

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

KALEO DORNAIKA GUARATY

DISCURSO DE ÓDIO: CONCEITO E HERMENÊUTICA NO DIREITO ELEITORAL

Ribeirão Preto

2020

KALEO DORNAIKA GUARATY

DISCURSO DE ÓDIO: CONCEITO E HERMENÊUTICA NO DIREITO ELEITORAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo – como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Cristina Godoy
Bernardo de Oliveira

Ribeirão Preto

2020

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Guaraty, Kaleo Dornaika

GG914d Discurso de ódio: conceito e hermenêutica no Direito
Eleitoral / Kaleo Dornaika Guaraty; orientador Cristina
Godoy Bernardo de Oliveira. -- Ribeirão Preto, 2020.
188 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto,
Universidade de São Paulo, 2020.

1. DIREITO ELEITORAL. 2. DISCURSO DE ÓDIO. 3.
DIREITO CONSTITUCIONAL. 4. CRIMES
ELEITORAIS. 5. PROPAGANDA ELEITORAL. I. de
Oliveira, Cristina Godoy Bernardo, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: GUARATY, Kaleo Dornaika

Título: Discurso de ódio: conceito e hermenêutica no Direito Eleitoral

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus pais, Angélica e Fábio.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação começou como um projeto de estudo voltado à liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro. A ideia de restringi-lo ao tema do discurso de ódio e, posteriormente, à hipótese do discurso de ódio eleitoral veio da Profa. Dra. Cristina Godoy, orientadora deste trabalho. Graças a ela pude desenvolver as considerações iniciais antes das eleições de 2018 e, depois delas, tendo em vista a premência com que os fatos sinalizavam para uma investigação eleitoral do tema, fui aconselhado a buscar uma proposta de aplicação mais prática ao contexto social que presenciávamos. Dessa forma, a ela são creditados todos os méritos que possam advir desta dissertação; os eventuais equívocos são de minha responsabilidade. Agradeço aos professores que me oportunizaram a monitoria em Regulação Econômica por meio do Programa de Aperfeiçoamento de Ensino (PAE), Profa. Dra. Juliana de Oliveira Domingues e Prof. Dr. Gabriel Loretto Lochagin. Agradeço também aos membros do escritório Ribeiro de Almeida, Prof. Dr. Renato Ribeiro, Vitor Venturin, Gabriella Saiki e João Victor Gianecchini.

Agradeço, finalmente, à Universidade de São Paulo pelas condições de produção desta pesquisa, em especial ao corpo de docentes e funcionários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, e aos colegas da Turma V do Mestrado em Direito e Desenvolvimento.

Canta-me a cólera – ó deusa

- Homero

*“la salud de las democracias [...] dependen de un
mísero detalle técnico: el procedimiento electoral.
Todo lo demás es secundario [...] Sin el apoyo de
un auténtico sufragio, las instituciones
democráticas están em el aire”*

- José Ortega y Gasset

RESUMO

GUARATY, Kaleo Dornaika. **Discurso de ódio: conceito e hermenêutica no direito eleitoral:** 2020. 188 p. Tese (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

Partindo da análise do discurso de ódio como um fenômeno verificado nas eleições brasileiras de 2018, este trabalho busca investigar as possibilidades de conceptualização dogmática do referido fenômeno no âmbito eleitoral. Para isso, na Parte Um, inicia com a investigação da doutrina constitucional brasileira e americana sobre a liberdade de expressão e suas possibilidades de restrição; passa para uma discussão sobre o discurso de ódio em três níveis metodológicos (deontológico, instrumental e empírico). A Parte Dois trata da aplicação dos resultados obtidos da reflexão sobre o tema para a proposta de conceptualização do discurso de ódio e, em seguida, elabora hipóteses de conformação dogmática do fenômeno em institutos do Direito Eleitoral brasileiro.

Palavras-Chave: liberdade de expressão; discurso de incitação ao ódio; tolerância; direitos fundamentais; direito eleitoral; eleições brasileiras.

ABSTRACT

GUARATY, Kaleo Dornaika. *Hatespeech: concept and hermeneutics on electoral law*, 2019. 188 pages. Thesis (Master of Law) – State University of Sao Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

Starting from the analysis of hate speech as a phenomenon verified in the Brazilian elections of 2018, this work seeks to investigate the possibilities of dogmatic conceptualization of the referred phenomenon in the electoral scope. In Part One, there is the investigation of Brazilian and American constitutional doctrine on free speech and its possibilities of restriction; it moves on to a discussion of hate speech at three methodological levels (deontological, instrumental and empirical). Part Two deals with the application of the results obtained from the reflection to the proposal to conceptualize hate speech, and then elaborates hypotheses of dogmatic conformation of the phenomenon in Brazilian Electoral Law institutes.

Key-words: free speech; hate speech; tolerance; fundamental rights, electoral law; Brazilian elections.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A.C. ou AC	Acórdão
Art.	Artigo
CE	Código Eleitoral
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CF	Constituição Federal
DL	Decreto-Lei
DJ	Diário de Justiça
DO	Diário Oficial
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LE	Lei das Eleições (Lei n. 9.504 de 1997)
MPF	Ministério Público Federal
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
REspe	Recurso Especial Eleitoral
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1. JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA: O DISCURSO DE ÓDIO NAS ELEIÇÕES DE 2018.....	21
2. APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS PRELIMINARES DO DISCURSO DE ÓDIO	31
3. PLANO DE TRABALHO	38
PARTE UM: FONTES E DEBATE SOBRE O DISCURSO DE ÓDIO	40
1. FONTES JURÍDICAS PARA A DISCUSSÃO DO DISCURSO DE ÓDIO.....	40
1.1 A liberdade de expressão no direito brasileiro	42
1.1.1 Restrições à liberdade de expressão no direito brasileiro	46
1.1.2 Fontes restritivas ao discurso de ódio no direito brasileiro.....	48
1.2 A concepção jurídica norte-americana da liberdade de expressão.....	52
1.2.1 A análise instrumental pela doutrina do <i>clear and present danger</i>	53
1.2.3 A análise de conteúdo a partir de <i>New York Times v. Sullivan</i>	58
1.2.3 Doutrina das <i>fightng words</i> e o <i>Brandenburg test</i>	63
1.3 O discurso de ódio nos <i>campi</i> universitários.....	66
2. DISCUSSÃO SOBRE O DISCURSO DE ÓDIO	68
2.1 Discussão deontológica	68
2.1.1 Argumento do Estado como mediador do discurso de ódio	73
2.1.2 O discurso de ódio como violação ou afirmação da legitimidade democrática	80
2.1.3 O papel do discurso de ódio no debate público.....	86
2.2 Discussão instrumental	89
2.2.1 Limitações ao discurso como incremento à democracia.....	91
2.2.3 A liberdade de expressão como meta pluralista e qualitativa	94
2.2.4 Discurso como instrumento para a verdade	96
2.3 Discussão empírica	103
2.3.1 Discurso de ódio como dano pessoal	104
2.3.2 Proposta de análise baseada no cálculo de custo-benefício	106
PARTE DOIS – O DISCURSO DE ÓDIO ELEITORAL	111
1. PADRÕES PARA A RESTRIÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO ELEITORAL	111
1.1 Formação de padrões	114

