

30 de agosto de 2018.

Refte: Inquérito n.º 4694 - Recebimento da Denúncia

A/C: Ministro Alexandre de Moraes

C/C: Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Marco Aurélio e Ministra Rosa Weber

GADvS – GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) inscrita no CNPJ sob o n.º 17.309.463/0001-32, que tem como finalidades institucionais a promoção dos direitos da população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais) e o enfrentamento da homofobia e da transfobia, com sede na Rua da Abolição, n.º 167, São Paulo/SP, CEP 01319-030, **ALIANÇA NACIONAL LGBTI**, pessoa jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o n.º 06.925.318/0001-60, que tem como principal finalidade contribuir para a promoção e defesa dos direitos humanos e cidadania LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais), conforme art. 3º, do Estatuto da Aliança Nacional, com sede na Avenida Marechal Floriano Peixoto, 366, cj. 43, Centro, Curitiba-PR, CEP 80010-130, **ABGLT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS**, pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 00.442.235/0001-33, com sede na Avenida Marechal Floriano Peixoto, n.º 366, Cj. 43, Edifício Monte Carlo, Centro, Curitiba/PR, CEP n.º 80010-130, por seu advogado signatário, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o quanto segue, **visando contribuir ao debate jurídico em tema de discursos de ódio, de evidente pertinência temática da atuação das entidades oficiais (apoiadas que estão por representantes de PV Diversidade, REDE Diversidade e PPS Diversidade):**

Pelo que se pode apreender da divulgação da mídia¹ e da íntegra do voto do Ministro Marco Aurélio², o debate realizado até agora neste processo refere-se a, de um lado, os Ministros Marco Aurélio e Luís Fux entenderem incidir a imunidade parlamentar e (aqui o aspecto preocupante) a **“liberdade de expressão”** (sic) imunizadora de punição *a posteriori* de fala realizada, punição esta que se configuraria como **“censura”** (sic), e, de outro, o Ministro Roberto Barroso e a Ministra Rosa Weber, entendendo que houve incitação ao ódio racial contra negros e quilombolas e, ainda, incitação ao preconceito contra homossexuais, o último caso caracterizando-se como crime de incitação ao crime. Nesse contexto, o pedido de vista do Ministro Alexandre

¹ Cf. <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/28/marco-aurelio-vota-pela-rejeicao-da-denuncia-contrabolsonaro-por-racismo.ghtml>> (acesso em 28.08.2018).

² Disponível em: <<https://m.migalhas.com.br/quentes/286481/com-empate-moraes-pede-vista-de-denuncia-contrabolsonaro-por-racismo>> (acesso em 28.08.2018).

de Moraes, que adiantou que lerá seu longo voto na próxima terça-feira, dia 04 de setembro.

Elaboram-se essas razões sob a forma de *ofício* por se saber que o STF tem jurisprudência de, *regra geral*, não aceitar o ingresso de *amici curiae* após o início do julgamento, algo que, se a ação penal for aceita, será feito, com base no art. 138 do CPC/2015, que o permite para quaisquer processos subjetivos em que haja, por assim dizer, *repercussão geral*, por analogia processual permitida pelo art. 3º do CPP. Assim, solicita-se que se aceitem essas considerações para o debate sobre o tema, na lógica da luta pelo Direito de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. E o **interesse objetivo, por pertinência temática**, das entidades oficiantes se justifica pelo caráter desumanizante dos discursos de ódio em geral, que em muito vitimizam a população LGBTI+, ao passo que houve falas de cunho inequivocamente homofóbico proferidas pelo Acusado no evento que gerou a denúncia da PGR³, razão pela qual entende-se como absolutamente pertinente a presente manifestação.

