a veiculação de propaganda política de qualquer sorte em suas dependências.

O Código Eleitoral, Lei nº 4.737/1965, por sua vez, traz em seu art. 242⁴⁰⁹ a proibição de propaganda eleitoral que seja capaz de criar artificialmente estados mentais, emocionais ou passionais nos cidadãos. Apesar de não trazer expressamente menção aos cultos religiosos, é plenamente possível a aplicação deste dispositivo aos casos em que campanhas eleitorais sejam realizadas por líderes religiosos durante os cultos ou nas dependências dos templos religiosos, uma vez que o sentimento religioso está intrinsecamente ligado aos estados mentais e emocionais dos fiéis, o que, de certo modo, destoa do caráter racional, informativo e propositivo que a campanha eleitoral deve ter.

2.2 Casos de abuso de poder religioso

Para José dos Santos Carvalho Filho, “nem sempre o poder é utilizado de forma adequada... e a conduta abusiva não pode merecer aceitação no mundo jurídico, devendo ser corrigida na via administrativa ou judicial”⁴¹⁰.

406 STF - Plenário. ADI 4.650/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 16 e 17.09.2015.

407 PARAGUASSU, Lisandra; MARCELLO, Maria Carolina. TSE quer controlar influência das igrejas nas eleições, diz Gilmar Mendes. 2009. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRKBN16F2TZ-OBRDN>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

408 Lei nº 9.504/1997. Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados. (...)

§ 4º Bens de uso comum, para fins eleitorais, são os assim definidos pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

409 Art. 242. A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais. (Redação dada pela Lei nº 7.476, de 15.5.1986)

410 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

O abuso de poder, então, materializa-se sob duas formas: o excesso de poder e o desvio de poder. Na seara administrativa, o excesso de poder fica caracterizado no momento em que o agente extrapola os limites de sua competência, enquanto o desvio de poder se dá quando o agente, embora ainda nos limites de sua competência, afasta-se do interesse público que deve instruir o ato administrativo.

Por analogia, podemos então classificar o abuso de poder religioso no Direito Eleitoral de acordo com os parâmetros fixados pelo Direito Administrativo. Assim, o líder religioso que se vale de sua posição de destaque e liderança dentro de sua igreja para influenciar seus fiéis a votarem, ou não, neste ou naquele candidato, utiliza-se do seu poder de forma arbitrária, extrapolando os limites da legalidade eleitoral e atuando “fora de sua competência”, o que caracterizaria o excesso de poder. De outra feita, o líder religioso que utiliza dependências e equipamentos dos templos religiosos para fazer campanha eleitoral age com desvio de poder, pois vale-se de bens constitucionalmente protegidos por imunidade tributária para auferir algum tipo de vantagem para si ou outrem.

Com efeito, quer seja por meio da manipulação da massa de fiéis ou pela utilização de templos religiosos isentos de tributação e classificados como bens de uso comum (no caso dos templos religiosos), o abuso de poder religioso, em última análise, tem potencial para desequilibrar o jogo de forças na disputa eleitoral.

Em que pese a Constituição Federal ser expressa quanto às práticas eleitorais abusivas relacionadas ao poder político/autoridade e ao poder econômico (CRFB – art. 14, § 9º^D), e a legislação eleitoral trazer algumas previsões relativas à participação das igrejas nos pleitos, não há previsão no ordenamento jurídico que expressamente traga sanções para o abuso do poder religioso usado com vistas a influenciar o processo eleitoral em favor ou desfavor de candidatos.

Não obstante a falta de regulamentação, em maio de 2017 o ministro do TSE, Napoleão Nunes Maia Filho, afastou do cargo o deputado estadual de Alagoas o pastor João Luis Rocha⁴¹¹ (PSC), que teve o mandato cassado pelo TSE de Alagoas em julho de 2016, mas mantinha-se no cargo.

De acordo com a denúncia oferecida pelo procurador eleitoral Marcial Duarte Coêlho, o pastor foi eleito como o “candidato da Igreja do Evangelho Quadrangular, representante da família quadrangular”, o que, segundo o procurador, transformou a igreja em uma espécie de plataforma de campanha onde haveria uma determinação de “apoio aos candidatos por parte dos membros da igreja”.

Em sua decisão, o Ministro do TSE disse que “não há como se confundir a liberdade de culto religioso e os espaços dos templos com escudos protetores, nichos impenetráveis

411 TSE. RO – 224193. Julgado em 15.7.2017.

ou casamatas de concreto para esconder a prática de ilícitos de qualquer natureza – neste caso, ilícitos eleitorais”.

