
**O STF ENTRE O DEVER DE COERÊNCIA E INTEGRIDADE DA
JURISDIÇÃO SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
NOTAS CRÍTICAS SOBRE O DISCURSO DO ÓDIO ENTRE A NORMA
POSTA E EQUÍVOCOS À LUZ DO ART. 926, CPC**

***THE STF BETWEEN THE DUTY OF COHERENCE AND INTEGRITY
OF THE JURISDICTION ON THE LIMITS OF FREE SPEECH:
CRITICAL NOTES ON HATE SPEECH BETWEEN THE
ESTABLISHED NORM AND MISTAKES DEVICE OF ART. 926, CPC***

FREDERICO ANTONIO LIMA DE OLIVEIRA

Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direito Administrativo (UFPa). Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Constitucional PPGDF UNAMA ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9297-2223>. E-mail: frederico81@hotmail.com

DIEGO FONSECA MASCARENHAS

Doutor e Mestre em Direito pela UFPa. Professor universitário da Universidade da Amazônia (UNAMA) e Faculdade Cosmopolita. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Constitucional PPGDF UNAMA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3667-7924>. E-mail: diegomask_85@hotmail.com

JEFERSON ANTONIO FERNANDES BACELAR

Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos (UNESA/RJ). Mestre em Direito do Estado (UNAMA). Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Constitucional PPGDF UNAMA ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1156-3442>. E-mail: jafbacelar@yahoo.com.br



CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais e Cardozo School of Law; Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR) e Professor Permanente PPGD/Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Mestrado e doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. E-mail: cassiuschai@gmail.com

RESUMO

Objetivo: A presente pesquisa visa analisar à luz do artigo 926 do CPC e do artigo 20 Lei n. 7.716/89 o dever de coerência e de estabilidade da jurisdição no que diz respeito à definição do discurso de ódio na democracia brasileira.

Metodologia: A pesquisa se estrutura por meio da abordagem dedutiva dialética de dispositivos legais, bibliográficos e jurisprudências, tendo como campo de investigação a análise de conteúdo dos seguintes julgados, selecionados no recorte dos objetivos específicos e palavras-chave, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF): RHC n. 82.424/RS (2003), RHC n. 134.682/BA (2016), RHC n. 146.303/RJ (2018) e Inq. n. 4694 (2018).

Resultado: O STF não estabeleceu com clareza os limites do exercício do discurso do ódio e as decisões posteriores ao Caso Ellwanger demonstram que a jurisprudência, em torno da matéria, é instável e contraditória. Sendo assim, não somente há o comprometimento do exercício dos deveres institucionais de respeito pela coerência, integridade e estabilidade da jurisdição constitucional, mas também provoca riscos sociais de intolerância com relação aos grupos vulneráveis.

Contribuição: A pesquisa traz como contribuição a identificação e a análise crítica de quatro distintos e incompatíveis critérios definidores do discurso de ódio no sistema legal pátrio, pois a inconsistência conceitual em torno do direito à liberdade de expressar livremente o pensamento ocasiona a indevida interferência ao bom desenvolvimento da democracia.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; (In)coerência; Discurso de ódio; Jurisprudência.

ABSTRACT

Objective: This research aims to analyze in the light of article 926 of the CPC and article 20 of Law n. 7.716/89 the duty of consistency and stability of the jurisdiction with



regard to the definition of hate speech in Brazilian democracy.

Methodology: *The research is structured through the dialectical deductive approach of legal provisions, bibliography and jurisprudence, having as research field the analysis of the content of the following judgments, selected in the cut of the specific objectives and keywords, pronounced by the Federal Supreme Court (STF): RHC n. 82.424/RS (2003), RHC n. 134.682/BA (2016), RHC n. 146.303/RJ (2018) and Inq. n. 4694 (2018).*

Result: *The STF did not clearly establish the limits of the exercise of hate speech and the subsequent decisions to the Ellwanger Case demonstrate that the jurisprudence, around the matter, is unstable and contradictory. Therefore, not only is the exercise of institutional duties of respect for the coherence, integrity and stability of the constitutional jurisdiction compromised, but it also causes social risks of intolerance towards vulnerable groups.*

Contribution: *The research brings as a contribution the identification and critical analysis of four distinct and incompatible criteria that define hate speech in the legal system of the country, since the conceptual inconsistency around the right to freedom to freely express one's thoughts causes undue interference with the good development of society. democracy.*

Keywords: *Supreme Court of Justice; (Non)coherence; Hate speech; Jurisprudence.*

1. INTRODUÇÃO

O ponto de partida deste trabalho é análise da interpretação do artigo 20 da Lei n. 7.716/89 realizada pelo Supremo Tribunal Federal, doravante STF, de modo a se verificar teoreticamente, a partir de fundamentos procedimentais argumentativos, se haveria e quais seriam os limites da livre manifestação de ideias na democracia brasileira, entre intolerância, crime e liberdade de expressão. A pesquisa adota como objeto de investigação, em uma aproximação metodológica, crítica, e dialética, de decisões do próprio Supremo Tribunal Federal sobre o discurso de ódio, tomando como hipótese de trabalho que as decisões confrontadas apresentam pontos inconciliáveis sobre o sentido da liberdade de expressão no recorte do discurso de ódio e permitem concluir, como resultantes do processo decisório, elementos de instabilidade, ou falta de *segurança* jurídica, pelas incertezas sobre a substancia da



norma, e por incoerências coetâneas à *insegurança* por ausência de lógica institucional nos critérios jurídicos adotados.

Não há dúvidas que as últimas rupturas democráticas experimentadas no Brasil, um afastamento de uma chefe de Estado por um processo de impedimento já reconhecido publicamente como apenas político, e um governo posterior fulcrado em arranjos desprendidos do necessário compromisso com a dignidade humana no efetivo combate ao racismo, ao sexismo e à violência contra mulher, estampam na ordem do dia os extremismos alimentados por uma indústria de desinformação, falta de compaixão e intolerância, expressados em sua face de ódio em violências multidimensionais. (CHAI, 2022).

Nesse contexto, torna-se irrenunciável a reflexão sobre o papel dos atores do Sistema de Justiça, na arquitetura do pacto federativo de um Estado de Direito Democrático e o funcionamento do dizer o Direito; ou seja, da jurisdição constitucional (BRANDÃO; BACELAR; OLIVEIRA, 2020, p. 24).

Logo, a problematização da relativização dos julgados em matéria de liberdade de expressão consiste no fato de que as decisões judiciais posteriores do STF não respeitam devidamente os deveres de coerência, de integridade e de estabilidade (OLIVEIRA; BACELAR, 2019, p. 218), que lhe assiste na fórmula do art. 926, CPC, com a análise do precedente do Caso Ellwanger, que de modo coeso e adequado a uma democracia constitucional, promoveu uma ruptura, não apenas semântica ao sentido de racismo, mas jurídico-política, inaugurando e fixando novos contornos conceptivos sociológicos para considerar o racismo como uma construção social determinada por uma escolha política, e exteriorizada na forma jurídica, enfrentando a intolerância pusilânime travestida de liberdade de pensamento e de expressão que alimentam o discurso do ódio.

Não há dúvidas que a dissensão, a discordância e a contradição são necessárias ao fortalecimento da democracia como regime de pessoas livres e iguais. No entanto, os dois postulados operativos do direito, que lhe emprestam estabilidade e legitimidade, exigem que os operadores do próprio direito não promovam a subversão sub-reptícia da separação funcional entre o que se tornou norma jurídica



pétrea, como ganho histórico da humanidade, a sua racionalidade decisória de que o direito produz direito, e o seu compromisso evolutivo de proteção à dignidade do ser humano. (CHAI, 2007).

O caso do RHC n. 82.434/RS envolve a condenação do Ellwanger, tendo em vista que ele publicou livros que promoviam o antissemitismo e a prática do racismo foi interpretada de modo mais amplo pelo STF no sentido de contemplar também o racismo de ordem cultural.