1.2 Padrões do discurso de ódio	115
1.2.1 Padrões deontológicos	117
1.2.2 Padrões instrumentais	118
1.2.2.1 – Padrão instrumental democrático	119
1.2.2.2 – Padrão instrumental pragmatista.....	119
1.2.3 Padrões empíricos	120
1.3 Padrão do discurso de ódio eleitoral	121
2. CABE À JUSTIÇA ELEITORAL COIBIR O DISCURSO DE ÓDIO NAS ELEIÇÕES?	124
3. É O DISCURSO DE ÓDIO UM ILÍCITO ELEITORAL?	129
3.1 A tutela de bens jurídicos eleitorais	130
3.2 Hipótese de criminalização de discurso de ódio eleitoral	137
3.2.1 A legitimidade da criação do tipo penal	137
3.2.2 Natureza jurídica dos crimes eleitorais	139
3.2.3 Interpretação extensiva conforme entendimento do STF	140
3.2.4 Crimes eleitorais contra a honra	142
3.2.5 Características processuais	145
3.2.6 Conclusão da hipótese	151
3.3. O discurso de ódio veiculado em propaganda eleitoral.....	155
3.3.1 A ausência de definição legal de propaganda.....	158
3.3.2 A liberdade e as restrições na propaganda.....	160
3.3.3 Estados emocionais e difamação: o ódio na propaganda.....	162
4. CONCLUSÃO	168
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	175
APÊNDICE I	185

INTRODUÇÃO

1. JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA: O DISCURSO DE ÓDIO NAS ELEIÇÕES DE 2018

O ano de 2018 foi identificado como um ano de ruptura do eixo político partidário dos últimos 25 anos, rompendo o modelo de alinhamento conhecido como “presidencialismo de coalizão”. Essa ruptura pode ser identificada tanto nas eleições de cargos do Poder Legislativo federal quanto o pleito para a Presidência da República. Conforme nota Sérgio Abranches, a eleição para deputados federais e senadores provocou uma reorganização do Poder Legislativo identificada na a) aceleração do desalinhamento partidário, com a redução do número de componentes de cada bancada partidária, medida numa redução de 30% do tamanho médio das bancadas, acentuando a fragmentação dos partidos¹; e b) a substituição dos partidos tradicionalmente majoritários em posições anteriormente hegemônicas, com destaque: para a redução do número de deputados do Partido dos Trabalhadores (que, todavia, ainda mantém a maior bancada); a redução da bancada do Movimento Democrático Brasileiro (anteriormente, “pivô” das coalizões com o Poder Executivo); o encolhimento do Partido Social Democrata Brasileiro (passando da terceira para a nona bancada); e a ocupação da segunda maior bancada pelo Partido Social Liberal (que anteriormente possuía apenas um deputado federal eleito). Para compreender a reorganização do Legislativo, é preciso compreender a eleição presidencial. Para compreender a eleição presidencial, é preciso compreender o novo modelo de distribuição do financiamento de campanha. Para compreender o financiamento e a resposta dos partidos pequenos à falta de recursos, é preciso compreender o uso das redes sociais como forma bem sucedida de propaganda, baseada no engajamento dos eleitores. Para compreender o engajamento, é preciso compreender o ódio.

A opção pelo financiamento público de campanha, em detrimento do financiamento privado, possui justificativas diversas. Do ponto de vista dos princípios constitucionais, busca

¹ Em estudo sobre o tema, aponta Abranches: As eleições legislativas revelaram ampla rejeição aos partidos tradicionais. O PT conquistou a maior bancada na Câmara, mas perdeu catorze cadeiras, confirmando um declínio iniciado em 2006. O PMDB perdeu 32 representantes e caiu da segunda maior bancada para a quarta, igualando-se ao PSB. Com 29 deputados cada, Democratas (DEM) e PSDB (que perdeu 25 cadeiras) deixaram o grupo dos cinco maiores partidos da Câmara. Em paralelo a isso, o Partido Social Liberal (PSL), de Bolsonaro, que havia eleito apenas um deputado em 2014, passou a ser a segunda maior representação, com 52 deputados – Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019, pp.7-40.

atender a isonomia, conferindo uma melhor equiparação a candidatos de diferentes patamares econômicos. Com a vedação aos recursos de pessoas jurídicas, as grandes doações seriam afastadas. Candidatos economicamente pobres se tornam mais competitivos, ao mesmo tempo em que se busca reduzir a promiscuidade de relações políticas e econômicas. Do ponto de vista do controle administrativo da Justiça Eleitoral, as prestações de contas se tornam mais rígidas, uma vez que a quantidade de receita disponível pelo Fundo Partidário e Fundo Eleitoral de Financiamento de Campanha tem de corresponder aos gastos de campanha, com ajustes de pequena monta em virtude das possibilidades de autofinanciamento e de financiamento coletivo de campanha. É uma estratégia de combate aos gastos ilícitos de campanha e a prática conhecida como “caixa dois”.

As justificativas, por acertadas que sejam, não explicam totalmente os motivos pela escolha do financiamento público de campanhas. Do ponto de vista político, é de se notar que havia, desde a reforma eleitoral de 2014, uma estratégia prolongada de extinção dos partidos pequenos, consolidada na imposição das cláusulas de barreira e contínuas reduções nas possibilidades formais e materiais de propaganda política, privilegiando o uso do tempo de rádio e televisão. Sob o viés dessa estratégia, os recursos públicos atenderiam a uma distribuição baseada proporcionalmente ao número de deputados federais, tornando os partidos “grandes” mais beneficiados pelos fundos de campanha, enquanto os pequenos seriam progressivamente desmantelados. Com menos recursos financeiros, menos tempo de rádio e televisão, e menos possibilidades de meios de propaganda, era uma questão de tempo até serem eliminados pela cláusula de barreira. Era o prelúdio do domínio intransponível dos grandes partidos e da continuidade do presidencialismo de coalizão.

Porém, se era certo que a hegemonia política buscava o estabelecimento de novas “regras do jogo” para exterminar de vez os partidos menores, também era certo que as novas regras implicariam na reinvenção das campanhas². As eleições de 2018 representaram um caráter disruptivo ao frustrar a expectativa da estratégia de domínio dos grandes partidos, financiados pelos recursos públicos e com amplo acesso aos meios tradicionais de propaganda. Conforme descreve

² Conforme nota Renato Ribeiro de Almeida: Com efeito, a proibição das doações de pessoas jurídicas desde 2015, somada com a instituição de um teto de gastos das campanhas geraram necessidade de inovação a fim de baratear as campanhas eleitorais. Para tanto, partidos, coligações e candidatos necessitam criar novos meios de comunicação e convencimento do eleitorado, para que, apesar do corte de gastos, as bandeiras de luta e propostas sejam disseminadas. Mais baratas, as ferramentas virtuais podem se tornar a ferramenta central das campanhas eleitorais – (ALMEIDA, Renato Ribeiro de. Agentes públicos em campanha eleitoral: como fica o controle na campanha virtual?. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Abuso de poder e perda de mandato**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 320. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 7.)