Outro caso de abuso de poder religioso é o do missionário Márcio Santiago, eleito deputado estadual por Minas Gerais (PTB-MG) e posteriormente cassado pelo TRE daquele estado por abuso de poder religioso⁴¹². O missionário, nas eleições de 2014, aproveitou-se de um evento de determinada igreja que contava com mais de 5 mil fiéis e era televisionado para pedir votos. Apesar da cassação, o deputado permanece no cargo face ao seu recurso ao TSE, cuja relatoria ficou a cargo da Ministra Rosa Weber.

Mais episódios de abuso do poder religioso espriam-se pelo país como o do prefeito do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, acusado pelo vice-procurador-geral eleitoral, Nicolau Dino, que pediu a declaração de sua inelegibilidade por abuso de poder religioso ou, ainda, o caso do Pastor Sargento Marcos (Marcos Pereira de Azevedo – PSB-SP), eleito vereador pelo Guarujá e teve seu mandato cassado em abril de 2017 por fazer campanha dentro do templo religioso.

Deste modo, observa-se que, face à lacuna na legislação eleitoral relativa ao abuso religioso, os magistrados, ao enfrentar as questões ligadas ao abuso da influência que a religião tem sobre os fiéis, utilizam-se de dispositivos já positivados no ordenamento para tipificar a conduta de líderes e candidatos religiosos. Um exemplo dessa prática é a utilização do art. 24, inciso VIII, da Lei nº 9.504/1997, que veda a doação pecuniária aos partidos e candidatos, de forma direta ou indireta, o que inclui qualquer tipo de publicidade em instituições religiosas ou beneficentes.

Esse posicionamento acerca da proibição de contribuição financeira em campanha eleitoral ganhou maior força e encontra abrigo no entendimento *do Supremo Tribunal Federal de que pessoas jurídicas não podem contribuir para as campanhas eleitorais (ADI nº 4.650, rel. Min. Luiz Fux)*.

Outra possibilidade sobre a qual os magistrados lançam mão é o enquadramento do abuso do poder religioso como abuso de poder econômico, previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, face ao poderio financeiro de certas igrejas.

É possível também a tipificação da conduta de abuso do poder religioso como propaganda eleitoral irregular com previsão no art. 37, *caput*, da Lei nº 9.504/1997, que numa interpretação extensiva equipara os templos religiosos a bens públicos.

O Ministro do TSE Henrique Neves da Silva, Relator do Recurso Ordinário nº 2.653, informa que o “discurso *religioso proferido durante ato religioso está protegido pela garantia de liberdade de culto*□, mas que □tal proteção, contudo, não atinge situações em que

412 AIJE – Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 537003.

o culto religioso é transformado em ato ostensivo ou indireto de propaganda eleitoral, com pedido de voto em favor dos candidatos (RO nº 2.653, rel. Min. Henrique Neves da Silva, julgado em 7/3/2017).

E, finalmente, há a possibilidade de se enquadrar o abuso de poder religioso como propaganda eleitoral abusiva e ilegal que cria, de forma artificial, estados mentais e emocionais nos fiéis, levando-os a votar em candidatos apontados pelas lideranças religiosas.

3. A CANDIDATURA CONFESSIONAL NO MÉXICO E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

3.1 México – Proibição

A Constituição Mexicana garante aos cidadãos a participação política nas suas formas ativa e passiva. Deste modo, toda e qualquer limitação ao direito fundamental da participação política deve estar expressamente prevista em uma norma. Assim, a própria constituição estabeleceu limites à participação política passiva (capacidade de ser votado) dos líderes religiosos, pois, naquele país, os cidadãos que pretendam participar das eleições devem pertencer ao Estado laico.

No México, a separação histórica entre igreja e Estado ocorreu no século XIX, quando o Estado tomou para si os bens pertencentes às igrejas, reduziu os privilégios dos religiosos e assumiu as atividades essencialmente estatais que, naquele tempo, eram desempenhadas pelas igrejas, tais como serviços de saúde e educação.

O objetivo era a secularização do Estado, claramente separando as atividades do Estado das atividades da igreja que, a partir daquele momento, deveria restringir-se às atividades religiosas nos limites de seus templos. O movimento separatista entre a igreja e o Estado ainda teve outros episódios, como a Revolução Liberal de 1910 e a reforma constitucional de 1992, quando se estabeleceu, de forma definitiva, o papel da igreja no direito político/eleitoral mexicano.

A Constituição Mexicana determina que as associações religiosas não participem da política partidária nem de campanhas em favor de qualquer candidato ou partido político. O art. 130 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos⁴¹³ definiu expressamente a separação entre Estado e igrejas determinando que as autoridades políticas não intervenham na vida interna das associações religiosas e vedando que os líderes religiosos ocupem cargos públicos tornando-os inelegíveis enquanto mantiverem seus vínculos religiosos.