Em situações como a presente, o acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham a mira desse eventual risco **(STF, RHC 82.434/RS. Min. Rel. Moreira Alves. Voto Min. Maurício Corrêa, p. 260. DJ 19.03.2004)**.

O ponto central de divergência deste precedente com as decisões posteriores do STF está na interpretação do artigo 20 da Lei n. 7.716/89, pois este julgado concebe que basta a incidência do risco em abstrato de propagação de ideias intolerantes, para que haja o enquadramento do discurso de ódio, ou seja, não haveria a necessidade de concretização do respectivo conteúdo ofensivo manifestado por Ellwanger. Claro que há outros aspectos de fundo que repousam na compreensão estratégica da jurisprudência dos valores e a sua permanente tensão entre liberdades e igualdades (COURA, 2009).

De fato, as duas turmas do STF interpretam de modo diferente o artigo 20 da lei do crime de racismo. A primeira turma do STF compartilha a compreensão mais ampla do exercício da liberdade de expressão, pois para haver a incidência do discurso do ódio é necessário que o conteúdo da ideia manifestada seja de aniquilação ao outro grupo, conforme salientado no RHC 134.682/BA sentenciado no ano de 2016, no qual foi manifesta a compreensão de que um padre não manifestou discurso de ódio ao ofender as demais religiões.



A explicitação de aspectos de desigualação, bem como da suposta inferioridade decorrente de aspectos religiosos, não perfaz, por si, o elemento típico. Indispensável que se verifique o especial fim de supressão ou redução da dignidade do diferente, elemento que confere sentido à discriminação que atua como verbo núcleo do tipo (**STF, RHC 134.682/BA. Voto Min. Rel. Edson Fachin, p. 24. Julgado em 29.11.2016**).

Em outra oportunidade, a primeira turma reiterou o seu entendimento em torno da matéria no julgado do Inquérito n. 4694 de 2018.

Consoante se depreende do discurso proferido pelo acusado em relação a comunidades quilombolas, as afirmações, embora a consubstanciar entendimento de diferenciação e até de superioridade, mostram-se desprovidas da finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação, razão pela qual, tendo em vista não se investirem de caráter discriminatório, são insuscetíveis a caracterizarem o crime previsto no artigo 20, cabeça, da Lei nº 7.716/1989 (**STF, INQ 4.694/DF. Voto Min. Rel. Marco Aurélio, p. 7. Julgado em 11.09.2018**).

Nesta decisão houve a absolvição do político Jair Bolsonaro, ao conceber que as suas palavras pronunciadas no dia 03 de abril de 2017 no Clube Hebraica não promoviam o discurso de ódio contra quilombola, mulher, LGBTs, índio e estrangeiro.

Por outro lado, a segunda turma do STF tem a compreensão mais restritiva em torno da matéria liberdade de expressão, tendo em vista que no Caso RHC 146.303/RJ, sentenciado no ano de 2018, houve a condenação de um pastor por proferir um discurso eivado de palavras grosserias e ofensivas, o qual estimulou a intolerância com relação as demais religiões.

A tolerância religiosa – é parte indissociável da feição e da construção de nosso Estado Democrático de Direito. Caracteriza-se, ainda, como elemento intrínseco de limitação do direito à liberdade religiosa, traduzindo-se em parâmetro primeiro para a exteriorização de condutas de uma fé que atinjam outras formas de crença religiosa.

Nesse passo, há, em meu entender, que se fazer distinção entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito (**STF, RHC 146.303/RJ. Voto Min. Rel. do Acórdão Dias Toffoli, p. 5. Julgado em 06.03.2018**).



Portanto, há dois entendimentos sobre liberdade de expressão no STF, haja vista que a segunda turma do egrégio tribunal condenou no RHC 146.303/RJ com a alegação de que basta ser proferido discurso intolerante para pôr em risco a dignidade do outro grupo.

No horizonte de compreensão deste julgado é concebido que a ofensa à liberdade de expressão se situa em discurso que haja o abalo à existência de outras crenças. Portanto, a tipificação do discurso de ódio não se limita apenas no estímulo de extermínio contra determinado grupo, mas se encontra também alicerçado se houver a agressão ao reconhecimento identitário de diferentes grupos, por este ser um pressuposto democrático para garantir o respeito e o reconhecimento social de diversas alteridades.

Sendo assim, a insegurança jurídica da liberdade de expressão individual mediante a promoção do discurso do ódio acaba por se refletir na liberdade de expressão social, pois esta tem a capacidade de ser um instrumento amplificador da transmissão de ideias que estimule a intolerância e a desinformação acerca dos direitos humanos, sobretudo para influenciar na condução de políticas públicas voltadas para os grupos minoritários (PAMPLONA, 2018, p. 312).

Nesse sentido, advoga-se a ideia de que a emergência de inconsistências no processo decisório, considerada neste caso, a instituição do Supremo Tribunal Federal, fragiliza a unidade da estabilidade jurisdicional face à incoerência percebida na confrontação dialética dessas decisões do próprio STF e a análise ontológica dos operativos semânticos adotados no processo decisório para os termos riscos, dano concreto ou abstrato, violência formal ou material, o que pode ser entendido como uma falta de consistência ou de lógica interna no conjunto das decisões tomadas no campo de proteção de direitos fundamentais que, embora sociais, são intangíveis em suas descrições, mas secularizados nas expressões de violência contra a dignidade do outro, imprimindo históricos estigmas e institucionalizando segregações e subalternizações. A pergunta subjacente que fica é quais os motivos determinantes que conduziram a tais incoerências; pois, a incoerência pode se revelar por vários motivos, como falta de informação, conflito de interesses, pressão externa ou



influência de terceiros.

Não há dúvidas que a jurisdição opera com descritores linguísticos de riscos sociais, e por isso, torna-se indispensável a assunção verossímil da afirmação de que a sociedade vive em uma jurisdição constitucional de riscos, entendida como uma crítica à forma como o sistema jurídico funciona em uma sociedade democrática. Nesse contexto, "risco" pode se referir a diferentes ameaças ou desafios que podem afetar a estabilidade e a segurança jurídica da sociedade, e algumas possíveis interpretações dessa afirmação podem incluir: a falta de proteção para grupos vulneráveis, quando a jurisdição constitucional de riscos pode ser vista como uma falha do sistema jurídico em proteger os direitos e interesses de grupos vulneráveis, como minorias étnicas, imigrantes ou pessoas com deficiência; a desigualdade de acesso à justiça, quando a jurisdição constitucional de riscos pode ser entendida como uma forma de desigualdade de acesso à justiça, em que algumas pessoas ou grupos têm mais facilidade de acesso aos mecanismos de proteção jurídica do que outros; a incerteza jurídica, quando a jurisdição constitucional de riscos pode ser vista como uma fonte de incerteza jurídica, em que as leis e as decisões judiciais podem ser **ambíguas** ou **incertas**, o que pode prejudicar a confiança da sociedade no sistema jurídico; e, ainda, como de riscos instrumentais para a estabilidade da democracia, quando a jurisdição constitucional de riscos pode ser entendida como uma ameaça à estabilidade e à segurança da democracia, pois pode criar desconfiança e descontentamento com o sistema jurídico e a estrutura política. (CHAI, 2007).

Aqui, fica inquestionável que decisões constitucionais inconsistentes podem conduzir à rupturas ou a retrocessos sociais, influenciando e legitimando mudanças de opinião com facilidade, o que pode levar a dúvidas e incertezas, ou perpetuação de históricas violações de direitos, e, ao mesmo tempo, a falta de clareza, que decorre de decisões inconsistentes, difíceis de entender ou explicar, podem criar e alimentar confusão e dificuldade para implementar as medidas necessárias de combate às violências do racismo estrutural.