Entender-se-ia, embora discordando, se o Tribunal rejeitasse a denúncia por força da imunidade parlamentar material, citada no voto do Ministro Marco Aurélio (não obstante, ao contrário de Sua Excelência, não se veja vínculo/conexão das falas do Acusado com o mandato parlamentar, mas pura e simples injúria racista e incitação ao preconceito, a fazer incidir o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a inaplicabilidade da imunidade em casos tais, cf. infra). **O que, com todas as venias, não se pode entender é a afirmação de que as falas do Acusado se configurariam como abrangidas pela "liberdade de expressão", como afirmaram os Ministros Marco Aurélio e Fux, e que sua punição a posteriori implicaria em "censura", como aparentemente defendeu o Ministro Fux.** Com isso, *data maxima venia*, não se pode concordar de forma alguma, pelas seguintes razões.

Em seu **sentido liberal** (em oposição ao *comunitarista*), a **liberdade** refere-se ao direito do indivíduo fazer o que quiser, **desde que** não prejudique terceiros. É a compreensão de liberdade que funda as democracias ocidentais desde a célebre **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, pós-Revolução Francesa. Nesse sentido, **é absolutamente contraditório não aplicar essa "teoria geral da liberdade" à específica liberdade de expressão.** Ou seja, embora esta busque a consolidação de um *livre mercado de ideias*, para que da oposição entre compreensões opostas de mundo possam as pessoas em geral formar suas próprias compreensões, é preciso estabelecer um **limite: o discurso de ódio, enquanto não protegido pelo suporte fático da liberdade**

³ Em nota de rodapé, a PGR aduziu que não denunciava por questões de homofobia por entender que tal não configuraria crime, conforme decisão do Inquérito 3590 por esta Colenda 1ª Turma. Note-se que o tema é amplamente discutido na ADO 26 e no MI 4733, que contam com *três pareceres da Procuradoria-Geral da República* em prol do entendimento do enquadramento da homofobia e da transfobia como crimes de *discriminação por raça* (art. 20 da Lei 7.716/89). Trata-se de tema que *não deve* ser discutido nesta ação, até porque objeto daquelas outras duas, ainda pendentes de julgamento. E, em réplica ao Senado na ADO 26 (pet. n.º 47), explicaram-se as razões para *superação* da citada decisão do Inquérito 3590, não consideradas pela PGR na citada nota de rodapé (junto aos citados três pareceres anteriores da instituição sobre o tema).

de expressão ou, como prefere o Professor Doutor Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, como *abuso do direito* à liberdade de expressão - e, como bem se sabe, o abuso de direito configura ato ilícito (art. 187 do Código Civil).

Evidentemente, o direito de crítica está protegido pela liberdade de expressão. Especialmente a pessoas públicas, em temas de interesse público e em locais públicos, para citar notórios critérios da jurisprudência mundial sobre o tema. Mas **o discurso de ódio também não pode ser entendido como abrangido no direito de crítica**. O discurso de ódio configura-se como a incitação ao ódio, ao preconceito e/ou à discriminação, bem como na injúria a indivíduos ou a grupos sociais. **Não há debate de ideias possível no âmbito do discurso de ódio, porque ele se limita a adjetivar pejorativamente determinada pessoa ou grupo social através de injúria(s), preconceitos e/ou estereótipos diversos. Trata-se de conduta que viola o dever de tolerância**, evidente bem jurídico-penal, por indispensável à vida em sociedade, que, como tal, não pode ser tolerada, segundo o famoso "**paradoxo da tolerância**": deve-se tolerar a todas e todos, *exceto* as condutas intolerantes, visto que estas violam precisamente a regra da tolerância, donde, se toleradas em sua intolerância, gerarão opressões e totalitarismos diversos, incompatíveis com a vida em sociedade⁴. Veja-se que se fala aqui em "tolerância" e não em respeito por se considerar que o Direito Penal tem como garantir a tolerância, não o respeito (respeito este que pode ser imposto em algumas situações por outros ramos do Direito, ao imporem igual respeito e consideração, igual dignidade, por exemplo, no atendimento empresarial aberto ao público).