413 Artículo 130. El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley.

Destaca-se que os cidadãos, líderes religiosos, que pretendam concorrer em eleições devem se “separar definitivamente de seu ministério com cinco anos de antecedência”⁴¹⁴. Deste modo, a Constituição Mexicana e a Lei das Associações Religiosas e Culto Público (art. 14, primeira parte⁴¹⁵), além de limitarem a participação política de padres, pastores ou qualquer outro tipo de ministros de cultos nas questões eleitorais determinando seu afastamento da igreja e restringindo o uso que eles podem fazer dos meios e aparelhos religiosos, também vedou-lhes a assunção a cargos públicos superiores, a menos que se desliguem de suas igrejas com no mínimo três anos de antecedência.

De modo diverso ao que acontece no Brasil, onde partidos políticos utilizam em seus próprios nomes menções religiosas, no México, a Constituição proíbe qualquer formação política cujo nome traga quaisquer palavras ou símbolos que indiquem alguma relação religiosa. Há, ainda, vedação à utilização de templos religiosos para reuniões de caráter político⁴¹⁶.

Além das limitações constitucionais, no México, a lei eleitoral também deixa clara a separação entre religião e Estado ao elencar diversas restrições que devem ser observadas pela igreja, seus líderes e partidos políticos.

O Código Federal de Instituições e Procedimentos Eleitorais assevera, em seu art. 38, § 1º, alínea “q”⁴¹⁷, a obrigação de os partidos políticos absterem-se de utilizar símbolos religiosos em sua propaganda. Por sua vez, o art. 25, § 1º, “c”⁴¹⁸, do mesmo código, deter-

414 MEZA Salazar, Martha Alicia. El derecho constitucional mexicano. México: ISEF, 2015.

415 Artículo 14. Los ciudadanos mexicanos que ejerzan el ministerio de cualquier culto, tienen derecho al voto en los términos de la legislación electoral aplicable. No podrán ser votados para puestos de elección popular, ni podrán desempeñar cargos públicos superiores, a menos que se separen formal, material y definitivamente de su ministerio cuando menos cinco años en el primero de los casos, y tres en el segundo, antes del día de la elección de que se trate o de la aceptación del cargo respectivo. Por lo que toca a los demás cargos, bastarán seis meses.

Tampoco podrán los ministros de culto asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna.

La separación de los ministros de culto deberá comunicarse por la asociación religiosa o por los ministros separados, a la Secretaría de Gobernación dentro de los treinta días siguientes al de su fecha. En caso de renuncia el ministro podrá acreditarla, demostrando que el documento en que conste fue recibido por un representante legal de la asociación religiosa respectiva.

Para efectos de este artículo, la separación o renuncia de ministro contará a partir de la notificación hecha a la Secretaría de Gobernación.

416 Artículo 130. (...)

Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.

417 Artículo 38. 1. Son obligaciones de los partidos políticos nacionales: (...)

q) Abstenerse de utilizar símbolos religiosos, así como expresiones, abusos y fundamentaciones de carácter religioso en su propaganda;

418 Artículo 25.

1. La declaración de principios invariablemente contendrá, por lo menos: (...)

c) La obligación de no aceptar pacto o acuerdo que lo sujete o subordine a cualquier organización internacional o lo haga depender de entidades o partidos políticos extranjeros; así como no solicitar o, en su caso, rechazar toda clase de apoyo económico, político o propagandístico proveniente de extranjeros o de ministros de los cultos de cualquier religión, así como de las asociaciones y organizaciones religiosas e iglesias y de cualquiera de las personas a las que este Código prohíbe financiar a los partidos políticos;

mina que os partidos políticos não aceitem nenhum apoio político, econômico ou propagandístico proveniente de ministros de cultos de nenhuma religião, igreja e associação religiosa.

As limitações mais comuns impostas aos partidos políticos são: não fazer alusões religiosas; não depender de ministros ou igrejas; não incluir motivos religiosos na propaganda; e não receber financiamento de ministros ou igrejas;

Por sua vez, os padres, pastores e líderes religiosos têm, entre outras, as seguintes limitações: não ser funcionário eleitoral; não ser auxiliar eleitoral; não ser observador eleitoral; não ser candidato a cargos políticos, pois o líder religioso é inelegível a menos que se desvincule do ministério antecipadamente; não estar presente na seção eleitoral; não realizar proselitismo.

Em caso de má conduta alegada, o órgão eleitoral está habilitado a levar o caso ao tribunal eleitoral que, depois de investigar a denúncia, estará habilitado a impor diretamente uma sanção ao ministro de culto. As violações relativas às restrições em matéria religiosa podem ser motivo para sanções administrativas, perda de registro do candidato ou nulidade da eleição.