2. TESTE MAURÍCIO DE CORRÊA NO CASO ELLWANGER JULGADO NO RHC N.82.343/RS

Os discursos de incitamento ao ódio – *hate speech* – são representações simbólicas que expressam ódio, desprezo ou desrespeito a outra pessoa, ou grupo. O uso de expressões pejorativas para grupos étnicos é um claro exemplo. De maneira mais ampla, é possível incluir até mesmo os pontos de vista que sejam extremamente ofensivos aos outros, que podemos exemplificar com afirmações sobre a suposta inferioridade da mulher em relação ao homem (TASSINARI; MENEZES NETO, 2013, p. 19)

O STF enfrentou pela primeira vez a temática discurso de ódio após o restabelecimento da Estado democrático de direito, no caso o RHC 82.424/RS ou Caso Ellwanger o qual foi sentenciado em 2003. A decisão diz respeito ao fato de o paciente realizar publicação de livros com conteúdo antissemita, conduta tipificada penalmente pelo artigo 20 da Lei n.º 7.716/89, com a redação escrita pela Lei n.º 8.081/90, mesmo sob a alegação do paciente de que judeu não constitui raça para os fins da sanção.

No entanto, segundo o próprio Ellwanger, o objetivo do livro era o de apresentar uma outra versão da Segunda Guerra Mundial pautada sob o prisma dos vencidos, de modo a que o leitor tivesse acesso aos dois lados da questão e pudesse perceber a injustiça de que haviam sido vítimas os alemães (PINHEIRO, 2013, p. 88).

Destaca-se que o pedido do Recurso de *Habeas Corpus* (RHC) era somente para afastar a tipificação de racismo da prática discriminatória reconhecida pelo próprio paciente, com o fito de expurgar a imprescritibilidade e, por consequência, determinar a prescrição da conduta delituosa. O paciente, portanto, repita-se mais uma vez, assume a conduta dolosa de praticar discriminação contra os judeus.

Após intenso debate no STF em torno do caso, a decisão final foi de negar a concessão de *Habeas Corpus* ao Ellwanger. Os ministros que tiveram votos vencidos, se posicionaram a favor da concessão do RHC, sendo eles: os ministros Moreira Alves, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. As



respectivas argumentações dos ministros consistiram em ser de que o paciente não cometeu crime de racismo, porque os judeus não são considerados raça; ou há a presença de atipicidade do crime, pois a lei que regulamentou o crime de racismo surgiu posteriormente ao ato praticado por Ellwanger; e, a última argumentação se baseia de que o livro publicado pelo paciente são fatos históricos acerca da Segunda Guerra Mundial e sobre os judeus. De outro lado, os ministros que negaram a concessão do *Habeas Corpus* foram: Maurício de Correa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso.

Ao apreciar a questão, o posicionamento majoritário Corte propõe dois entendimentos que se encontram sintetizados no voto do ministro Maurício de Correa: o primeiro aspecto gira em torno de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, portanto, no exercício desta não cabe estimular o racismo, tendo em vista que as ofensas aos direitos da coletividade comprometem a coexistência harmônica entre os cidadãos no Estado Democrático de Direito.

Ora, as teorias anti-semitas congenitamente relacionadas com o nazismo, incentivada pelo paciente em suas publicações, inerentes à cidadania, daí evoluindo para as barbáries que eliminam a dignidade do ser humano. A exclusão desses atos do conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado brasileiro (**STF, RHC 82.434/RS. Min. Rel. Moreira Alves. Voto Min. Maurício Corrêa, p. 258. DJ 19.03.2004**).

O segundo entendimento da Corte consiste no fato de conceber o racismo em *sentido amplo*, ao considerar a discriminação contra os judeus como prática racista, tendo em vista que a Magna Carta se direciona na proteção integral das liberdades individuais.

O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar daí total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio-social (**STF, RHC 82.434/RS. Min. Rel. Moreira Alves. Voto Min. Maurício Corrêa, p. 258-259. DJ 19.03.2004**).



Nesse Sentido, práticas racistas, cuja condenação prevê o art. 5º, LXII, da Constituição Federal e a sua correspondente legislação infraconstitucional, não resultam apenas da cor da pele fato de persistir como fenômeno social (LAFER, 2004, p. 83-70).

Além disso, é importante destacar neste julgado, de que a disseminação de discurso de ódio na dimensão individual foi veiculada e difundidas mediante o exercício da liberdade de expressão social, pois a sua manifestação ocorreu por meio da circulação de livros reproduzidos por Ellwanger.

A exegese constitucional, como visto, justifica a necessidade de coibir de forma veementemente atos dessa natureza, mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo paciente disseminam ideias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no País, dado que dissimulam a sua eliminação de nosso convívio (**STF, RHC 82.434/RS. Min. Rel. Moreira Alves. Voto Min. Maurício Corrêa, p. 261. DJ 19.03.2004**).

Em síntese, a partir da leitura do Caso Ellwanger é proposto, neste escrito, o *Teste Maurício Correa*, pelo fato dele ter sido o ministro que articulou a fundamentação da decisão. O HC 82.434/RS aponta como limite da liberdade expressão individual a *identificação de ideias que podem disseminar, em sentido meio amplo, a eliminação do convívio de um grupo, no entanto não requer que seja obrigatório que haja o risco de sua viabilidade ou na concretização das ideias proferidas*.

3. JULGADO DO RHC N.134.682/BA: TESTE FACHIN

Outro caso em que o STF se deparou com a temática do discurso do ódio foi no julgado do RHC n. 134.682/BA da Primeira Turma, sentenciado em 2016, o qual diz respeito se cabe o exercício da liberdade de expressão voltada para o discurso religioso manifestado por um padre Católico durante a pregação.

A denúncia reproduz os seguintes trechos da publicação atribuída ao paciente e que traduziriam ofensa à grupo religioso:



O demônio, dizem muitos, "não é nada criativo". Ele continua usando o mesmo disfarce. Ele, que no passado se escondia por trás dos ídolos, hoje se esconde nos rituais e nas práticas do espiritismo, da umbanda, do candomblé e de outras formas de espiritismo. Todas essas formas de espiritismo têm em comum a consulta aos espíritos e a reencarnação. (pág. 29/30) Os próprios pais e mães-de-santo e todos os que trabalham em centros e terreiros são as primeiras vítimas: são instrumentalizados por Satanás. (...) A doutrina espírita é maligna, vem do maligno. (...) (pág 16) O espiritismo não é uma coisa qualquer como alguns pensam. Em vez de viver no Espírito santo, de depender dele e ser conduzida por Ele, a pessoa acaba sendo conduzida por espíritos malignos. (...) O espiritismo é como uma epidemia e como tal deve ser combatido: é um foco de morte. O espiritismo precisa ser desterrado da nossa vida. Não é preciso ser cristão e ser espírita, (...) limpe-se totalmente! (págs. 17/18) Há pessoas que já leram muitos livros do chamado "espiritismo de mesa branca", de um kardecista muito intelectual que realmente fascina-as coisas do inimigo fascinam. Desfaça-se de tudo. Queime tudo. Não fique com nenhum desses livros. (...) (pág.43) **(STF, RHC 134.682/BA. Voto Min. Rel. Edson Fachin, p. 22. Julgado em 29.11.2016).**

A solução apresentada pela maioria da Corte é composta pelos ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Luis Roberto Barroso. Os ministros fundamentam que a liberdade de expressão não é um valor absoluto, no entanto, é qualificado pelo proselitismo em razão deste garantir a capacidade discursiva persuasiva voltada para os seus fies, portanto, líderes religiosos não comete o crime previsto no art. 20 da lei 7.716/89.

No entanto, em posicionamento isolado e divergente, o ministro Luiz Fux é voto vencido ao assinalar que compreende a tolerância como "a possibilidade de coexistência de todas as religiões sem discriminação, não a tolerância de ideias contrárias à religião alheia, sem o mínimo de comedimento no uso da linguagem" (STF, RHC 134.682/BA. Min. Rel. Edson Fachin, Voto. Luiz Fux, p. 31. Julgado em 29.11.2016).