Então, sempre com máximas *venias* e todo o respeito, é altamente problemático e preocupante a uma democracia plural, respeitosa de minorias e grupos vulneráveis, quando Ministros de uma Suprema Corte consideram falas como a do Acusado neste caso como integrantes da "liberdade de expressão". **Ora, que "debate de ideias" se pode esperar de afirmações pura e simplesmente injuriosas como as do Acusado neste caso???** Que se referiram a uma pessoa negra de forma desumanizante, tratando seu peso pelo qualificativo pejorativo de "arrobás", dizendo que não servem para nada, nem mesmo para procriar, dizendo que, ao contrário de outras, japoneses formam uma "raça" que tem "vergonha na cara" e chamando críticos de "idiotas", cf. infra... Em falas que incitam ao ódio contra homossexuais, como bem entendeu o Ministro Roberto Barroso... É **chocante** considerar-se esse tipo de fala, de **injúria pura e simples a coletividades**⁵, como "liberdade de expressão".

⁴ Nesse sentido: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **ENEM, Direitos Humanos e Discurso de Ódio. Um lamentável mal entendido**. In: Justificando, 13.11.2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/13/enem-direitos-humanos-e-discursos-de-odio-um-lamentavel-mal-entendido/>> (acesso em 29.08.2018).

⁵ Embora o crime de injúria refira-se a indivíduos determinados, o signatário costuma se referir a "injúrias coletivas" quando se realiza uma ofensa a um grupo social como um todo. Algo que só é crime, no Brasil, por força do art. 20 da Lei 7.716/89, logo, um crime que protege apenas os grupos sociais ali mencionados (critérios de raça, cor, etnia, procedência nacional e religião). É uma forma criticar a falta de proteção penal a tais "injúrias coletivas" quando cometidas contra grupos sociais que se entenda não abrangidos por dito dispositivo legal.

O Ministro Marco Aurélio transcreveu trecho de seu voto, sobre liberdade de expressão, no famoso **caso Ellwanger** (HC n.º 82.424/RS), nosso *leading case* contra discursos de ódio no Brasil. Olvidou-se, todavia, Sua Excelência, de mencionar que se tratou de *voto vencido* o por ele transcrito naquele contexto. Aliás, já da **ementa do HC n.º 82.424/RS**, o STF já bem afirmou que **“O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”**. Logo, com todas as *venias*, a concepção do Ministro Marco Aurélio, a partir da doutrina de Bobbio, não encontra respaldo na jurisprudência desta Suprema Corte. Sua Excelência, embora reconheça que a fala do Acusado caracteriza-se como qualificação *do Outro* como “inferior”, entendeu que não estaria configurado o discurso de ódio por suposta ausência de pregação de discriminação e subjugação em geral. **Ocorre que o discurso de ódio existe não só pela expressa incitação à segregação e à discriminação, mas também pela pura e simples injúria a indivíduos ou grupos sociais – uma “injúria coletiva”, ou seja, uma ofensa a uma coletividade, a partir de preconceitos e estereótipos, já configura discurso de ódio e, como tal, não pode ser considerada como protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão.**

Igualmente problemático e preocupante falar-se em “censura” neste caso. Primeiro, por questão conceitual, a censura impede a pessoa de falar. É necessariamente prévia e pautada em critérios de pura conveniência e oportunidade do órgão censor. No presente caso, temos pleito do MPF de **punição a posteriori**, consoante o **célebre formalismo da liberdade de expressão**, de permitir que a pessoa diga o que quiser “pelo menos uma vez” e seja responsabilizada por seus abusos em momento posterior⁶. Punição esta pautada no Direito vigente, em processo judicial marcado pelo devido processo legal, com ampla defesa e contraditório ao Acusado. Nada mais longínquo, portanto, do conceito ditatorial de “censura”, portanto.