Abranches³:

Para a Presidência, ganhou um candidato sem partido estruturado a apoiá-lo, sem tempo de TV e que desdenhou a campanha tradicional. Preferiu as redes sociais, nas quais vinha formando, com bastante antecedência, uma audiência com alto poder de disseminação de suas mensagens. Ficou fora da campanha tradicional, principalmente após levar uma facada durante ato em Juiz de Fora. Ganhou a Presidência da República concedendo poucas entrevistas à grande imprensa, recusando-se a participar de debates, usando fundamentalmente as redes de WhatsApp, Twitter e Facebook.

Os meios clássicos de propaganda se mostraram obsoletos. O tempo de rádio e televisão já não parecia surtir o efeito esperado nas pesquisas; tampouco os partidos mais beneficiados com os recursos do FEFC pareciam saber aplicá-lo⁴. Surgia uma nova forma de fazer campanhas.

As redes sociais rapidamente substituíram a antiga lógica de propagandas tradicionais, tornando-se aliadas de candidatos com menos acesso às fontes de financiamento público⁵. Em termos numéricos, no ano de 2018 o acesso de brasileiros à internet já correspondia a 64,7% da população, sendo as redes sociais os sites mais acessados, bem como o uso maciço dos aplicativos de conversação por telefones celulares⁶. O uso das ferramentas de marketing político pelas redes sociais, posto que incipiente, é marcado pela forma descentralizada com que atinge a população, ainda que possa ser dirigido por ferramentas de seleção de público alvo. A eleições americanas de 2016 já sinalizavam para a relevância e os perigos do uso eleitoral das redes sociais, tendo sido identificadas práticas abusivas de compartilhamento por meio de robôs para ampliar a veiculação de conteúdo e a disseminação de notícias falsas (*fake news*). De especial importância para este trabalho, está o emprego de uma alta carga emocional nos conteúdos das redes sociais, refletindo as

³ ABRANCHES, Sergio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral, In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019, p. 10.

⁴ O partido que mais gastou, PSDB, acabou com seu candidato à disputa presidencial na quarta posição. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/coluna/psdb-lidera-gastos-na-campanha.ghtml>. Acesso em 28 de jul. de 2020.

⁵ Conforme Abranches: “Os políticos que desenharam o fundo partidário com esse objetivo concentraram os recursos públicos e o tempo de TV nos maiores partidos, para distribuição por suas cúpulas, mas não previram que as redes seriam usadas como alternativa. Candidatos sem acesso aos recursos tradicionais migraram para as redes e contribuíram para aumentar a rejeição à política tradicional. Muitos se elegeram e retiraram do Congresso várias oligarquias e seus representantes” - Polarização radicalizada e ruptura eleitoral, In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019, pp.7-20.

⁶ Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/mercado/127430-brasil-116-milhoes-pessoas-acesso-internet-pesquisa-ibge.htm>. Acesso em 28 de jul. de 2020.

características de polarização e esvaziamento dos discursos políticos programáticos, fenômenos que buscaremos expor a partir de reflexões sobre o tema.

Em 2016, a polarização foi a tônica do debate presidencial de Donald Trump, quando o candidato se opôs não apenas à candidata do partido adversário mas também, desde as primárias, aos membros de seu próprio partido. O *establishment* dos Republicanos foi desafiado por Trump, um *outsider* da política. Nos embates com a democrata Hilary Clinton, a carga emocional depositada na retórica era ainda mais evidente, transformando os debates em demonstrações de agilidade verbal e esvaziando progressivamente o conteúdo programático⁷.

O fenômeno não passou despercebido por politólogos americanos. A eleição havia representado uma divisão interna do eleitorado, criando o pertencimento a determinado grupo como forma de identidade pessoal, ao passo que os antagonistas se amoldavam em versões estereotipadas. A polarização se baseia nos sentimentos de inclusão e exclusão, manifestos no ativismo e entusiasmo em favor da causa política conjuntamente ao preconceito político e o ódio contra os adversários. Quando o conflito toma a forma institucionalizada das eleições, as emoções dos grupos tendem a ser amplificadas⁸. Do ponto de vista a psicologia social, há uma convicção primária de superioridade moral do grupo em detrimento ao oponente, possuindo virtudes que justificam as estratégias de promoção das crenças⁹. Para além do conteúdo programático debatido em termos de discordância ou não aceitação, a polarização engendra formas de identidade pessoal com estereótipos, preconceitos, exageros e radicalismo. O debate não gira mais em torno de ideias, mas sim dos sentimentos de repulsa em relação ao outro, alimentando o medo e o ódio¹⁰.

A circunstância pôde ter sido tardiamente explicada pela ciência política, mas foi rapidamente instrumentalizada pelo marketing – tanto nos EUA quanto no Brasil. É nesse ponto que as redes sociais se mostram como um mecanismo diferencial de propagação de conteúdo radical uma vez que se baseiam na retroalimentação do engajamento. Na prática, significa que os conteúdos com maior engajamento (“curtidos”, “comentados” e “compartilhados”, no caso do Facebook) são identificados como relevantes e aparecem como prioridade para os usuários, criando as chamadas

⁷ Sobre a análise da retórica adotada por Donald Trump, v. ADAMS, Scott. **Win Bigly: Persuasion in a World Where Facts Don't Matter**. New York: Portfolio Penguin, 2017.

⁸ MASON, Lilliana. “A Cross-Cutting Calm: How Social Sorting Drives Affective Polarization”. **Public Opinion Quarterly**, v. 80, n. S1, jan. 2016, pp. 351-77.

⁹ HAIDT, Jonathan. **The Righteous Mind: Why Good People are Divided by Politics and Religion**. Nova York: Vintage, 2013.

¹⁰ APPIAH, Kwame Anthony, **Lies that Bind: Rethinking Identity**. Nova York: Liveright, 2018.

“câmaras de eco” (*eco chambers*). Uma vez que um número razoável de usuários se engaje em determinado conteúdo, a polarização se torna identificável pelas redes sociais, que automaticamente passam a expor cada vez mais informações e notícias se semelhante teor aos usuários individualmente, de modo que os participantes de cada nicho são atraídos pela “câmaras de eco”. O sentimento de pertencimento é reforçado, fortalecendo a identificação pessoal com aquele determinado grupo e criando a repulsa em relação aos opositores. Cria-se uma comunidade moral, pautada em valores que justificam sua implementação por meio da “guerra cultural”¹¹. As informações, sejam elas produzidas de forma orgânica pelo grupo já sedimentado ou artificialmente como forma de marketing, vão adquirindo um caráter cada vez mais discriminatório, mais simplificado e mais distorcido por interpretações pessoais. Por ser uma atuação descentralizada e propulsionada automaticamente pelo mecanismo de engajamento de usuários das redes sociais, rapidamente o conteúdo foge do controle, facilmente se exacerbando em violência e ódio.

No Brasil, a polarização direita *versus* petismo tem início nas manifestações de 2015, fortalecendo-se durante o processo do impeachment de 2016 e se consolidando na campanha eleitoral de 2018. A análise aprofundada dos vieses políticos historicamente construídos da polarização não corresponde aos objetivos desse trabalho, podendo ser apenas mencionada ilustrativamente. Nesse sentido, Abranches nota que:

No Brasil, quem primeiro tentou criar uma forte identidade grupal nas competições eleitorais foi Lula. Nos comícios de ampla mobilização dizia “agora é ‘nós’ cá e ‘eles’ lá”. Em geral, o “eles” era genérico, exceto quando se referia à imprensa, particularmente à Rede Globo, que por ter os noticiários de maior repercussão, incomoda mais, ou nas comparações seriais com o “outro governo”, de Fernando Henrique Cardoso, do rival PSDB, que o havia derrotado duas vezes nas urnas. Mas quem encarnou de forma mais completa e violenta esse antagonismo entre dois grupos, agora transformado em “nós” contra “eles”, foram Bolsonaro e seus seguidores. Diante do “nós” bem definido do petismo, definiram-se como os contra “eles” e viraram o jogo de identidades ¹².