O debate da Corte sinaliza, por entendimento da maioria, que o proselitismo religioso recebe proteção das liberdades constitucionais, mesmo que o seu discurso realize comparações religiosas incômodas. Sendo assim, a liberdade de expressão religiosa não será caracterizada como manifestação de conduta preconceituosa mesmo que o discurso promova a intolerância, no entanto, não pode haver no uso deste o estímulo da eliminação ou da supressão de demais grupos.



Assim sendo, eventual animosidade decorrente de observações desigualadoras não configura, necessariamente, preconceito ou discriminação. Cabe investigar, portanto, em que medida o proselitismo religioso é constitucionalmente admitido e em quais hipóteses desborda das balizas da liberdade de expressão religiosa e pode fazer incidir a figura típica atinente a condutas discriminatórias e preconceituosas **(STF, RHC 134.682/BA. Voto Min. Rel. Edson Fachin, p. 17. Julgado em 29.11.2016)**. Sendo assim, a afirmação de superioridade direcionada à realização de um suposto “resgate” ou “salvação”, apesar de indiscutivelmente preconceituosa, intolerante, pedante e prepotente, encontra guarida na liberdade de expressão religiosa e, em tal dimensão, não preenche o âmbito proibitivo da norma penal incriminadora **(STF, RHC 134.682/BA. Voto Min. Rel. Edson Fachin, p. 24. Julgado em 29.11.2016)**.

Nesse sentido, os limites constitucionais para a manifestação da liberdade de expressão religiosa são atribuídos ao discurso do proselitismo de modo amplo, pois o exercício deste não implica em prática de crime de discriminação mesmo que o seu conteúdo seja de cunho preconceituoso e promova a discriminação, em razão da motivação da oratória se basear em suposto resgate ou salvação dos adeptos de determinada religião em relação as demais.

Para buscar a delimitação da liberdade de expressão, o ministro Luís Roberto Barroso aponta que a livre circulação de pensamento tem direito preferencial com relação as demais liberdades civis, mas desde que esta não se concretize na contraposição e na supressão de grupos vulneráveis, como: negros e homoafetivos.

Penso que o único e grande limite à liberdade de expressão, como lembrou o Ministro Luiz Fux, está na questão do hate speech, ou seja, as manifestações de ódio, sobretudo, penso eu, quando dirigidas a grupos vulneráveis - portanto, negros, homossexuais -, e aí acho que acende uma liberdade amarela, mesmo no caráter preferencial o qual penso que tem a liberdade de expressão **(STF, RHC 134.682/BA. Min. Rel. Edson Fachin. Voto Luís Roberto Barroso, p. 33-34. Julgado em 29.11.2016)**.

Ademais, é importante observar que é feito neste julgado a referência do precedente do Caso Ellwanger, mas há duas considerações a serem feitas: a primeira é que o ministro Marco Aurélio menciona o precedente, mas o realiza para se referir ao seu posicionamento de voto vencido no julgado, no entanto o ministro não deixa



devidamente esclarecida esta informação, o que acaba por induzir má compreensão da leitura do precedente.

O paciente veio, na obra, que teria motivado a iniciativa do Ministério Público, a professar a religião católica. Não vejo discurso que pudesse ser enquadrado, considerado o gênero, como de ódio, mas em que se diz que os católicos, aqueles pelo menos batizados, e que vieram a aderir ao espiritismo, devem abandoná-lo. Chegou-se mesmo a dizer: "O pai de santo pode ser muito 'bom', seus auxiliares também; são um povo caridoso, humilde, não nego. Por isso, acompanho Sua Excelência o Relator – como o fiz quando me pronunciei pela concessão da ordem no caso Ellwanger –, para prover o recurso e trancar a ação penal (**STF, RHC 134.682/BA. Min. Rel. Edson Fachin. Voto Min Marco Aurélio, p. 29- 30. Julgado em 29.11.2016**).

O ministro Marco Aurélio vota no RHC n. 134.682/BA pela concessão do *Habeas Corpus* por compreender que não houve a manifestação do discurso do ódio, pois o discurso do padre apenas aponta que o espiritismo deve ser abandonado, sobretudo por aqueles que são batizados.

De fato, esta decisão está de acordo com o seu voto vencido no Caso Ellwanger, o qual se posicionou de que não houve a prática de racismo mediante discurso de ódio por conceber que não houve o efetivo estímulo à perseguição aos judeus, o que determinou na sua sentença por conceder a liberdade ao Ellwanger.

A censura de conteúdo sempre foi a arma mais forte utilizada por regimes totalitários, a fim de impedir a propagação de ideias que lhes são contrárias. A única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido. Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas ideias acerca da relação entre judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo "morte aos judeus", "vamos expulsar estes judeus do País", "peguem as armas e vamos exterminá-los". Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os seus próprios olhos (**STF, HC 82.434/RS. Min. Rel. Moreira Alves. Voto Min. Marco Aurélio, p. 557-558. DJ 19.03.2004**).

No entanto, quando se faz alusão ao precedente do RHC n. 82.434/RS é para mencionar o entendimento da Corte concebido naquele julgado e não de um voto



vencido, portanto o ministro deveria ter sido mais claro no que diz respeito a este aspecto.

O segundo ponto consiste que o ministro Luís Roberto Barroso menciona de forma elogiosa os votos dos ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto no caso Ellwanger. O problema consiste no aspecto de que ambos os ministros foram votos vencidos no julgado e assinalaram na época o entendimento que deveria ser concedido *Habeas Corpus* ao Ellwanger. Frisa-se que ambos os ministros realizaram a análise em comum do Caso Ellwanger de acordo com o princípio da anterioridade penal, pois alegaram que a lei de racismo adveio posteriormente ao caso concreto.

No entanto, o ministro Luiz Roberto Barroso cita os dois ministros no seu voto para afirmar algo diverso, haja vista que o realiza para assinalar que o povo judeu é considerado no caso Ellwanger como grupo vulnerável e de que promover o antissemitismo não pode ter a guarida da liberdade de expressão por se tratar de discurso de ódio.

É por esta razão - eu não estava no Tribunal ainda - que eu não acompanharia as posições que foram manifestadas naquele julgamento, em belíssimos votos, pelos Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto, porque acho que naquele contexto, que era o caso Ellwanger, os judeus devem ser tratados como um grupo vulnerável, historicamente vulnerável. E a negação do Holocausto e a negação do genocídio têm para um judeu um impacto depreciativo de um episódio que marcou a História desse povo **(STF, RHC 134.682/BA. Min. Rel. Edson Fachin. Voto Min Luis Roberto Barroso, p. 33-34. Julgado em 29.11.2016).**

Logo, há a percepção de haver confusão por parte dos ministros em mencionar o precedente do Caso Ellwanger no julgado RHC n. 134.682/BA, pois no precedente em epígrafe foi concebida pela Corte o entendimento no sentido de que basta a potencialidade discursiva de comprometer o convívio harmônico na sociedade, por meio do estímulo da prática da intolerância para haver a tipificação da conduta como racismo. Portanto, é instituído no Caso Ellwanger um limite mais restritivo em torno do exercício da liberdade de expressão.



Por outro lado, a decisão do RHC n. 134.682/BA não segue este entendimento do Caso Ellwanger por conceber limite mais amplo à liberdade de expressão. O RHC n. 134.682/BA afirma que a promoção da intolerância é válida no proselitismo religioso, mas o que não pode haver é discursividade do efetivo estímulo a eliminação de outro grupo. Este posicionamento está de acordo com o voto minoritário e vencido do Marco Aurélio no RHC n. 82.434/DF, no entanto não compõem a *ratio decidendi* do julgado e citá-lo sem a devida observância deste fato induz ao erro na análise do precedente.