Nesse sentido, vale citar a doutrina de **Fernando M. Toller**⁷, que, embora defendendo a diferenciação da tutela judicial preventiva (inibitória) a manifestações injuriosas a direitos fundamentais, traz a conceituação de *censura prévia* utilizada no parágrafo anterior e que justifica não se entender a punição *a posteriori*, a título de *racismo e incitação ao ódio*, como espécies de “censura”, senão vejamos:

[...] **a prevenção judicial não é uma típica restrição prévia**, mas guarda similitude com um sistema legal de **responsabilidades ex post facto: ambos só se ativam em casos**

⁶ TOLLER, Fernando M. **O Formalismo na Liberdade de Expressão**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, pp. 28-31, onde se diz que a “preferência que a tradição liberal tem tido – dentro do sistema geral das liberdades, pelo **esquema repressivo** – rejeitando o sistema preventivo [...]. Consequentemente, passou-se de um sistema geral de censura anterior à publicação – perigoso, difícil e caro – ao simples sistema de deixar que cada um expresse ou publique o que desejar, sujeitando-se ao risco de um processo no caso de dizer ou publicar algo proibido pelo Direito” (pp.28-29).

⁷ TOLLER, *Op. Cit.*, pp. 81-83.

concretos, contam com a intervenção de um juiz e de garantias processuais, procuram evitar ou penalizar expressões não protegidas [pelo Direito] e o fazem em virtude de critérios jurídicos relativos ao dano a direitos fundamentais ou a bens públicos. Por sua vez, a prevenção judicial e as responsabilidades ulteriores se diferenciam, em ambos os casos, dos nefastos regimes de licença prévia ou de censura prévia, muito utilizados pelos governos autoritários. [...] Ademais, quanto à intervenção judicial prévia à expressão, a satisfação do direito constitucional à tutela judicial efetiva mediante uma proibição judicial de publicar ou de uma ordem judicial de cessação ou de não reiteração de uma publicação **não é uma censura prévia**, que é um instituto administrativo de raízes, procedimentos, fins e efeitos muito diversos e, como consequência, não deve estar diretamente enquadrada nas proibições constitucionais de tal instituto nem ser denominada ‘censura judicial prévia’. A razão do que se acaba de afirmar é que **a censura prévia é um instituto sistemático e geral de polícia preventiva de nítido caráter administrativo**, muito eficaz contra a liberdade de expressão, consistente na revisão antecipada e obrigatória de tudo o que se vai difundir, seja inocente ou antijurídico, com relação a condutas a serem evitadas que não costumam estar claramente definidas na lei, mas que se regem por *standards* vagos e imprecisos – comumente relativos a ideias políticas, religiosas ou de moralidade pública – ‘cuja função é censurar’ – e que, com ‘um simples golpe de pena’, controle o seu conteúdo para aprova-lo, desaprová-lo ou para exigir a sua modificação, se maiores garantias processuais, publicidade e motivação. Além disto, tal instituto comporta que a mera omissão de submeter o material a revisão e aprovação – à margem de seu conteúdo legítimo – torna ilícita a sua difusão e gera sanções penais e administrativas. Como se pode ver facilmente, os múltiplos vícios e defeitos do instituto da censura prévia, que justificam a sua generalizada rejeição, não se encontram presentes na atividade jurisdicional de tipo preventivo, em que se pretende, com múltiplas garantias, à tutela de direitos constitucionais de pessoas concretas ou impedir em casos particulares danos graves e específicos a interesses gerais. *(grifos nossos)*

Ora, se isso é assim para a tutela inibitória da publicação de ideias puramente injuriosas a direitos fundamentais, com muito mais razão deve-se adotar essa diferença para **não caracterizar a punição a posteriori como uma “censura judicial”, sendo, assim, profundamente equivocada a qualificação da punição do Acusado como “censura”, na acepção estrita e tradicional (de arbitrariedade) deste termo.**

Em sentido similar, a doutrina do **Ministro Alexandre de Moraes**⁸:

A **censura prévia** significa o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral. O caráter preventivo e vinculante é o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação de pensamento sua **finalidade antidemocrática**, pois, como salientado pelo Ministro Celso de Mello, ‘a liberdade de expressão é condição inerente e indispensável à caracterização e preservação das sociedades livres e organizadas sob a égide dos princípios estruturantes do regime democrático’ [STF, AgReg no AI 675.276/RJ]. **O texto constitucional repele frontalmente a possibilidade de censura prévia. Essa previsão, porém, não significa que a liberdade de imprensa é absoluta, não encontrando restrições nos demais direitos fundamentais, pois a responsabilização posterior do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamante, mentirosas sempre será cabível em relação a eventuais danos materiais e morais.** Como salienta Miguel Ángel Ekmekdjian, a proibição à censura prévia, como garantia à liberdade de imprensa, implica forte limitação ao controle estatal preventivo, mas não impede a responsabilização posterior em virtude do abuso no exercício desse direito. *(grifos nossos)*

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 28ª Ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2012, pp. 52-53.