3.2 Estados Unidos – Perda de Incentivos Tributários

Uma das condições para que certas instituições gozem de isenção de impostos nos Estados Unidos da América é a proibição de participação em campanhas políticas. Apesar de haver outras restrições oriundas de leis estaduais e locais que também regulam esta participação, tal como a Lei Federal de Campanha Eleitoral (Federal Election Campaign Act), há na seção 501 do Código da Receita Federal⁴¹⁹ expressa previsão de que as organizações religiosas estão proibidas de participar ou intervir, direta ou indiretamente, em campanhas políticas, em nome ou em oposição a qualquer candidato a cargo público eletivo. Tal proibição é tida como uma das condições para a manutenção do *status* de beneficiário de isenção fiscal, razão pela qual há quem entenda que a impossibilidade de participação

419 Código dos EUA, § 501 - Isenção de imposto sobre sociedades, certos fideicomissos, etc.

(a) ISENÇÃO DA TAXA

Uma organização descrita nas subseções (c) ou (d) ou na seção 401 (a) estará isenta de tributação sob este subtítulo, a menos que essa isenção seja negada nos termos da seção 502 ou 503.

(c) LISTA DAS ORGANIZAÇÕES ISENTAS

As seguintes organizações são referidas na subseção (a): (...)

(3)

Corporações, quaisquer fundos comunitários, fundo ou fundação, organizados e operados exclusivamente para fins religiosos, de caridade, científicos, testes de segurança pública, fins literários ou educacionais, ou para promover a competição de esportes amadores nacionais ou internacionais (mas somente se nenhuma parte de suas atividades envolverem a provisão de instalações ou equipamentos de atletismo), ou para a prevenção de crueldade contra crianças ou animais, nenhuma parte do lucro líquido que possibilite benefício de qualquer acionista ou indivíduo particular, nenhuma parte substancial das atividades de que haja propaganda ou, de outra forma, tentando influenciar a legislação (exceto quando previsto na subseção (h)), e que não participe ou intervenha (incluindo a publicação ou distribuição de declarações), em qualquer campanha política em nome de (ou em oposição à) qualquer candidato para cargos públicos.

política das instituições religiosas não se trata exatamente de uma proibição, mas de uma opção, ou seja, a organização religiosa poderá optar por receber isenção fiscal ou, abrindo mão desta, participar da atividade política.

A proibição de que trata a seção 501, além de vedar a participação direta das igrejas que gozam de benefícios fiscais em campanhas eleitorais, também proíbe declarações escritas ou faladas acerca de candidatos ou partidos políticos, o “ranqueamento” de candidatos, qualquer tipo de apoio financeiro ou qualquer tipo de ação tendenciosa em prol ou contra qualquer candidato.

A despeito de terem sido criadas em 1954, quando o Congresso estadunidense emendou o Código da Receita Federal limitando a participação política de grupos religiosos e outras instituições que também gozam de isenções fiscais, as limitações impostas à igreja continuam a vigorar nos Estados Unidos da América, ainda que, mais recentemente, grupos ligados às instituições religiosas se mostrem dispostos a discutir essas limitações ao argumentarem ser injusto o cerceamento de seu discurso político, condicionando sua imunidade fiscal à não participação política.

Neste ponto, vale destacar que as restrições do Código da Receita Federal americana são impostas às igrejas e não aos seus líderes, que, individualmente, poderão endossar, apoiar ou criticar candidatos políticos, sem quaisquer restrições. Ademais, as igrejas americanas estão livres para registrar seus membros como votantes, distribuir guias eleitorais, convidar todos os candidatos para debates, além de discutir diretamente com os seus fiéis sobre temas de importância nas comunidades como a legislação acerca do casamento, do aborto, etc.

Contudo, uma recente pesquisa conduzida pelo Pew Research Center – instituição dedicada, entre outros assuntos, ao estudo da política e de tendências sociais nos Estados Unidos da América – demonstrou que, apesar de a grande maioria dos cidadãos americanos considerarem que uma forte convicção religiosa seja uma característica apreciável nos candidatos aos cargos políticos, 66% dos americanos são contra o endosso, pela igreja, de candidatos⁴²⁰.

4. A CANDIDATURA CONFESSIONAL E O RESULTADO DAS URNAS – DEUS COMO CABO ELEITORAL

A pesquisa realizada no site do TSE⁴²¹ analisou o número de candidatos aos cargos de deputado federal e estadual aptos a concorrerem no pleito de 2014 e que se autodeclara-

420 PEW RESEARCH CENTER. Preaching politics from the pulpit. 2012. Disponível em: <<http://www.pewforum.org/2012/10/02/preaching-politics-from-the-pulpit-2012/>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

421 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Estatísticas. 2014. <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/estatisticas>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

ram sacerdotes ou membros de ordem ou seita religiosa. Estas candidaturas confessionais foram divididas em dois grupos, quais sejam: a) candidatos que usaram nome civil na urna; b) candidatos que usaram nome confessional na urna.