Isso significa que, seja pelo próprio discurso de Abib, seja pelas suas consequências para grupos vulneráveis, a ordem do habeas corpus deveria ter sido denegada nos termos do precedente do Caso Ellwanger. Entretanto, o que Caso Abib evidencia é uma negligência da Primeira Turma com a jurisprudência do STF do que uma tendência de consolidação de uma jurisprudência da Suprema Corte mais favorável à liberdade de expressão (MEDRADO, 2018, p. 135).

Em resumo, com a apreciação do RHC 134.682/BA é extraído a compreensão, neste trabalho, o *Teste Fachin*, em decorrência do ministro Fachin ser o relator da decisão e de representar o entendimento majoritário da Corte no caso à baila. A fundamentação da decisão discorre que o discurso religioso goza de acréscimo de proteção devido à existência do proselitismo religioso, e será somente concebido como conduta criminosa e como discurso de ódio se houver, de modo *cumulativo*, em três etapas: *a promoção de desigualdade entre grupos, a superioridade do seu grupo e a legítima eliminação ou supressão dos demais grupos.*

4. JULGADO DO RHC N.146.303/RJ: TESTE TOFFOLI

Em momento posterior, no ano de 2018 a segunda turma da Corte se posiciona em torno do assunto do proselitismo religioso e do discurso do ódio, a partir do julgado do RHC n. 146.303/RJ que conceberá o entendimento diverso com relação



à decisão da primeira turma proferida no julgado RHC n. 134.682/BA (SILVA, 2020, p. 14).

O caso diz respeito à paciente, na condição de pastor da “Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo”, ter recebido a acusação e a condenação pela prática do crime previsto no art. 20, §2º, da Lei n. 7.716/89.

A sentença de condenação reproduz os seguintes trechos atribuídos ao blog do acusado que é chamado Tupirane e o seu conteúdo foi interpretado, pela Corte, como agressão a grupo religioso:

O laudo de exame audiográfico de fls. 287/293 relata o conteúdo de um vídeo no qual o acusado Tupirani exhibe os livros 'guia das ciências ocultas', 'Wicca', 'Feitiçaria Antiga', 'Dogma' e 'Ritual de Alta Magia' e 'São Cipriano, o Bruxo', afirmando que: (1) irão para o lixo e que não os rasgaria para não sujar o estúdio. (2) aduz que seu ministério é superior às religiões pagãs onde pessoas sofrem, padecem, são estupradas, violentadas, vivem em medo, em angústia, em aflição. (3) Acrescenta que satanismo não é religião, que lugares onde as pessoas são destruídas e marionetadas a seguir caminhos de podridão, não são religião. (4) Afirma ainda que o conteúdo dos referidos livros ensina enganos, a roubar, a furtar, a dominar o sentimento dos outros. (5) Diz, por fim, se tratar de pilantragem e hipocrisia, e que é uma religião assassina como o Islamismo **(STF, RHC 146.303/RJ. Min. Rel. do Acórdão Dias Toffoli. Voto Min. Rel. Edson Fachin, p. 23. Julgado em 06.03.2018).**

A visão majoritária da Corte é composta pelos ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Os doutos julgadores negaram provimento ao recurso ordinário do *Habeas Corpus* sob o fundamento de que desmereceu e sugeriu o aniquilamento de religiões alheias a sua.

De fato, posicionamento da Corte acompanha, na sua integralidade, o entendimento do ministro relator Dias Toffoli, portanto a segunda turma constitui a concepção de que, o caso em tela, a liberdade de expressão não se enquadra para proteger a liberdade religiosa, pois envolve a violação da própria integridade de fies de outra crença.

Compreendo que este tipo de agir não se enquadra no direito à liberdade de expressão; não se enquadra, com a devida vênia, na ideia de liberdade religiosa; muito pelo contrário. **Trata-se de manifestação que atinge**



diretamente o direito de crença do outro e a própria integridade de conduta de seus fiéis.

Saliento, nesse instante, que não vislumbro como se possa atribuir à liberdade de crença religiosa conotação volátil que se relacione à natureza da crença professada, de modo a assegurar legitimação máxima aos propósitos de expansão que muitas delas possuem.

Entendo que os limites ao direito à liberdade de crença (e de professá-la, por natural) são os mesmos, qualquer que seja a fé considerada, não se admitindo que o propósito de conquistar fiéis assegure, ou em qualquer medida legítima, a desqualificação de qualquer outra crença (ou descrença). Concepção dessa ordem transita, em meu entender, na linha limítrofe entre a profecia da religiosidade e o deliberado propósito de aniquilamento ou desmerecimento de outra religião, com as arbitrariedades já ocorridas ao longo da história **(STF, RHC 146.303/RJ. Voto Min. Rel. do Acórdão Dias Toffoli, p. 36-37. Julgado em 06.03.2018, grifo nosso).**

Nesse sentido, o proselitismo religioso mesmo praticado com a finalidade de conquistar mais fiéis, este já não será admitido se houver o movimento de desqualificar qualquer outra crença.

No sentido contrário do entendimento do julgado está o voto divergente e vencido do ministro Edson Fachin, o qual votou pela concessão do RHC, por considerar que o discurso religioso manifestado pelo paciente: “apesar de indiscutivelmente intolerante, pedante e prepotente, além de certamente questionável na própria ambiência em que explicitada, encontra guarida na liberdade de expressão religiosa e, em tal dimensão, não preenche o âmbito proibitivo da norma penal incriminadora” **(STF, RHC 146.303/RJ. Min. Rel. do Acórdão Dias Toffoli. Voto Min. Rel. Edson Fachin, p. 26. Julgado em 06.03.2018).**

O fato interessante nesta análise é que o ministro Edson Fachin era membro integrante da primeira turma e foi relator do julgado do RHC n. 134.682/BA. Agora, na decisão da segunda turma manifestado no julgado do RHC n. 146.303/RJ, o ministro firmou o mesmo posicionamento da decisão anterior e cita diretamente o *teste Fachin*, ao considerar que exercício da liberdade de expressão religiosa está inserido no contexto do discurso do proselitismo.

O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e,



por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior (**STF, RHC 146.303/RJ. Min. Rel. do Acórdão Dias Toffoli. Voto Min. Rel. Edson Fachin, p. 22. Julgado em 06.03.2018**).

Nessa esteira, reitera a manifestação de que o discurso criminoso se materializa desde que não seja feita a realização concomitante de três etapas, sendo elas: a primeira etapa cognitiva, onde se reporta que há desigualdade entre os indivíduos e grupos; a segunda etapa é de base valorativa, pois se fundamenta em suposta relação de superioridade entre as diversas crenças religiosas; e, a terceira etapa é o atributo em que o agente supõe ser legítima a dominação, escravização, eliminação, exploração, supressão ou redução de direitos fundamentais de grupos, ou pessoas na posição de inferior.

O proselitismo religioso, para Fachin, é um discurso universalista e indispensável para o exercício da liberdade de expressão voltada para a liberdade religiosa, mas o seu limite se baseia na vedação de pregação que promova uma espécie de “guerra santa”.

Esclareço que diversas religiões ostentam caráter universalista, vale dizer, almejam converter o maior número possível de pessoas. Embora nem todas as religiões detenham referida característica, o cristianismo, de modo geral (religião professada pelo paciente), persegue objetivo universalista (**STF, RHC 146.303/RJ. Min. Rel. do Acórdão Dias Toffoli. Voto Min. Rel. Edson Fachin, p. 8. Julgado em 06.03.2018**). Nessa medida, tolher o proselitismo indispensável à consecução das finalidades de religiões que se pretendem universais configuraria, ao fim e ao cabo, o ataque ao núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa (**STF, RHC 146.303/RJ. Min. Rel. do Acórdão Dias Toffoli. Voto Min. Rel. Edson Fachin, p. 9. Julgado em 06.03.2018**). Também descabe potencializar o proselitismo, por si, para fins de reconhecimento de realização de uma espécie de “guerra santa”, mantida com base em discurso odioso, tampouco para legitimar atos de violência ou perseguição aptos a macular a dignidade humana (**STF, RHC 146.303/RJ. Min. Rel. do Acórdão Dias Toffoli. Voto Min. Rel. Edson Fachin, p. 14. Julgado em 06.03.2018**).