Baseando-se no forte apelo emocional, a política brasileira se polarizou criando a

¹¹ ALONSO, Angela. A comunidade moral bolsonarista. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019, pp.32-40.

¹² ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral, In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019, p. 18.

disseminação do ódio como estratégia eleitoral. Evidente que a negação do ódio integra a própria estratégia, mascarando as intenções com justificativas racionais (ou racionalizadoras) para as posições políticas¹³. Ninguém deliberadamente defende o discurso de ódio, mas trata-se de uma emoção forte demais para não ser usada como capital político. É o momento de superação da ideia dos debates racionais, rumo a admissão de que toda estratégia de discussão precisa levar em conta o aspecto emocional, com destaque para o ódio. Seu direcionamento é feito de maneira desproporcional e incorreta ao conjunto de ideias efetivamente defendido pelo lado oposto: é o que ocorre quando os críticos da esquerda são considerados “fascistas” e “reacionários” ao passo que a direita volta a combater inimigos com rótulos antiquados como “comunistas”. Não importa. A congruência entre esses valores e o ideário político efetivamente defendido nas propostas dos candidatos ao longo da campanha é irrelevante: conta que se identifique o opositor como um perigo, ameaça, o que requer o exagero e a simplificação, suspendendo eventuais pontos de concordância. A ponderação se torna convivência com o lado inimigo. A reflexão dos pontos de vista contrários só deve servir como contra-inteligência para estratégias de eliminação. É o rompimento do pluralismo pela constatação de que o outro lado não é democrático, e não pode ser institucionalmente aceito na disputa eleitoral. Do ponto de vista da psicologia de massas, o ambiente digital disponibiliza a união de grupos fisicamente separados, configurando o comportamento de uma “massa digital”¹⁴: caracteriza-se pela idealização da liderança, a atribuição de um heroísmo em potencial para cada um dos correligionários e o fomento da dissolução dos interesses individuais em nome da “causa”.

Pode-se inicialmente apontar no fenômeno das eleições de 2018 algumas considerações sobre o discurso de ódio que serão analisadas no decorrer do trabalho: é um desejo de exclusão do outro, criando-lhe o sentimento de não pertencimento, a culpabilização por determinada circunstância socialmente prejudicial ao bem-comum, a acusação de falta de condições para se integrar na democracia, um discurso de baixo valor para a transmissão de propostas políticas, de ineficiência pragmática para alcançar consensos duráveis, causador de danos às vítimas e a incitação – explícita ou implícita – à violência. Os discursos das eleições de 2018 possuíam grande parte

¹³ “O PT nega usar a linguagem do ódio, da qual abusou nos discursos e nas redes para desqualificar opositores. Os seguidores de Bolsonaro negam que ele incite a violência ou a intolerância. O errado é o outro — esta é a regra da política que não se faz pela razão e pela competição de ideias, mas pela lógica da afeição/desafeição. É esse sentimento que faz a direita crescer e a esquerda estiolar” – (ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral, In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019, p. 19).

¹⁴ DUNKER, Christian Ingo Lenz. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019, p. 72.

dessas características. Conforme assinala Abranches:

Quando Bolsonaro trata a competição eleitoral como uma guerra e diz em live dirigido a apoiadores na avenida Paulista: “Petralhada, todos vocês vão para a ponta da praia, vocês não terão vez em nossa pátria”, “Ou vão para fora, ou vão para a cadeia” e “Esses marginais vermelhos serão banidos de nossa pátria”, emite comandos que podem ser executados com base nas mais diversas interpretações. Qualquer crítico ou opositor é tachado de “petista”, mesmo quando é um crítico notório do PT, ou de “comunista”, mesmo tendo sido carimbado como “neoliberal” pelos petistas. No contexto de emoções violentas, as consequências podem ser muito graves¹⁵.

A identificação de pertencimento ao grupo implica a convocação para o combate contra os rivais. Da mesma forma, é necessário criar a ideia de segregação pela via do pertencimento nacional e da adesão aos valores democráticos; o outro lado está excluído, pois conspira contra os interesses nacionais ou pretende a subversão da democracia.

Se o discurso de ódio é conhecido na prática, sua delimitação jurídica ainda é objeto de debate. A definição e a interpretação jurídica do termo “discurso de ódio” aparecem frequentemente como correlatas de fenômenos já juridicizados, como o tipo penal da injúria¹⁶, a prática e incitação de preconceito¹⁷ e a responsabilidade por dano moral¹⁸. Seu conteúdo normativo e hermenêutico resta desprovido de critérios de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, ameaçando a segurança jurídica¹⁹ e, conseqüentemente, permanecendo alheios a um juízo de ponderação frente aos princípios e postulados constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro, consolidados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No cenário do

¹⁵ ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral, In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019, p. 22.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Habeas Corpus n. 109676 RJ. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 11 jun. 2013, P. DJe. 14 ago. 2013. **JusBrasil**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806249/habeas-corpus-hc-109676-rj-stf>. Acesso em: 30 jul. 2018.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal 2, Recurso em Sentido Estrito n. 0000021-37.2015.4.02.5115, rel. Messod Azulay Neto, j. 14 dez. 2016. **JusBrasil**. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/418578855/recurso-em-sentido-estrito-rse-213720154025115-rj-0000021-3720154025115?ref=serp>. Acesso em: 30 jul. 2018.

¹⁸ BRASIL. Tribunal De Justiça Do Estado Do Rio De Janeiro, 5ª Vara Cível. Apelação n. 02126350720128190001. Relator. Eduardo de Azevedo Paiva. j. 11 mar. 2015. P. DJe. 13 mar. 2015. **JusBrasil**. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373292415/apelacao-apl-2126350720128190001-rio-de-janeiro-capital-5-vara-civel/inteiro-teor-373292421>. Acesso em: 30 jul. 2018.

¹⁹ ÁVILA, Humberto, **Teoria da Segurança Jurídica**, 4ª ed. rev. ampl. atual., São Paulo: Malheiros, 2016. p. 232

direito eleitoral, temos uma indiscutível escalada de discursos de incitação ao ódio; porém – na falta de uma figura jurídica própria ou de institutos correlatos – os atos que promovem o ódio no âmbito eleitoral ainda não possuem um estudo dogmático a respeito de seus possíveis efeitos jurídicos. Em especial nos casos envolvendo a propaganda política e seus efeitos jurídicos no mandato, o discurso de ódio carece de um aprofundamento enquanto fato jurídico ensejador de sanção.