Da mesma forma, **Paulo Gustavo Gonet Branco**⁹:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos **enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos**, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não – até porque ‘diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista’ [Ulrich Karpen]. [...] A liberdade de expressão, contudo, não abrange a violência. [...] Convém compreender que **censura**, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal. **A proibição da censura não obsta, porém, que o indivíduo assumas as consequências, não só cíveis, como igualmente penais, do que expressou.** [...] A liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo *status*. [...] Leis de índole geral, que não tenham como objetivo a restrição às mensagens e às ideias transmitidas pelo indivíduo, podem também interferir, indiretamente, sobre a liberdade de exprimi-las. [...] Procede-se, nesses casos, a uma **concordância prática entre valores em conflito**, para assegurar a legitimidade da lei que tem por efeito colateral a interferência sobre o exercício da liberdade de expressão. O teste de validade da lei não exige critérios particularmente estritos, bastando que a deliberação legislativa se revele razoável. O **teste da razoabilidade** deve atender aos critérios informadores do **princípio da proporcionalidade** (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). [...] A lei que, pretextando um objetivo neutro do ponto de vista ideológico, oculte o propósito dissimulado e primordial de impedir a veiculação de ideias, não estará, obviamente, imune à declaração de inconstitucionalidade. O acervo de jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** ilustra exemplo dessa situação [STF, ADI-MC 1.969-4].

Outro limite imanente à liberdade de expressão, também descoberto pela jurisprudência americana e espalhado mundo afora, refere-se a **mensagens que provocam reações de violência quebra de ordem**. Tais situações não compõem o âmbito de proteção da liberdade de expressão, estando excluídas dos **limites internos** desse direito. A palavra que provoque um perigo claro e imediato de quebra da ordem – como no exemplo clássico do grito de *FOGO!*, produzindo falso alarme sobre incêndio num teatro lotado – não constitui exercício da liberdade de expressão. Dessa doutrina também resulta que **palavras belicosas – Fighting words – tampouco estariam abrangidas pela liberdade. Palavras que configuram estopins de ação, em vez de pautas de persuasão, não se incluem na garantia constitucional**. Isso não pode significar, contudo, que palavras duras ou desagradáveis estejam excluídas do âmbito de proteção da liberdade de expressão. A diferença entre uma discussão robusta e uma diatribe repelida pela Constituição está em que, no primeiro caso, há chance e oportunidade de se corrigirem os erros do discurso, expondo a sua falsidade e as suas falácias, evitando o mal por meio de um processo educativo. Nesses casos, o remédio seria mais liberdade de expressão, mais discurso. NO caso desviado da Constituição, essa perspectiva não existe. [...] **O respeito à honra de terceiros é outro limite à liberdade de imprensa**. Aqui a restrição está expressamente prevista na Constituição. Não quer isso dizer que apenas notícias agradáveis sejam lícitas. A informação sobre um personagem de um evento pode-lhe ser ofensiva e não haverá ilicitude, **desde que** os meios empregados sejam condizentes com o intuito de informar assunto de interesse público. (*grifos nossos*)

Sobre o tema, Excelência, fato é que as palavras utilizadas pelo Acusado e denunciadas pela PGR não podem ser entendidas como um *livre*

⁹ In: MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, pp. 264-265, 270-273, 277.

debate de ideias, através de *pautas de persuasão* protegidas pela liberdade de expressão, porque houve **desumanização** de pessoa negra (ao referir-se a seu peso pelo **termo coisificante** “arroba” e sua suposta *imprestabilidade* até para a procriação...), bem como à incitação ao ódio e à discriminação bem apontadas pelo **Ministro Roberto Barroso**. Por isso que se falou no início e se reitera aqui e ao final: uma coisa é absolver o Acusado por sua imunidade material, discordância das entidades signatárias à parte, mas outra, bem diferente, é dizer que sua punição “violaria” a liberdade de expressão ou denotaria “censura”. Com isso, com todas as *venias*, não se pode concordar de forma alguma.