Portanto, o ministro Fachin visualiza que não houve no Caso RHC n. 146.303/RJ a violação de nenhuma das três etapas, em razão desta prever a existência de embates entre as diversas religiões e, neste contexto, a tolerância



religiosa autoriza que seja professada métodos de persuasão baseada pela fé. Contudo, não será protegida perante a Constituição se houve a imposição baseada na violência à dignidade à pessoa humana, o qual sofrerá censura penal.

No entanto, foi considerado na decisão RHC 134.682/BA que o proselitismo religioso não pode ser enquadrado como discurso de ódio quando se tratar de simples embate e desmerecimento entre religiões, pois o discurso do ódio consiste em professar cumulativamente a eliminação e o extermínio do outro grupo, consoante a terceira etapa do *teste Fachin*.

Por outro lado, o julgado do RHC n. 146.303/RJ o proselitismo religioso pode ser censurado mesmo entre embates religiosos que estimule a perseguição, supressão ou dentre outras possibilidades de agressões a direitos fundamentais de demais grupos. Sendo assim, o desmerecimento de religião alheia já implica o enquadramento legal do discurso do ódio. Ou seja, basta ter a aplicação de uma das etapas do *teste Fachin* para se consideração o discurso de ódio.

Não obstante, este não é o único ponto de divergência entre os dois julgados, pois é possível identificar um problema de ordem hermenêutica para definir quando é configurada a incitação de aniquilação a outro grupo, tendo em vista que o ministro Fachin participou de ambos os julgados e para ele não houve nem a desqualificação e tampouco a incitação de extermínio a outro grupo, mas para a segunda turma no julgado do RHC n. 146.303/RJ houve a interpretação de que houve o desmerecimento e o estímulo a aniquilação do outro grupo.

Outro ponto curioso do julgado do RHC n. 146.303/RJ é que a Corte menciona novamente o Caso Ellwanger, mas há duas interpretações em torno do precedente. Uma compreensão parte do ministro Edson Fachin, tendo em vista que o magistrado busca afastar a aplicação do Caso Ellwanger ao entender que o RHC.82.424/RS trata de um proselitismo contra um grupo específico que é o judaísmo.

Eu apenas me permitiria lembrar que, no Caso Ellwanger, (...), ali tratava-se, conforme Vossa Excelência mencionou, de uma questão atinente aos judeus, portanto, o proselitismo lá tinha uma feição de indicar um determinado povo como seu inimigo. Neste caso, as emanações deploráveis elegem, na verdade, todas as religiões, exceto a do próprio, como inimigas. Portanto, não há uma minoria em face da qual se pode dizer que esse proselitismo estaria



indicando um determinado destinatário ou um conjunto ou grupo de pessoas para serem escravizadas ou eliminadas (**STF, RHC 146.303/RJ. Min. Rel. do Acórdão Dias Toffoli. Voto Min. Rel. Edson Fachin, p. 54. Julgado em 06.03.2018**).

Logo, o ministro Fachin concebe como sendo elemento central do *distinguish* do Caso Ellwanger de que na estrutura discursiva do ato de fala do Pastor foi direcionado de modo indistinto para todas as religiões e não para um grupo específico como foi o caso do RHC n. 82.434/RS.

Para os demais ministros, o Caso Ellwanger deve ser aplicado na decisão do RHC n. 146.303/RJ, porque o precedente se reporta a discriminação de índole cultural e religiosa voltada para grupos minoritários no sentido de se encontrar em situações de maior vulnerabilidade. Nessa diretriz, é importante assinalar que o voto do ministro Celso de Mello é bastante representativo para manifestar o posicionamento majoritário da Corte.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, não posso aceitar a tese exposta no presente recurso ordinário, especialmente se se considerar o precedente firmado por esta Corte no julgamento do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), pois admitir a pretensão recursal em causa significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos religiosos, minoritários ou não, notadamente àqueles que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade (**STF, RHC 146.303/RJ. Min. Rel. do Acórdão Dias Toffoli. Voto Min. Celso de Mello, p. 72. Julgado em 06.03.2018**).

Sendo assim, na visão da segunda turma do STF o caso do RHC n. 146.303/RJ é compatível com o caso Ellwanger, porque ambos tratam de situações em que foi aviltada a dignidade da pessoa humana das minorias e o sistema legal deve preservar a pluralidade e a tolerância na convivência harmônica entre os diferentes.

No entanto, conforme o preâmbulo da Constituição, o religioso foi contrário à harmonia social e fraternidade assinalados como princípios estruturantes na Magna Carta. Portanto, é papel do Estado exercer a função de pacificador na sociedade, a fim de evitar conflitos entre religiões, em razão disto é que a ação penal deveria ter



seguimento, na medida em que os fatos se enquadram na figura delitiva do art. 20, § 2º, da Lei 7.716/1989 (BALERA, 2018, p. 174).

De fato, é identificado neste trabalho que o ponto de diferença entre os julgados é que o RHC n. 146.303/RJ não apenas trata-se de um caso de manifestação de proselitismo religioso, como também é bastante haver o desmerecimento da religião de outro grupo para ser enquadrado o discurso do ódio, enquanto no Caso Ellwanger há a exigência do discurso contemplar a possibilidade de eliminação do outro grupo.

Em nota conclusiva, surge no julgado RHC 146.303/RJ proferido em 2018 novo posicionamento e em divergência com a primeira turma, o qual é concebido neste trabalho com o nome de *teste Toffoli*. Este teste se baseia em que “a liberdade de expressão religiosa encontra limite no direito de crença alheia, não sendo viável professar a ideia de aniquilamento ou desmerecimento da religião alheia”.

5. JULGADO DO INQUÉRITO N. 4.694/DF: TESTE MARCO AURÉLIO

Inicialmente, o estudo da liberdade de expressão voltado para os parlamentares constitui um meio de viabilizar a participação popular e democrática, visto que é a partir da atividade parlamentar que a coletividade se vê representada dentro do parlamento (COSTA; PINTO, 2019, p. 3).

Por mais que cada parlamentar tenha sua “bandeira de reivindicações”, que dialoga com seu eleitorado, seus discursos não podem ser construídos de modo a legitimar a ofensa aos direitos fundamentais e direitos humanos. Então, há a necessidade de problematizar os limites jurídico-constitucionais dos discursos parlamentares, para que não se sintam autorizados a utilizarem indiscriminadamente a imunidade parlamentar como um instrumento de violência contra determinados setores da sociedade, a partir da sua fala (COSTA; PINTO, 2019, p. 4).

A primeira turma do STF, em outra oportunidade, expõe a sua compreensão em torno do assunto no Inquérito n. 4.694/DF que foi julgado em 2018. A decisão trata



em torno da denúncia oferecida contra o deputado federal Jair Messias Bolsonaro, pela suposta prática de proferir discurso do ódio que se encontra descrita no art. 20, *caput*, da Lei 7.716/1989.