Como nome civil, a pesquisa considerou nomes que não utilizavam títulos ligados à religiões, ordem ou seitas religiosas. Por sua vez, foram considerados nomes confessionais aqueles que traziam em si títulos tais como padre, pastor, irmão, bispo, missionário, presbítero, mãe, etc.

Para o cargo de deputado federal, 21 candidatos autodeclararam-se sacerdotes ou membros de ordem ou seita religiosa. Entre esses candidatos, 11 utilizaram nome confessional na urna e 10 utilizaram o nome civil.

O coeficiente de sucesso das candidaturas confessionais, de acordo com o site do TSE, mostrou-se muito elevado, chegando a 81% de sucesso considerando os candidatos eleitos e os eleitos como suplentes.

Candidaturas confessionais ao cargo de deputado federal – 21			
	Eleitos	Suplentes	Não eleitos
Nome civil – 10	2 (coeficiente partidário)	6	2
Nome confessional – 11	0	9	2
Resultado	9,5%	71,5%	19%

Para o cargo de deputado estadual, 56 candidatos autodeclararam-se sacerdotes ou membros de ordem ou seita religiosa. Entre esses candidatos, 40 utilizaram nome confessional na urna e 16 utilizaram o nome civil.

Assim como no caso de candidatos ao cargo de deputado federal, o coeficiente de sucesso das candidaturas confessionais ao cargo de deputado estadual, de acordo com o site do TSE, mostrou-se muito elevado, chegando a 86% de sucesso considerando os candidatos eleitos e os eleitos como suplentes.

Candidaturas confessionais ao cargo de deputado estadual – 56			
	Eleitos	Suplentes	Não eleitos
Nome civil – 16	3 (coeficiente partidário)	9	4
Nome confessional – 40	5	31	4
Resultado	14%	72%	14%

Dessa amostra de resultados, podemos concluir que a candidatura confessional, apesar de não garantir a eleição direta de seus candidatos, mostra-se como uma estratégia política/eleitoral vantajosa ou, no mínimo, razoável, pois dos 77 candidatos que se auto-declararam religiosos 10 foram eleitos (13%), 55 foram eleitos como suplentes (71,5%) e apenas 12 candidatos não obtiveram qualquer sucesso (15,5%).

Logo, parece seguro dizer que o discurso de ódio, por vezes proferido entre os fiéis das diversas igrejas, seitas e cultos espalhados pelos Brasil e gera grande tensão na autonomia privada dos cidadãos não é refletido pelas candidaturas confessionais ou, se presente nestas candidaturas, a tensão por ele gerada não é capaz de repelir votos a ponto de prejudicar seus candidatos que, em verdade, parecem se beneficiar do rebanho de fiéis que lhes segue com devoção.

Isto posto, parece claro que o discurso de ódio, quando presente e perpetrado por fiéis que professam religião diferente daquela do candidato confessional, não é capaz de suplantar o capital eleitoral amealhado pelo candidato dentro do seu próprio rebanho de fiéis. Vale ainda ressaltar que, muitas vezes, os fiéis são influenciados por discursos proferidos com abuso de poder religioso, sendo compelidos a votar em seus líderes de devoção ou em candidatos por eles indicados por razões supostamente espirituais.

À vista disso, verifica-se que o discurso de abuso de poder religioso traz consigo duas perspectivas; a primeira, positiva, de apoio a determinado candidato, e a segunda, negativa e por vezes explícita, impregnada pelo discurso de ódio, pois o candidato de oposição, seja um sujeito específico ou todos os outros candidatos em geral, é descrito como a antítese do bem e do ideal da comunidade religiosa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda a exposição acerca da candidatura confessional no Brasil, dos problemas por ela gerados, dos dispositivos legais que buscam regulá-las e dos casos levados ao poder judiciário eleitoral em face destas mesmas candidaturas, conclui-se que a resposta para o tema-problema proposto por este trabalho é a de que a candidatura confessional no Estado democrático de direito se mostra incompatível com o sistema constitucional brasileiro.

Em que pese não haver na Constituição Federal ou nas leis eleitorais expressa vedação às candidaturas confessionais, no estado laico, como idealizado por Rui Barbosa no Decreto nº 119-A de 1890 e refletido pelo art. 19, I (primeira parte) da Constituição Federal de 1988, a atividade política deve se dar livre de amarras e dogmas religiosos que, se por um lado mostram o pluralismo da sociedade brasileira, por outro segmentam os cidadãos em grupos distintos.