Vejamos, mais uma vez, trecho de fala do Acusado, para vermos como não há enquadrar isso como buscando um “livre debate de ideias”, pelo **caráter ontologicamente racista de sua fala** (não é preciso ser ontologicamente racista para ser condenado por racismo, então fique claro que esse é o sentido da afirmação em questão):

Na palestra, Bolsonaro disse: **“Alguém já viu um japonês pedindo esmola por aí? Porque é uma raça que tem vergonha na cara. Não é igual essa raça que tá aí embaixo ou como uma minoria tá ruminando aqui do lado”**. Na ocasião, o parlamentar também afirmou que visitou um quilombola em El Dourado Paulista, onde **“o afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada! Eu acho que nem para procriador eles servem mais**. Mais de um bilhão de reais por ano gastado com eles”¹⁰. (*grifos nossos*)

“Se um IDIOTA num debate comigo, caso esteja lá, falar sobre *misoginia, homofobia, racismo, baitolismo*, eu não vou responder sobre isso”¹¹. (*grifos nossos*)

“Não vou combater nem discriminar, mas, *seu vir dois homens se beijando na rua, vou bater*.” (*grifo nosso – p. 4 da denúncia*)

“Raça que tem *vergonha na cara*” (sic), **“minoria *ruminando*”** (sic), **“afrodescendente pesava sete arrobas”** (sic), **“nem para procriador eles servem mais”** (sic), referir-se a interlocutor crítico como **“idiota”** (sic), dizer que **“vai bater”** se vir dois homossexuais se beijando na rua (sic)... Ora, como se pode dizer que tais falas visariam um livre debate de ideias e não injúrias coisificantes/desumanizantes puras e simples? Com todas as *venias*, é preciso entender-se a enorme diferença disso para a liberdade de expressão...

E lembre-se que a **célebre decisão do HC 82.424/RS**, o STF bem afirmou que **“O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica”** (g.n). Aliás, há aqui

¹⁰ Cf.: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/08/denuncia-contrabolsonaro-divide-1a-turma-do-stf-mas-julgamento-e-suspenso-cjle8qait020m01mn69jg8h3f.html>> (acesso em 29.08.2018).

¹¹ Cf.: <<https://m.migalhas.com.br/quentes/286481/com-empate-moraes-pede-vista-de-denuncia-contrabolsonaro-por-racismo>> (acesso em 28.08.2018).

um grande mal entendido na crítica doutrinária à forma como tal decisão. Por vezes, ela é criticada afirmando-se (incorretamente) que o STF realizou uma ponderação entre a liberdade de expressão e a proibição constitucional ao racismo, aduzindo-se (corretamente) que o racismo é proibido constitucionalmente, então se algo configura racismo, não há o que ponderar com a liberdade de expressão. Ocorre que a ponderação realizada pelo STF não foi entre liberdade de expressão e racismo, mas foi uma ponderação para se saber se os discursos ali discutidos, constantes do livro antissemita em questão, deveriam ou não ser considerados crime de racismo ou se críticas juridicamente válidas, ainda que moralmente muito criticáveis (felizmente concluindo no primeiro sentido, enquanto afirmações de antissemitismo racista, consoante o de *racismo social*, não biológico, de racismo adotado pelo STF naquele julgamento). Logo, o STF jamais permitiu a ponderação liberdade de expressão x racismo, sempre exigindo a punição deste último, quando caracterizado, que fique bem claro.