O ato foi realizado pelo político durante uma palestra cometida no dia 03 de abril 2017 e localizada no Rio de Janeiro, especificamente no Clube Hebraica, onde pronunciou os seguintes dizeres:

12:05 - Eu tenho 5 filhos. Foram 4 homens, a quinta eu dei uma fraquejada e veio uma mulher. 16:00 - A área mais rica do mundo está exatamente demarcada como terra indígena, uma área maior que a região do Sudeste é demarcada como terra indígena. Tive em Roraima. Uma das acusações que recebo é 'Xenóforo!'. [...] E eu sou contra estrangeiros aqui dentro. 17:16 - Dentro de Roraima, os senhores acham aqui tudo que existe na tabela periódica [...], além de demarcação como terra indígena, o que que eles fizeram lá? O único rio lá que se poderia fazer três hidrelétricas, o pessoal encheu de índio. Hoje você não pode fazer uma hidrelétrica. 23:05 - E voltamos aqui pra questão da xenofobia, né. Nós não podemos abrir as portas do Brasil pra todo mundo. Então aí o Trump [...] está preservando o seu país. 37:12 - Aqui apenas são as reservas indígenas no Brasil. Onde tem uma reserva indígena, tem uma riqueza embaixo dela. Temos que mudar isso daí. Mas nós não temos, hoje em dia, mais autonomia para mudar isso daí. Entregou-se tanto a nossa nação que chegamos a esse ponto, mas dá pra mudar nosso país. Isso aqui é só reserva indígena, tá faltando quilombolas, que é outra brincadeira. Eu fui em um quilombo lá em El dourado Paulista. Olha, 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. (P. 5 -ALEXANDRE) (STF, INQ 4.694/DF. Min. Rel. Marco Aurélio. Voto Min. Alexandre de Moraes, p. 5. Julgado em 11.09.2018).

Nesse sentido, a partir dos acontecimentos relatados alhures foi aberta investigação contra Bolsonaro para apurar se o pronunciamento dele foi eivado de discurso de ódio contra quilombolas, mulheres, LGTBs, índios e refugiados, pois na acusação de tal prática foi assinalado que o agente agiu de modo livre e espontâneo no induzimento e na incitação à discriminação destes grupos já mencionados.

Após a análise do caso, a maioria dos ministros da primeira turma do STF se posicionaram para rejeitar a denúncia contra Jair Bolsonaro, estando entre eles: Marco Aurélio, Luiz Fux e Alexandre de Moraes. De outro lado, os ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber foram votos vencidos, pois recebiam parcialmente a



denúncia. Para o ministro Luís Roberto Barroso o recebimento da denúncia seria favor aos quilombolas e aos homoafetivos, enquanto a ministra Rosa Weber recebeu a denúncia apenas a favor dos quilombolas.

O ponto de partida de consideração do julgado é de realizar o pronunciamento se cabe proteção a imunidade parlamentar para os congressistas quando o discurso é proferido fora do recinto do congresso nacional. De acordo com os ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes:

Tem-se, uma vez existente o nexo de causalidade entre o que veiculado e o mandato, a imunidade parlamentar. Declarações, ainda que ocorridas fora das dependências do Congresso Nacional e eventualmente sujeitas a censura moral, quando retratam o exercício do cargo eletivo, a atuação do congressista, estão cobertas pela imunidade prevista no artigo 53, cabeça, da Constituição Federal, a implicar a exclusão da tipicidade **(STF, INQ 4.694/DF. Voto Min. Rel. Marco Aurélio, p. 12 Julgado em 11.09.2018)**. Nessas hipóteses, há necessidade da análise da existência de nexo das finalidades das palavras e opiniões proferidas pelo parlamentar e o exercício de seu mandato. Ou seja, ausente a “cláusula espacial ou geográfica” a imunidade se relativiza. **(STF, INQ 4.694/DF. Min. Rel. Marco Aurélio. Voto Min. Alexandre de Moraes, p. 14. Julgado em 11.09.2018)**.

Diante disto, a Corte compreendeu que a imunidade parlamentar deve ser relativizada e garantida mesmo se os pronunciamentos foram realizados fora do Congresso Nacional se as palavras estiverem de acordo com o exercício do cargo eletivo.

Na fundamentação da decisão é examinada duas análises em torno das palavras manifestadas por Bolsonaro. O primeiro ponto de análise do julgamento se balizou se há o aspecto de nexo de implicação recíproca na relação entre as opiniões e palavras proferidas no exercício do mandato parlamentar, ou seja, o parlamentar somente pode expressar as suas opiniões e críticas no que diz respeito a condução de políticas públicas governamentais. Nos dizeres dos ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes.

As afirmações lançadas pelo denunciado situam-se no âmbito da crítica à política de imigração adotada pelo Governo, não configurando conteúdo discriminatório ou passível de incitar pensamentos e condutas xenofóbicas



pelo público ouvinte (**STF, INQ 4.694/DF. Voto Min. Rel. Marco Aurélio, p. 8 Julgado em 11.09.2018**). A questão é saber se as declarações do denunciado estariam ou não abrangidas pela imunidade material, a inviolabilidade, enquanto espécie qualificada, em relação aos parlamentares, do gênero "liberdade de expressão". Em outras palavras, há necessidade de verificar se as declarações foram dadas no exercício, ou em razão do exercício, do mandato parlamentar; ou seja, se o denunciado expressou suas opiniões, sobre questões relacionadas a políticas governamentais; e se essas opiniões se ativeram aos parâmetros constitucionalmente aceitos, ou se teriam extrapolado eventuais parâmetros das imunidades materiais (**STF, INQ 4.694/DF. Min. Rel. Marco Aurélio. Voto Min. Alexandre de Moraes, p. 7. Julgado em 11.09.2018**).

O segundo aspecto de análise propõe haver direta associação entre a imunidade material do parlamentar e a sua liberdade de expressão qualificada, no entanto, possui a limitação de não poder proferir o discurso de ódio. Na fundamentação dos votos dos ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes, constam:

que as falas referidas na peça acusatória estão vinculadas ao contexto de demarcação e proveito econômico das terras, sendo descabido confundir o interesse na extinção ou diminuição de reservas indígenas ou quilombolas com a supressão e eliminação dessas minorias. O contexto – repita-se, vinculado à política de demarcação de terras –, além de não se inserir no conteúdo proibitivo da norma, configura manifestação política que não extrapola os limites da liberdade de expressão, garantido no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal. As afirmações lançadas pelo denunciado situam-se no âmbito da crítica à política de **imigração** adotada pelo Governo, não configurando conteúdo discriminatório ou passível de incitar pensamentos e condutas xenofóbicas pelo público ouvinte (**STF, INQ 4.694/DF. Voto Min. Rel. Marco Aurélio, p. 7-8 Julgado em 11.09.2018**). Ou seja, se, no exercício de sua liberdade de expressão qualificada, o parlamentar sair do script, desvirtuando o exercício de sua liberdade de expressão qualificada, para, por exemplo, realizar ofensas pessoais a eventuais desafetos presentes na plateia ou fora dela, sem nenhum contexto com aquela palestra, ou mesmo veicular discurso de ódio. Nessas hipóteses, a finalidade pretendida não está em consonância com a ratio protetiva das imunidades parlamentares da inviolabilidade. P. 14 - Não me parece que houve nenhum discurso de ódio e incitação à discriminação, ou repúdio aos estrangeiros. Houve uma manifestação às vezes contundente, às vezes grosseira, mas em relação ao posicionamento sobre refugiados. Não me parece que houve desvio de finalidade, em relação ao que a inviolabilidade protege. (**STF, INQ 4.694/DF. Min. Rel. Marco Aurélio. Voto Min. Alexandre de Moraes, p. 14. Julgado em 11.09.2018**).



No posicionamento da maioria da primeira turma do STF foi considerado que o pronunciamento do discurso de Bolsonaro está limitado às críticas às políticas públicas e que não tinha o quinhão de promover a diminuição e a extinção de nenhum grupo.

Em apertada síntese, o Inquérito n. 4.694/DF está de acordo com o *teste Fachin* proferido em 2016 também pela primeira turma do STF, no entanto, nesta decisão surge elementos adicionais e como o julgado foi constituído pelo entendimento do ministro relator. Se origina o que é designado, neste trabalho, de *teste Marco Aurélio*, em virtude dele acrescenta que *palavras grosseiras, vulgares e desvinculadas da realidade devem ser toleradas quando inseridas dentro de críticas às políticas públicas*.