A confusão a respeito do termo não é exclusividade brasileira. Como nota Kenan Malik, muito é escrito sobre o discurso de ódio (do inglês, *hate speech*), porém com o descuido de agrupar fenômenos distintos numa mesma categoria²⁰. A comparação entre ordenamentos deixa isso evidente²¹: a Grã-Bretanha bane discursos abusivos, ameaçadores e insultuosos (*abusive, insulting, and threatening*); a Dinamarca e o Canadá especificam a vedação ao discurso de “degradação” (*degrading*); Índia e Israel banem a incitação ao ódio racial e religioso (*racial and religious incitement*); na Holanda há um tipo penal para o insulto deliberado a um grupo particular.

Ainda que desprovido de normativa legal, o termo “discurso de ódio” surge na jurisprudência brasileira e no debate acadêmico indicando a relevância do tema tanto no âmbito judicial quanto doutrinário. Do início deste trabalho, em meados de 2017, até o mês de julho de 2020, o termo “discurso de ódio” foi indexado a dezessete projetos de lei²² em tramitação na Câmara dos Deputados, indicando sua pertinência política. Organizações internacionais têm demonstrado preocupação com o tema buscando estabelecer normatizações no âmbito do direito internacional público²³. Mídias e redes sociais também aderiram a políticas de notificação e

²⁰ MALIK, Kenan. Interview with Kenan Malik. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses** (pp.81-91). Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 81.

²¹ COLIVER, Sandra. **Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination**. Londres: Article 19, London and Human Rights Centre, and University of Essex, 1992 apud MALIK, K. op. cit. p. 82.

²² Conforme destaca o sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, há 38 projetos de lei pensados ao PL 6418/2005. Os assuntos incluem não apenas a alteração da Lei do Racismo mas também o aumento de pena para crimes contra a honra, a classificação de “crime hediondo” para crimes relacionados ao racismo, a criminalização da negação do Holocausto judeu e outros crimes contra a humanidade, o reconhecimento do genocídio armênio, criação de contravenções penais relacionadas a discriminação no ambiente de trabalho (PL 715/1995 (3), PL 1026/1995, PL 1477/2003, PL 3640/2015; PL 2252/1996 (3), PL 6573/2006 (1), PL 607/2011, PL 4513/2016; PL 5452/2001 (4), PL 6840/2002, PL 1959/2011 (2), PL 2138/2015, PL 3266/2019; PL 987/2007 (3), PL 474/2015 (1), PL 11060/2018, PL 2705/2019; PL 2665/2007 (1), PL 8127/2014; PL 7663/2014 (1), PL 6483/2016; PL 979/2015; PL 1749/2015 (4), PL 2002/2015 (1), PL 4051/2019, PL 8540/2017, PL 10943/2018; PL 5944/2016 (7), PL 6825/2017, PL 7702/2017 (2), PL 10476/2018, PL 2057/2019, PL 8415/2017, PL 8992/2017, PL 9860/2018; PL 8150/2017 (1), PL 8862/2017; PL 9542/2018). 17 (50%) são dos últimos 3 anos (Consulta em jul. de 2020).

²³ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), do qual o Brasil é signatário desde 1966 e promulgou mediante o Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992., estatui em seu Artigo 20 que “Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência”.

remoção de discurso de ódio na internet em âmbito internacional²⁴ e nacional²⁵.

Justapostos, esses fatores indicam a pertinência do tema e sua relevância nos âmbitos jurídico, político e ético, tanto a nível nacional quanto internacional. A delimitação do tema se insere, portanto, no desafio de trazer critérios de definição para o conceito de modo a possibilitar sua compreensão doutrinária e jurisprudencial, fortalecendo o debate acadêmico e oferecendo subsídios para a *ratio decidendi* nas diversas instâncias do Judiciário brasileiro, com ênfase em hipóteses de incidência das normas eleitorais.

Em um segundo nível de análise, a definição deve ser posta em confronto com os princípios e postulados do Estado Democrático de Direito, trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O exercício hermenêutico será de fundamental importância para trazer consistência aos compromissos constitucionais da democracia, evidenciando o papel do direito enquanto agente de justiça redistributiva e social.

O discurso de ódio, enquanto fenômeno social, é debatido como potencialmente lesivo aos direitos fundamentais. No dizer de Jeremy Waldron, “o discurso de ódio enfraquece o bem público [da inclusão], ou torna a tarefa de sustentá-lo muito mais difícil do que seria de outra forma” (tradução livre)²⁶; sendo assim, a elucidação do tema está ligada à afirmação plural das identidades e autonomias na perspectiva do desenvolvimento.

Uma das premissas debatidas²⁷ do discurso de ódio é sua manifestação em formas distintas em diferentes cenários. Sua concepção, portanto, deve ser particular aos diferentes ordenamentos jurídicos. O Estado brasileiro, desde antes de sua formalização jurídica e independência colonial,

²⁴ As mídias sociais e empresas de software Facebook, Twitter, Youtube e Microsoft se comprometeram na criação de um código de conduta para disciplinar o conteúdo produzido e disseminado em seus domínios a partir da definição de discurso de ódio: “The definition of hate speech covered by the code of conduct is narrow: it is defined in the document as “all conduct publicly inciting to violence or hatred directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin” –(HERN, Alex. "Facebook, YouTube, Twitter and Microsoft sign EU hate speech code". **The Guardian**, Londres. 31 mai. 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/may/31/facebook-youtube-twitter-microsoft-eu-hate-speech-code>.

Acesso em: 27 jul. 2018).

²⁵ “O presidente da SaferNet, entidade que recebe denúncias de crimes e violações na internet, Thiago Tavares, afirmou que o marco civil da internet não cria obstáculos para a remoção de discursos de ódio [...]. Tavares ressaltou que o trabalho vem sendo feito pelas plataformas sem ordem judicial, justamente porque essas páginas violam as leis já existentes e os termos de uso das plataformas” – (HAJE, Lara, Debatedores discordam sobre melhor forma de combater discurso de ódio na internet. **Agência Câmara Notícias**, Brasília, 28 nov. 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/549849-DEBATEDORES-DISCORDAM-SOBRE-MELHOR-FORMA-DE-COMBATER-DISCURSO-DE-ODIO-NA-INTERNET.html>. Acesso em: jul. 2018).

²⁶ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge, Londres: Harvard University Press. 2012. p.9.

²⁷ HEINZE, Eric. **Hate Speech and Democratic Citizenship**. Londres: Oxford University Press. 2016. p.5.

foi criado com base na exploração natural e controlado por meios violentos nos quais a política de criação de normas eleitorais estiveram frequentemente ligadas à justificação técnica e legitimação doutrinária do domínio de um estamento, ambientado por escusas de motivos políticos e pairando imune à participação e inclusão popular nos mecanismos de gerenciamento do poder²⁸. Uma das preocupações abordadas por Robert Post é impedir que a definição de discurso de ódio seja cooptada por comunidades específicas e não representativas do chamado ‘debate público’ (*public discourse*)²⁹. Logo, se as regras de direito eleitoral não forem integradas à viabilização e valorização da opinião dos diversos componentes sociais brasileiros, especialmente aqueles mais atingidos pelo discurso de ódio, repetirão a tendência histórica de legitimar grupos específicos de poder autoritário desvinculados da participação pluralista formadora do discurso público.