A representação política exercida pelos candidatos eleitos é feita em nome da sociedade coletiva e plural, e o cargo político não deve ser usado como expressão de questões de foro eminente íntimo como é o sentimento religioso. Com efeito, o mandato parlamentar é dirigido para a vida civil e deve ser orientado pela busca e consolidação do Estado de-

mocrático onde as normas religiosas valham apenas como inspiração para os fiéis que as seguem e não como diretrizes de toda uma sociedade.

Verifica-se, então, que a candidatura confessional no Brasil ganha contornos de inconstitucionalidade, pois a institucionalização da religiosidade sobre o processo eleitoral tem o condão de violar os mecanismos que garantem a participação de toda a sociedade na tomada de decisões políticas e jurídicas que devem estar presentes no Estado democrático-constitucional de direito⁴²² ao prestigiar determinados grupos sociais aglutinados em torno dessa ou daquela igreja, em detrimento daqueles que não professam a mesma religião dos candidatos eleitos.

Não obstante o problema da violação da representação democrática do mandato parlamentar, a candidatura confessional também representa violação ao princípio da isonomia no pleito eleitoral. Por meio da interpretação dos números de candidatos confessionais e o coeficiente de sucesso de suas candidaturas resta claro que a candidatura religiosa desequilibra as forças democráticas na corrida eleitoral. Tal desequilíbrio fica aparente nos casos de abuso do poder religioso em que o uso da igreja como plataforma eleitoral favorece o candidato religioso, que, além de usar seu prestígio de liderança perante os fiéis, manipula a sua opinião utilizando para tanto dogmas e elementos religiosos, que podem se traduzir em discurso de ódio contra determinados candidatos ou seguimentos da sociedade, o que caracteriza um verdadeiro assédio psicológico que é capaz de criar nos fiéis/eleitores estados mentais, emocionais e passionais que os levem a votar de acordo com a vontade de seu líder religioso.

Ademais, o uso dos templos, bens classificados como de uso comum e que gozam de imunidade tributária, além de outros bens pertencentes às igrejas, nas campanhas eleitorais caracterizam-se como propaganda irregular e doação que, mesmo não sendo em dinheiro, é estimável em dinheiro e, em última análise, vantagem indevida.

Como colocado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando na presidência do TSE, no Brasil se estuda a criação de mecanismos que repilam a influência religiosa no Direito Eleitoral. Mas, esses esforços ainda são tímidos se comparados às experiências de outros países como os Estados Unidos da América com uma posição mais liberal, onde as instituições religiosas têm liberdade para participar do jogo político direta ou indiretamente desde que abram mão da imunidade tributária de que gozam, ou em especial e de forma mais pronunciada o México, onde a participação das igrejas e de seus representantes no processo eleitoral é expressamente vedada pela Constituição e pelo Direito Eleitoral.

422 OLIVEIRA, Márcio Luis de. A Constituição juridicamente adequada. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 264.

REFERÊNCIAS

- ALONSO, Karla Judith Chicatto. **Regulación religiosa en materia electoral**. 2011. Disponível em: <http://www.tegroo.com.mx/sitio2007/tegroo/activos/pdf/articulos/2011/regulacion_religiosa.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- _____. **Decreto nº 119-A**, de 7 de janeiro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- _____. **Código Eleitoral**, Lei nº 4.737/1954. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- _____. **Lei das Inelegibilidades**, Lei Complementar nº 64/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- _____. **Lei dos Partidos Políticos**, Lei nº 9.096/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- _____. **Lei das Eleições**, Lei nº 9.504/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Código da Receita Federal** – seção 501. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/501>>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- HARELL, Allison. **The limits of tolerance in diverse societies: hate speech and political tolerance norms among youth**. Queen's University.
- LAFER, Celso. Estado Laico. In: BENEVIDES, Maria Victória; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. (Orgs.). **Direitos humanos, democracia e república** – homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.
- MÉXICO. **Constituição política dos Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- _____. **Código Eleitoral**. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/cofipe.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- _____. **Lei de Associações Religiosas e Culto Público**. Disponível em: <<https://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-de-asociaciones-religiosas-y-culto-publico/titulo-segundo/>>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- MEZA Salazar, Martha Alicia. **El derecho constitucional mexicano**. México: ISEF, 2015.
- OLIVEIRA, Márcio Luis de. **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- PARAGUASSU, Lisandra; MARCELLO, Maria Carolina. **TSE quer controlar influência das igrejas nas eleições, diz Gilmar Mendes**. 2009. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRKBN16F2TZ-OBRDN>>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- PETERSEN, Michael et al. Freedom for All? The Strength and Limits of Political Tolerance. **British Journal of Political Science**, 41, 2011p. 581-597. Disponível em: <http://journals.cambridge.org/abstract_S0007123410000451>. Acesso em: 27 abr. 2018.