Afinal, como diz **Vidal Serrano Nunes Junior**, com base em jurisprudência internacional, bem afirma que *“a tutela da intimidade e da paz nas relações sociais pode colocar no território da ilegalidade uma manifestação jornalística que, despida de interesse noticioso, viesse veicular fato que, mesmo verdadeiro, fosse ofensivo à reputação de alguém. [...] essa crítica se constituirá em ofensa à honra pela forma em que vier vazada, ou pelas palavras que empregar, e não pelo conteúdo que veicular”*¹². Assim, **ainda que se entenda que o Acusado tenha, como de fato tem, direito de criticar a política imigratória brasileira, certamente não tem o direito, em suas manifestações, de usar termos pejorativos e desumanizantes, como “arroba”, suposta incapacidade de procriar, “raça” supostamente com ou sem “vergonha na cara”, qualificação de críticos(as) como “idiotas” e incitação ao ao preconceito e ao crime (cf. Ministros Roberto Barroso).** Aí reside o equívoco dos votos dos Ministros Marco Aurélio e Fux, clamando-se para que Vossa Excelência, Ministro Alexandre de Moraes, acompanhe a divergência dos Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber.

Sobre a **não-aplicabilidade da imunidade parlamentar material ao caso**, vale citar a doutrina de **Paulo Gustavo Gonet Branco**¹³, sobre a não-incidência da imunidade em atos insem conexão com o exercício do mandato parlamentar:

*A imunidade não é concebida para gerar um privilégio ao indivíduo que por acaso esteja no desempenho de mandato popular; tem por escopo, sim, assegurar o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento normal do Legislativo. [...] A imunidade tem alcance limitado pela própria finalidade que a enseja. Cobra-se que o ato, para ser tido como imune à censura penal e cível, tenha sido praticado pelo congressista em conexão com o exercício do seu mandato. [...] Se as palavras são proferidas fora do Congresso, haverá a necessidade de se perquirir o seu vínculo com a atividade de representação política. [...] **Não***

¹² JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Direito e Jornalismo**, São Paulo: Ed. Verbatim, 2011, pp. 129-130.

¹³ In: MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, pp. 929-930.

estarão preservadas pela imunidade as palavras proferidas ‘fora do exercício formal do mandato’, que, ‘pelo conteúdo e contexto em que perpetradas, sejam de todo alheias à condição de Deputado ou Senador do agente’. Em outra ocasião, o STF lecionou que, embora a imunidade não se restrinja ‘ao âmbito espacial da Casa a que pertence o parlamentar, acompanhando-o muro afora ou eterna corporis (...), a atuação tem que se enquadrar nos marcos de um comportamento que se constitua em expressão do múnus parlamentar, ou num prolongamento natural desse mister’. Se o parlamentar atuou exclusivamente na condição de jornalista, não havendo liame entre as suas declarações e a condição de detentor do mandato político, não se beneficia da imunidade material [STF, Inq. 2.036, DJ de 22.10.2004, Rel. Min. Carlos Britto]. (grifos nossos)

No mesmo sentido, a doutrina do **Ministro Alexandre de Moraes**¹⁴:

*A imunidade parlamentar material só protege o congressista nos atos, palavras, opiniões e votos proferidos no exercício do ofício congressual, sendo passíveis dessa tutela jurídico-constitucional apenas os comportamentos parlamentares cuja prática possa ser imputável ao exercício do mandato legislativo. A garantia da imunidade material estende-se ao desempenho das funções de representante do Poder Legislativo, qualquer que seja o âmbito dessa atuação – parlamentar ou extraparlamentar – desde que exercida racione numeris. [...] A imunidade material exige relação entre as condutas praticadas pelo parlamentar e o exercício do mandato. Assim, haverá integral aplicabilidade desta inviolabilidade, desde que as palavras, votos e opiniões decorram do desempenho das funções parlamentares, e não necessariamente exige-se que sejam praticadas nas comissões ou no plenário do Congresso Nacional. [...] **Em síntese final, a imunidade material apresenta certos pressupostos, para que afaste a incidência de ilícito à conduta do parlamentar, isentando-o de responsabilidade penal, civil, administrativa e política, por suas palavras, votos e opiniões no exercício do mandato. Primeiramente, refere-se somente a atos funcionais, ou seja, a atos praticados por parlamentares, por meio de opiniões, palavras ou votos, no exercício de suas funções e sobre matéria parlamentar.** [...]*