Especialmente no âmbito em que o poder se torna mais evidente, ou seja, no meio político-eleitoral, é necessário expor o aspecto corrosivo do discurso de ódio frente ao qual se contrapõem as garantias constitucionais. Além disso, a conexão de diferentes regras é uma premissa da concepção sistemática do direito e, como tal, é necessário um trabalho de interligação de diferentes institutos a fim de proporcionar uma compreensão científica de *facti species* até então inusitadas. Nesse sentido, Larenz afirma a importância do conhecimento sistemático:

A descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares se encontram entre si e com os princípios directivos do ordenamento jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto – quer dizer, na forma de um sistema – é uma das tarefas mais importantes da Jurisprudência científica³⁰.

A hermenêutica é o caminho jurídico adequado na medida em que possui uma função social de enfraquecimento das tensões sociais, pois “neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos. E o faz ao torna-los conflitos abstratos, isto é, definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e

²⁸ Haja vista que apenas em 1997 foi promulgada uma Lei de Eleições, que punha fim às chamadas “lei de ano”, que se amoldavam ao grupo dominante, facilitando sua permanência por meio de normas jurídicas válidas.

²⁹ POST, Robert. Interview with Robert Post. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**. Cambridge: Cambridge University Press. 2012. p. 26.

³⁰ LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed. trad. port. J. Lamego, **Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 622.

decidíveis”³¹. Possibilitando a abstração dos conflitos e analisando-os à luz dos princípios e postulados³² do Estado Democrático de Direito evitam-se contradições de valoração indesejáveis ou que conduzam a efeitos subsequentes gravosos em outros domínios jurídicos.

2. APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS PRELIMINARES DO DISCURSO DE ÓDIO

A ira é a primeira palavra que surge no poema épico *Ilíada*, o que significa, como aponta Sloterdijk, ser esta a primeira palavra da Europa. “Canta-me a cólera – ó deusa”³³ – a ira dos gregos (*menis*) é empregada como uma invocação ao auxílio das musas para Homero tecer o poema: já nas primeiras linhas se manifesta o ardor da ira heroica, dos heróis gregos que se sacrificaram na guerra contra Tróia. A guerra entre os gregos faz parte de um “contexto vital”, no qual a experiência da batalha é fonte de orgulho; o homem heroico é aquele que se impõe perante o nexó inquebrantável de acontecimentos ordenados da natureza (*physis*); ele não é impotente frente ao desejo dos deuses, pelo contrário, os deuses intervêm como que concedendo-lhe a ira como na rogação de Homero: “Somente porque há uma ira concedida de cima é legítimo envolver os deuses nos assuntos dos homens. Quem decanta a ira a partir de tais premissas festeja uma força que libera os homens do atordoamento vegetativo e os coloca sob um céu elevado e ávido de contemplação”³⁴. O herói é o meio pelo qual ira dos deuses manifesta seu poder de transformação no mundo; nesse sentido os poemas homéricos elevam a ira ao nível da substância a partir da qual o mundo é feito. A ira deságua sobre a personalidade-recipientes daquele que está prestes a agir, que recebe-o em seu peito, no “órgão” que reverbera as emoções (*thymós*); a mesma ira abastece a ação na história ultrapassando até mesmo a figura física do herói, forçando o feixe de acontecimentos em seu favor – como no momento da vingança contra Heitor, quando os deuses forjam uma armadura para Aquiles.

A ira é desejável, pois ela ocupará o *thymós* do herói que vencerá a guerra, satisfazendo a vontade dos deuses. A reflexão grega se transforma com a transição da vida agrária para a *pólis*, realocando também a posição das virtudes. Pela filosofia socrático-platônica, o homem ético torna-

³¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas S.A. 1988. p.280.

³² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. pp. 87 e ss.

³³ HOMERO. **Ilíada**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 1969, p.1.

³⁴ SLOTERDIJK, Peter. Zorn und Zeit, trad. port. Marco Casanova, **Ira e tempo: ensaio político psicológico**. São Paulo: Estação Liberdade. 2012. p. 15.

se menos heroico-belicoso e mais cidadão-burguês. Na etapa estoica, a ira passa a ser “não natural” e contrária a razão, domesticável apenas na tutela dos modos urbanos de viver, como a coragem civil e a ousadia de impor suas razões no debate democrático³⁵. Aristóteles será o ponto de inflexão: a ira é a emoção associada a coragem, utilizada como ímpeto daquele que se mobiliza para afastar as injustiças. Só se tornará um mal quando associada a intemperança: “a ira é necessária e nada pode se impor sem ela, caso ela não preencha a alma e atice a coragem. No entanto, não devemos tomá-la certamente por um líder, mas apenas por um companheiro de combate”³⁶. Chegamos à ira como sede psicológica da aspiração do reconhecimento; e o reconhecimento não concedido torna-se ele próprio fonte de ira. Na fórmula de Sloterdijk para a dinâmica hegeliana, quem exige reconhecimento do outro submete esse outro a um teste; se o interpelado lhe nega o reconhecimento, está aberto o caminho para a desconsideração e daí para a ira contra aquele que lhe subtraiu a chance de ser reconhecido. Igualmente apropriada para a análise do reconhecimento é a negação de si mesmo perante os valores do outro, quando o sentimento de se sentir parte não encontra ressonância em parte alguma³⁷.

Na fórmula psicanalítica, a ira é uma dádiva, doada pelo ser irado para suprir uma carência de sofrimento percebida no outro: a ideia de que o outro não haveria sofrido suficientemente e, por consequência, suprir esse sofrimento seria trazer ao mundo um equilíbrio, atitude que pode ser revestida como uma forma de nobreza autocentrada, apresentando a si mesma o atestado moral de legitimidade. Quando não apenas o indivíduo é carente de sofrimento, mas todo o grupo a que ele pertence, é necessário que a ira se estabilize e se amplie na forma do *ódio*. Partindo das reflexões de Sloterdijk, podemos afirmar que o ódio é a ira em conserva³⁸, consubstancial à política, seja pela via do enfrentamento físico entre nações que se digladiam, seja pela força sobrenatural que irradia seus efeitos através do herói, seja pela inspiração cívica contra as injustiças da *pólis*, seja, finalmente, pela doação de sofrimento que traria o suposto equilíbrio ao mundo.

Transpondo os conceitos clássicos da ira para o início dos anos 2000, Sloterdijk nota que a ira se tornou um instrumento presente no cotidiano da mídia, amplamente utilizado para causar a

³⁵ SLOTERDIJK, Peter. Zorn und Zeit, trad. port. Marco Casanova, **Ira e tempo: ensaio político psicológico**. São Paulo: Estação Liberdade. 2012. p. 24.

³⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VII, 7, apud SLOTERDIJK, Peter. Zorn und Zeit, trad. port. Marco Casanova, **Ira e tempo: ensaio político psicológico**. São Paulo: Estação Liberdade. 2012. p. 37.

³⁷ SLOTERDIJK, Peter. Zorn und Zeit, trad. port. Marco Casanova, **Ira e tempo: ensaio político psicológico**. São Paulo: Estação Liberdade. 2012. p. 38.

³⁸ SLOTERDIJK, Peter. Zorn und Zeit, trad. port. Marco Casanova, **Ira e tempo: ensaio político psicológico**. São Paulo: Estação Liberdade. 2012. p. 79.

irritação que tornará um conteúdo relevante³⁹. Na análise do autor alemão, ira é normalizada, instrumentalizada e apresentada em termos de aceitabilidade social. No Brasil, não é diferente.