PEW RESEARCH CENTER. **Preaching politics from the pulpit**. 2012. Disponível em: <<http://www.pewforum.org/2012/10/02/preaching-politics-from-the-pulpit-2012/>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Estatísticas**. 2014. <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/estatisticas>>. Acesso em: 27 abr. 20

ANA CLAUDIA SANTANO: Pós-doutoranda em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha; pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano, NUPED, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

CARLOS GONÇALVES JUNIOR: Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional e Direito Eleitoral do curso de graduação da Faculdade de Direito da PUC/SP. Professor do curso de especialização em Direito Constitucional da PUC/SP (COGEAE). Coordenador Acadêmico do Curso de Especialização em Direito Eleitoral da PUC/SP (COGEAE). Advogado atuante na área de Direito Público. Membro das Comissões de Ensino Jurídico, Direito Constitucional e Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo.

DANIEL GUSTAVO FALCÃO PIMENTEL DOS REIS: Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP) e da Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasileiro de Direito Público (EDB/IDP). Coordenador da Pós-graduação presencial em Direito Eleitoral do IDP. Doutor, Mestre e Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP).

DIOGO RAIS RODRIGUES MOREIRA: Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP pelo projeto “CNJ Acadêmico” da CAPES em parceria com o Conselho Nacional de Justiça e em convênio com a Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP, com cursos de extensão em Justiça Constitucional pela Université Paul Cézanne (Aix-en-Provence, França). Pesquisador do Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação e Coordenador do Observatório da Lei Eleitoral ambos da FGV-Direito SP. É membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADep. É professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Autor dos livros: A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal – o caso das audiências públicas (Fórum) e Direito Eleitoral (Saraiva).



FLÁVIO CHEIM JORGE: Advogado. Professor Associado IV da UFES (Graduação e Mestrado). Mestre e Doutor pela PUC/SP. Juiz Eleitoral Titular – Classe dos Juristas – do TRE/ES (2004-2008)

JOÃO ANDRADE NETO: Doutor em Direito pela Universität Hamburg (UHH). Bolsista do programa de excelência Albrecht Mendelssohn Bartholdy Graduate School of Law (AMBSL). Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Analista judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE-MG). Professor de Direito Eleitoral do programa de pós-graduação à distância da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas Virtual). Conteudista e instrutor da Escola Judiciária Eleitoral (EJE-MG) e colaborador da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Avaliador/parecerista da “Revista Brasileira de Direito” (ISSN: 2238-0604), “Revista Direito & Práxis” (ISSN: 2179-8966) e da “Revista Quaestio Iuris” (ISSN: 1516-0321). Membro da ABRADep. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8112619742629433>.

JULIANA RODRIGUES FREITAS: Doutora em Direito (2010 – UFPA), com pesquisa realizada na Università di Pisa – Itália e na Universidad Diego Portales – Santiago/Chile. Mestre em Direitos Humanos (2003 – UFPA). Pós-Graduada em Direito do Estado (2006 – Universidade Carlos III de Madri – Espanha). Graduada em Direito (1998 – Universidade da Amazônia). Atua como Consultora Jurídica e Advogada na área eleitoral e municipal. Professora da Graduação e Mestrado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Professora substituta de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional da Universidade Federal do Pará, durante o período de 2003 a 2004. Pesquisadora do Observatório de Direito Eleitoral do CNPQ, promovido pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Membro Fundadora da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADep. Avaliadora de artigos submetidos ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito – CONPEDI. Membro do Conselho de Consultores da Revista de Estudos Jurídicos da Universidade Estadual Paulista -UNESP.

LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA: Advogado e Consultor na área do Direito Empresarial, graduado pela Universidade Católica do Paraná. Professor da Graduação e da Pós-Graduação, Consultor da Pós-Graduação de Ciência Política e Direito Eleitoral do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Professor de Pós-Graduação do Instituto Romeu Bacellar. Pós-Graduado em Processo Civil, é Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná. Presidiu o Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral – Curitiba 2016. Coordenador da Revista Brasileira de Direito Eleitoral.

LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JUNIOR: Possui graduação em Direito pela UFPA e Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional pela UFSC. Pós-doutor pela Universidade de McGill (Canadá). Professor do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí e das disciplinas de Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional nos cursos de Graduação em Direito e em Relações Internacionais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, Direito Público (Constitucional e Administrativo) e Direito Eleitoral Atualmente é Sócio do Escritório Menezes Niebuhr Advogados Associados.