Portanto, é extraída à conclusão de que é impossível identificar no sistema legal brasileiro o que é o “ódio” como discurso banido no Brasil, porque é assinalado vários testes contraditórios, amplos e instáveis entre as duas turmas do STF, tendo em vista não haver só a falta de consenso entre as turmas do STF para interpretar o precedente do Caso Ellwanger, como também há a ausência de consenso, clareza e lógica interna semântica operativa, para identificar quando um discurso tem a finalidade de desmerecer ou de estimular o extermínio de um grupo. Em outras palavras, há no sistema legal brasileiro forte discricionariedade judicial, o que ocasiona a relativização dos julgados sobre a liberdade de expressão individual, sobretudo no discurso do ódio.

Não se propõe aqui a neutralidade do discurso parlamentar; o que é problematizado é o debate da responsabilização do parlamentar que reproduz livremente um discurso de ódio (COSTA; PINTO, 2019, p. 4). Mesmo porque não existe neutralidade política, nem imparcialidade teórica.

O problema deste fato para a democracia é que o discurso do ódio se dissemina na liberdade de expressão social representadas pelos veículos de informação, incluindo as redes sociais. Sendo assim, mesmo que um político pronuncie um discurso considerado desconectado com a realidade (MASCARENHAS, 2014, p. 38), como assinalado no Inquérito n. 4.694/DF, o discurso parlamentar tem



forte visibilização pública e aliado a um contexto de desinformação acerca das políticas públicas, se encontrará habilitado para promover a fragilização dos direitos fundamentais em desfavor de grupos vulneráveis.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resumo, é impossível a identificação do “ódio” como discurso banido no sistema legal brasileiro, em razão de não haver a sedimentação de identificação de critérios estáveis para definir o que é discurso do ódio, pois é atualmente assinalado a existência de quatro critérios, sendo eles:

O primeiro foi no RHC n. 82.434/RS, em 2003, com o *teste Maurício de Correa*, o qual concebe o discurso do ódio com as ideias que podem disseminar, em sentido amplo, a eliminação do convívio de um grupo, não sendo obrigatória sua viabilidade ou concretização.

A segunda proposta foi em 2016 com o julgado RHC n. 134.682/BA que assinala o *teste Fachin*, o qual afirma que os discursos religiosos possuem uma proteção adicional, proselitismo religioso, e apenas serão criminosos se, cumulativamente, promoverem desigualdade entre grupos, superioridade do seu grupo e legitimação da eliminação ou supressão.

O terceiro critério surge em 2018 com decisão RHC n. 146.303/RJ, ao apontar o *teste Toffoli* onde compreende que a liberdade de expressão religiosa encontra limite no direito de crença alheia, não sendo possível advogar o aniquilamento ou desmerecimento da religião alheia.

O surgimento quarto critério também ocorre no ano de 2018 na decisão do inquérito n. 4.694/DF e neste há o *teste Marco Aurélio*. Nesta decisão há o resgata do *teste Fachin* e acrescenta que palavras grosseiras, vulgares e desvinculadas da realidade devem ser toleradas quando inseridas dentro de críticas às políticas públicas.



Diante deste cenário se questiona: De quem é o ônus democrático da regulamentação do discurso do ódio? Quem será o censor do conteúdo? Deve ser o Poder Judiciário para que mediante uma ação de controle concentrado de constitucionalidade conduza a matéria ao plenário do STF a fim de que haja uma decisão definitiva, mas se esta for a resposta. O próprio STF irá respeitar o seu precedente? Tendo em vista que é analisado divergências de interpretação o próprio Caso Ellwanger. Ou, a melhor resposta deve partir do Poder Legislativo, mas será que não poderá haver problema de interpretação do texto legal por identificação de textura aberta da norma?

Por fim e por enquanto, é necessário deixar claro que, se a jurisdição constitucional cuida essencialmente dos conflitos democráticos de pessoas livres e iguais, sendo determinante no alcance e na realização da Justiça Social, torna-se também visceral compreender e reconhecer que os permanentes conflitos de interesses, entre liberdades e igualdades, projetam táticas e estratégias de “incoerência” no processo decisório visando prejudicar a objetividade das decisões, ao tempo em que a falta de transparência e uniformidade semântica operativa pode comprometer a confiança dos envolvidos. Os atores do sistema de justiça devem para evitar a incoerência no processo decisório, ter antes de decidir um compromisso ético pela defesa da integridade, da estabilidade e da ontológica coerência indispensáveis a uma democracia constitucional com os diferentes pontos de vista e interesses envolvidos e ser transparente em relação ao processo de tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

BALERA, Felipe Penteado. **A Proteção Constitucional da Liberdade Ante a Religiosidade do Terceiro Milênio: os desafios enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal.** 2018 (fl. 218). Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Paulo, 2018.

BRANDÃO, Caio Rogério da Costa; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. Novos Direitos e o Ativismo Judicial no Brasil: uma reflexão a partir do olhar crítico de Enrique Dussel. **Revista Brasileira de**



Direitos e Garantias Fundamentais. Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 20-35, jan-jun 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/6568/pdf>
Acesso em: 20 out. 2022.

CHAI, Cássius Guimarães. Celebrar o presente, construindo o futuro: a dignidade humana entre a política e o direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 23, n. 2, p. 7-10, 9 dez. 2022.

CHAI, Cássius Guimarães. **Jurisdição Constitucional em uma Democracia de Riscos.** São Luís: AMPEM, 2007.

COSTA, Fabrício Veiga Costa; PINTO, Alisson Alves Pinto. Discurso de Ódio e os Limites Jurídico-Constitucional-Democrático da Imunidade Parlamentar na Constituição Federal de 1988. **Revista da Faculdade de Direito UFG**, v. 43, p. 01-21, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/60487/34646>
Acesso em: 10 jul. 2022.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional:** para uma análise crítica da jurisprudência de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. 1ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

LAFER, Celso. O caso Ellwanger: antissemitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-90, abr./jun. 2004. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/948/R162-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2021.

MASCARENHAS, Diego Fonseca. **Liberdade de expressão e lei de imprensa:** a tensão e a fragilidade na democracia sob a ótica de Hannah Arendt a partir da ADPF 130. Curitiba: Juruá, 2014.

MEDRADO, Vitor Amaral. **Liberdade de Expressão e Democracia no Brasil:** a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano. 2018 (fl. 150). Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Minas Gerais, 2018.

OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes. Limites Constitucionais do Princípio Político do Bem Comum à Realização da Igualdade em Sociedades Complexas como a Brasileira. **Revista Jurídica Unicuritiba.** Curitiba. v.3, n.53, p.211-227, jul-set. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3574/371371966>. Acesso em: 15 nov. 2022.

PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 297-316, jan./abr. 2018. Disponível em:



<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1788> Acesso em: 24 ago. 2020.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. **ÀS MARGENS DO CASO ELLWANGER**: Visão Conspiracionista da História, Ecos Tardios do Integralismo e Judicialização do Passado. 2013 (fl. 281). Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Brasília, 2013.

SILVA, Bruna Marques da. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio no Supremo Tribunal Federal uma análise do RHC n. 146.303/RJ à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, v. 6, n. 2, p. 01–20, jul/dez. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/7073/pdf> Acessado em: 10 jan. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INQUÉRITO N. 4.694 2018**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340588165&ext.pdf> Acesso em: 20 de jul. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO ORDINÁRIO HABEAS CORPUS N. 82.434. 2004**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 20 de jul. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO ORDINÁRIO HABEAS CORPUS N. 134.682. 2016**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>. Acesso em: 20 de mar. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO ORDINÁRIO HABEAS CORPUS N. 146.303. 2018**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674> Acesso em: 12 de jan. 2019.

TASSONARI, Clarissa Tassinari; MENEZES NETO, Elias Jacob de Menezes Neto. Liberdade de Expressão e Hate Speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger. **Revista Brasileira de Direito**, IMED, v. 9, n 2, p. 61-80, jul-dez 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 30 mar. 2022.