Em longo ensaio sobre os símbolos que permeiam a história brasileira, Paulo Mercadante nota que a *espada* se repete com frequência⁴⁰. Valores importados de Portugal predominaram desde a origem e permanecem úteis como fontes auto-expressivas das ideias políticas⁴¹.

A espada é o símbolo composto por lâmina, como força que executa, e empunhadura, como mão que ordena⁴². É realçada nos símbolos da Justiça como função do Estado, já no alvorecer dos sistemas jurídicos romanos. Está presente em brasões da República, principalmente nos órgãos do Poder Executivo, como a Presidência e o Ministério Público, representando, conforme nota Mercadante, a violência legal. Sua trajetória simbólica perpassa o uso no medievo português, representando a Reconquista contra as cimitarras islâmicas⁴³ e diretamente importadas como lastro simbólico na fundação das capitâneas. Conforme Mercadante:

A projeção do cavaleiro na Península Ibérica efetiva-se no desempenho guerreiro de Santiago de Compostela e de São Jorge. Neles se juntam as qualidades do guerreiro, que enfrenta o adversário infiel, portador da mensagem cristã, exímio na cavalgada e no manejo da espada.

Não é outro o símbolo presente na narrativa histórica da Independência quando D. Pedro I

³⁹ SLOTERDIJK, Peter. *Zorn und Zeit*, trad. port. Marco Casanova, **Ira e tempo: ensaio político psicológico**. São Paulo: Estação Liberdade. 2012. p. 67.

⁴⁰ O conjunto simbólico identificado por Mercadante é mais rico, mas precisa ser reduzido para fins desta análise. O autor sumariza: “Se considerarmos as variáveis de quatro séculos de colonização portuguesa, observaremos que apenas se atenuam as arcaicas no arranjo do conjunto. As atlantes - a pedra, o obelisco, o menir, o cromeleque; as templárias - a cruz, a procissão, o cavalo, a espada, o báculo; as do ciclo da navegação - a nau, o ouro, todas dançam de modo ainda incompreensível, mas jamais se esvanecem do quadro” – (MERCADANTE, Paulo. **A coerência das incertezas**. São Paulo: É Realizações, 2014. p. 48).

⁴¹ O método de investigação histórica de Paulo Mercadante se baseia no exame de fontes auto-expressivas como forma de desviar-se de discursos legitimadores ideológicos que podem ser utilizados erroneamente, em que pese por vezes sua qualidade. Dessa forma, os símbolos são preferíveis, por sua invariância, aos pensadores e filósofos. Afirma o autor: “Todos os símbolos permanecem, enquanto alguns surgem, a partir do século XVIII, revolvendo o desenho. Do ponto de vista dos valores, tanto antigos quanto modernos, outros desempenham, por tempo maior, papel de invariância no contexto” - (MERCADANTE, Paulo. **A coerência das incertezas**. São Paulo: É Realizações, 2014. p. 48).

⁴² MERCADANTE, Paulo. **A coerência das incertezas**. São Paulo: É Realizações, 2014. p. 230.

⁴³ “Coincidências outras enchem o imaginário popular de sinais misteriosos, como a circunstância de ter D. Sebastião conduzido à África a espada que pertencera a D. Afonso Henriques. A religiosos místicos deveu-se toda a literatura que fixa os rumos adversos dos dois combatentes, interligando-se a vitória e aurora do grande império português e a derrota ou o final melancólico do ideal atlântico” – (MERCADANTE, Paulo. **A coerência das incertezas**. São Paulo: É Realizações, 2014. p. 267).

puxa a espada da bainha, às margens do Ipiranga, em posição de comando, e declara o país livre do domínio português. Com o tempo, a espada perde importância em face do símbolo da *arma*. Mantinha-se como significação da nobreza, da tradição, da cavalaria e do reinado, mas a violência legal prossegue representada com os símbolos pombalinos da modernidade, como a pistola e a garrucha⁴⁴. Espadas e armas marcam a tradição brasileira do ódio contra o outro: nossa colonização começa com a disputa territorial contra os indígenas, depois a demarcação de terras contra os espanhóis, o domínio comercial frente aos holandeses, por fim contra os próprios portugueses, e segue criando dualismos e polarizações, configurando a política como a relação amigo-inimigo. Num limite, a desclassificação do oponente ressoa a descrição de Carl Schmitt sobre a política como possibilidade de luta de morte contra o oponente⁴⁵. Surgem heróis pretensamente investidos da ira dos deuses que distenderão as linhas da história em favor de seus seguidores. Isso não significa que realidade se amolda aos desígnios do mito, nem da propaganda, nem da ideologia. O símbolo termina por vir à tona, conforme descreve Mercadante, na sua forma caricatural:

Velhos valores de quando em vez predominam por meses e até anos. Com frequência, a plebe idealiza um demagogo salvador, brandindo a vassoura como simulacro de lança templária. O ressuscitando o fantasma da corrupção como arma eleitoral para em seus braços atirar-se no fim da festa. A vocação para o sebastianismo salvador dirige a opção eleitoral. A Vargas, que recebera consagração pela forma como reagiu ao Golpe de Estado de 1954, venerado como o "pai dos pobres", seguiu-se, poucos anos depois, o líder paraclético Jânio Quadros, montado na vassoura medieval, tendo este governado por seis meses como salvador ilustrado. Em menos de vinte anos, outro demagogo, invocando a figura do "marajá" indiano, cercado de prostitutas e auxiliares corruptos, empolgou o eleitorado para a desastrosa carreira de vilão expulso do poder.

⁴⁴ MERCADANTE, Paulo. **A coerência das incertezas**. São Paulo: É Realizações, 2014. p. 239.

⁴⁵ Nesse sentido, Jacson Zilio, partindo de Carl Schmitt: Nessa concepção, o inimigo não é alguém moralmente mau, nem esteticamente feio, mas é simplesmente o outro, o hostil e público, isto é, um conjunto de homens que se opõe ao conjunto análogo, por sua existência distinta e estranha num sentido particularmente intensivo. O inimigo é aquele que ameaça a vida e frente a essa ameaça não há neutralidade. Por conseguinte, se se considera que o fenômeno deriva da inimizade potencial e do conflito, então, a guerra representa a expressão da atividade humana e a negação mais radical dos valores essenciais do mundo burguês: segurança, utilidade e racionalidade. Afinal, toda antítese é uma antítese política, cujo fim "natural" é sempre a guerra, seja externa seja interna. Somente pela guerra – que possui um sentido político e de decisão – se pode desprender os valores que criou uma civilização vazia e opressiva, despolitizada e neutra – ZILIO, Jacson. Direito Penal e Discurso de Ódio, In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 181-204, jan./jun. 2017, p. 199.