MARCELO WEICK POGLEISE: Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2015). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN (2006). Professor dos Cursos de Direito do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ e da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Advogado e Consultor Jurídico. Foi membro e Secretário da Comissão Nacional de Acesso à Justiça da Ordem dos Advogados do Brasil (2010-2012). Exerceu também os cargos de Procurador-Geral do Município de João Pessoa (2009), Procurador-Geral do Estado da Paraíba (2009) e Secretário de Estado de Governo da Paraíba (2009/2010). Participou, entre os anos de 2009 e 2010, na qualidade de Secretário-Geral, do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do Estado da Paraíba. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADPEP e do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral – IBRADE.

MARILDA DE PAULA SILVEIRA: Mestre e Doutora em Direito pela UFMG. Coordenadora Acadêmica do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Professora de cursos de Pós-Graduação em Direito Administrativo e Eleitoral. Membro do IBRADE e da ABRADPEP. Advogada.

RODOLFO VIANA PEREIRA: Fundador e primeiro Coordenador-Geral da ABRADPEP. Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-graduado em Direito Eleitoral e Administração de Eleições pela Universidade de Paris II. Pós-graduado em Educação a Distância pela Universidade da Califórnia, Irvine. Coordenador acadêmico do IDDE. Advogado sócio da MADGAV Advogados.

VÂNIA SICILIANO AIETA: Juspolitóloga e advogada especializada em Direito Eleitoral, é Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UERJ. Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela PUC-Rio (2014) em conclusão. Doutorado em Direito Constitucional pela PUC-SP (2003), Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio (1997). Graduação em Direito pela UERJ (1991). Líder dos grupos de pesquisa no CNPQ Observatório do Direito Eleitoral, Hermenêutica Constitucional e Análise Transacional e Políticas Públicas e Direito da Infraestrutura; bem como do grupo de pesquisa internacional CONSTITUTIONAL DIMENSIONS OF POLITICAL PARTIES AND POLITICAL RIGHTS. Presidente da Escola Superior de Direito Eleitoral (ESDEL). Editora da Revista BALLOT, especializada em Direito Eleitoral Internacional. Além da Faculdade de Direito da UERJ, leciona na Escola da Magistratura, na Escola Judiciária Eleitoral, na Universidade Veiga de Almeida, na UNILASALLE e no Instituto de Direito da PUC-Rio. Além de Editora-Geral da Revista BALLOT, faz parte do Conselho Editorial das Editoras Freitas Bastos e Editar e do Conselho Executivo das Revistas de Direito da Cidade e Quaestio Iuris (ambas com Qualis A). Faz parte do Conselho Editorial da Revista Paraná Eleitoral, onde também é parecerista, assim como também é parecerista da Revista de Direito Constitucional e Internacional e da Revista de Meio Ambiente Digital e Sociedade de Informação. Realiza trabalho voluntário junto à obra social de Sua Majestade Rainha Silvia, da Suécia, colaborando com o Conselho Superior do Abrigo Rainha Silvia. Membro fundadora da ABRADPEP.



WALBER DE MOURA AGRA: Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (1996). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1999). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco/Università degli Studio di Firenze (2003). Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Montesquieu Bordeaux IV (2008). Professor Visitante da Universidade Montesquieu Bordeaux IV (2008). Visiting Research Scholar of Cardozo Law School (2006). Membro Correspondente do CERDRADI – Centre d'Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des Pays en Développement. Diretor e Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Membro Fundador do Instituto Brasileiro do Direito e Negócios Internacionais (IBRADI). Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco. Professor visitante da Universidade de Bari – Itália. Professor do Centro Didático Euro Americano (CEDEUAM) da Università Del Salento. Membro Correspondente da Sociedade Cubana de Direito Constitucional e Administrativo da União Nacional de Juristas de Cuba. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Membro da Comissão Editorial da Revista do Tribunal Superior Eleitoral. Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC). Membro do Corpo Editorial dos Cadernos da Escola Superior de Direito Eleitoral. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Eleitoral, atuando nos seguintes temas: Direitos Políticos, Inelegibilidades, Processo Constitucional e Recursos Eleitorais. Procurador do Estado de Pernambuco, Advogado, Professor.





instituto para o desenvolvimento **democrático**

A presente obra complementa a série de debates travados em torno da temática dos discursos de ódio frente ao princípio constitucional da liberdade de expressão, tendo por viés específico o universo dos direitos políticos.

Esse segundo volume da série reflete a complexidade do debate. Ao fim e ao cabo, as discussões em torno do tema sempre trazem, ainda que de modo latente, as opções de cada um dos autores em prol do aumento ou da diminuição do controle legal dos atos de fala que mobilizam discursos de ódio.