Esse é o contexto que se entende aplicável ao caso. O Acusado não foi palestrar sequer como parlamentar, mas como pré-candidato à Presidência da República – se ainda não formalmente, já *notoriamente* se propagandeando como alternativa ao país. **O exercício do mandato parlamentar não está relacionado a campanhas ou pré-campanhas a cargos políticos, como claramente era o caso.** O exercício do mandato se refere a debates de projetos de lei, fiscalização do Executivo e outras atividades primárias e secundárias da atividade parlamentar. A palestra em questão não pode ser assim considerada, com todas as *venias*.

De qualquer forma, reitera-se. Entende-se se o STF, aferrado a uma visão mais clássica (e conservadora) sobre a questão da imunidade parlamentar, entender que *ela* inviabilizaria o recebimento da denúncia do MPF contra o Acusado. Nesse caso, a lógica será que, embora em tese criminosa a conduta, a imunidade material a afastaria. O que **não se pode conceber** é que a Suprema Corte afirme que a “liberdade de expressão” protegeria o Acusado neste caso, pois **discursos de ódio** não podem ser considerados como protegidos por esse importantíssimo direito fundamental, como supra explicitado.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 28ª Ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2012, pp. 464-466.

Por fim, note-se que foi noticiado pela jornalista Monica Bergamo que haveria Ministros desta Suprema Corte preocupados com o fato de que o recebimento da presente denúncia poderia “eivar [a] temperatura eleitoral”¹⁵. Acreditando na referida e renomada jornalista, vale lembrar que essa preocupação configura-se como *argumento de política*, jamais como *argumento de princípio* (argumentação jurídica), na célebre distinção dworkiana. Então, esse tipo de elucubração não deve, *data venia*, fazer parte do Juízo Decisório desta Suprema Corte neste caso.

Sem mais para o momento, na esperança de trazermos contribuições ao debate, a partir do *lugar de fala* de minorias sexuais e de gênero vítimas de discursos de ódio e de opressões estruturais, sistemáticas, institucionais e históricas¹⁶ e na esperança do recebimento da ação penal em questão, pelo compromisso constitucional contrário a discursos de ódio a partir das cláusulas constitucionais da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que promova o bem-estar de todas e todos, sem discriminações e preconceitos de quaisquer espécies (CF, art. 3º, I, III e IV), permanecemos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se tornem necessários.

Atenciosamente,

GADvS, ABGLT e Aliança Nacional LGBTI
pp. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti¹⁷
OAB/SP 242.668

¹⁵ Cf. <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2018/08/julgamento-de-bolsonaro-gera-tensao-no-stf.shtml>> (acesso em 28.08.2018). Já no subtítulo se diz: “Ministros acreditam que aceitação da denúncia pode eivar temperatura eleitoral”.

¹⁶ RIBEIRO, Djamila. **O que é lugar de fala?** São Paulo: Ed. Letramento, 2017, pp. 55 e 59-63. Na referida obra, a autora bem aponta, sanando mal entendidos sobre o tema, que não se trata de um conceito focado necessariamente em qualquer integrante (individual) do grupo, mas em discursos a partir da vivência coletiva do grupo social em questão – o *lugar social* que seus integrantes em geral partem, enfatizando não experiências individuais, mas *experiências comuns* resultantes desse lugar social e das *discriminações geralmente sofridas* por referidos grupos sociais, exceções individuais à parte.

¹⁷ O signatário é Diretor-Presidente do GADvS e foi expressamente autorizado pelas citadas associações a representar seus interesses, inclusive representando-as em processos perante esta Suprema Corte (*v.g.*: MI 4733, ADPF 527 MC, ADI 5543 etc). Não é de praxe enviar-se instrumento de mandato em ofícios, mas compromete-se este patrono a providenciá-lo caso Vossa Excelência considere necessário.