A emulação do heroísmo é consequência da valorização do ódio. Conforme nota José Arthur Giannotti⁴⁶, na conjuntura brasileira, fatores econômicos explicam massas enfurecidas: demandas particulares aparecem como necessidade de reconhecimento universal, o que se liga necessariamente à renda, pessoal ou familiar, de cada um. Ocorre que crises econômicas passam a ter por efeito não apenas uma redução no capital, uma desaceleração do crescimento e, nos casos mais graves, o avanço das condições de miséria. Passam a ameaçar o reconhecimento, criam o medo do rebaixamento do padrão de consumo e estimulam a oposição entre classes. A figura de um salvador para remediar os erros dos governos antecessores torna-se premente, configurando o cenário de polarização contra aqueles que insistem em preferir o programa político anterior. Os lados se entrincheiram formando matizes religiosas, chamando para si a pretensa aliança com Deus⁴⁷. Repetindo a epopéia grega e as cruzadas, o adversário é o inimigo numa luta que terminará com a cólera divina incorporada no herói. Note-se que não se trata aqui do fenômeno exclusivo da ascensão da “direita”. Descreve Giannotti que:

Em vista da ideologia do bolsonarismo, o PT sempre será tratado como inimigo. Aliás, o PT, desde seu nascimento, se, de um lado, participou da reconstrução da democracia depois da queda da ditadura instalada em 1964, de outro, nunca abandonou a esperança de implantar um socialismo em que as eleições fossem controladas pelo partido. Não se assenta aí o olhar religioso com que, muitas vezes, observa seus adversários?

A polarização não representa apenas programas políticos em dissenso, mas uma *historiomaquia*, narrativas históricas que disputam entre si a consciência do eleitor. Em que limite esta disputa representa uma inflexão da pluralidade política e o respeito à diversidade social seria matéria para um aprofundamento que não pode ser senão mencionado neste trabalho⁴⁸. O aspecto de mais relevância para o Direito Eleitoral deve ser o estudo da propaganda política – e suas irregularidades – considerando o ódio como algo que subjaz e amolda o convencimento dos eleitores. Os limites que este trabalho busca delimitar são identificados nos padrões do discurso de ódio, o que permite estabelecer com suficiente calculabilidade e previsibilidade as situações nas

⁴⁶ GIANNOTTI, José Arthur. Savanarolas oficiais. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019, p. 100.

⁴⁷ Sobre as relações entre a política econômica do governo Bolsonaro e justificações religiosas (e pseudo-religiosas) v. DE BOLLE, Monica Boumgarten. Em nome do quê? A política econômica do governo Bolsonaro. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019, p. 50-59.

⁴⁸ Sobre a discussão política sobre as ameaças democráticas ao longo da história brasileira, v. GOMES, Angela de Castro. A política brasileira em tempos de cólera. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019, p. 109 e ss.

quais se está diante de uma prática irregular. Não se pode pretender extirpar o ódio do discurso, mas sim identificar e coibir o discurso de ódio.

Propostas de definição do discurso de ódio utilizadas no debate acadêmico europeu trazem seu significado como a expressão, o encorajamento, o estímulo ou a incitação do ódio contra um grupo de indivíduos distintos por um conjunto de características como raça, etnia, gênero, religião, nacionalidade e orientação sexual; em pormenor, traz delimitações como a necessidade de estigmatização, a descrição de qualidades indesejáveis e a sugestão explícita ou implícita de hostilidade. A partir de tais elementos, o teórico político e membro do Parlamento do Reino Unido Bhikhu Parekh exige medidas coercitivas proibitivas do Estado, afirmando o papel institucional de garantidor da democracia na medida em que impede a marginalização de grupos que compõem o discurso público (*public discourse*)⁴⁹.

No debate americano, arraigado na primazia da liberdade de expressão (*freedom of speech*), Robert Post defende a não intervenção proibitiva do Estado no discurso público, isto é, que o Estado não interfira proibindo manifestações consideradas discurso de ódio. As limitações, porém, devem ser feitas de modo a resguardar a sobrevivência da “comunidade democrática” (*democratic community*), vedando, por exemplo, incitações à violência e ameaças⁵⁰.

De modo mais incisivo, Edwin Baker afirma que as vedações ao discurso de ódio não apenas são ineficazes, como também acarretam o efeito oposto de intensificar suas consequências (*backfire*). Segundo o autor, sem a experiência de responder e se opor ao discurso de ódio, perde-se a habilidade de justificar e expor a posição contrária quando necessário. Somado a isso, a proibição conduz a uma ocultação (*go underground*) do discurso de ódio, tornando difícil delimitar sua extensão. As políticas públicas tornam-se menos efetivas e as consequências imprevisíveis⁵¹.

O jurista e jusfilósofo Ronald Dworkin lança dúvidas sobre os contrastes culturais envolvidos na defesa da liberdade de expressão. Não seria um valor ocidental, particularmente estadunidense? O autor lança o dilema da imposição de uma total liberdade permissiva à ponto, por exemplo, de aceitar a ridicularização religiosa de pessoas cuja estrutura social e identidade

⁴⁹ PAREKH, Bhikhu. Is There a Case for Banning Hate Speech? In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses** (pp. 37-56). Cambridge: Cambridge University Press. 2012. p. 40.

⁵⁰ POST, Robert. Interview with Robert Post. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses** (pp.11-36). Cambridge: Cambridge University Press. 2012. p. 22.

⁵¹ BAKER, Edwin. Hate Speech. **Legal Scholarship Repository – University of Pennsylvania Law School**, v. 198. 2008. p. 72.

nacional dependem de uma religião em particular. Este dilema levanta uma questão ainda maior proposta por Dworkin: seria a liberdade de expressão um direito humano universal? No caso das democracias, o discurso de ódio é um efeito indesejável, porém sua proibição elimina a única justificativa da obediência às leis, isto é, a chance do indivíduo expor suas razões, sejam boas ou ruins, nos processos deliberativos da sociedade. Mesmo em regimes não democráticos, nos quais o cidadão não pode sequer votar, a legitimidade política é mantida pela possibilidade de clamar por atenção, protestar e reclamar. Um governo que considerasse ignóbeis tais clamores não poderia se dizer titular dos interesses da população e não seria, portanto, um governo. A liberdade de expressão seria um direito humano universal indivisível e absoluto, sob pena de qualquer restrição dar margem para a escolha do quê ou de quem deve ser silenciado⁵².

Não é a posição do autor pioneiro do tema, Jeremy Waldron, também inserido no contexto americano e, contudo, defensor da intervenção estatal. Em resposta ao argumento da legitimidade política de Dworkin, Waldron afirma que a oposição democrática deve sim ser resguardada, o que não significa, porém, a garantia do direito de expressão de modo odioso (*hatefully*). Além disso, o uso do termo “legitimidade” (*legitimacy*) parece equivocado: não se trata de uma propriedade normativa dos governos, mas de um suporte popular de fato. Não há uma mesma legitimidade em governos democráticos e ditatoriais, o que indica não haver um princípio absoluto da liberdade de expressão. Além disso, se os discursos de ódio realmente afetam esta liberdade abalando a legitimidade dos governos, como explicar que quase todas as democracias já tenham leis anti-discriminação há anos? Waldron sugere uma distinção de grau: leis banindo o discurso de ódio estão menos ligadas a proteção de sentimentos pessoais afetados pela promulgação de leis contrárias à vontade da minoria perdedora no processo legislativo democrático do que à proteção de membros de grupos vulneráveis, que precisam ter mantida sua segurança para uma vida digna⁵³.

Pelos argumentos dos diversos autores, nota-se que discussão se encontra em dois níveis: o primeiro é a dificuldade em definir o “discurso de ódio”, reunindo elementos e características para agrupar corretamente os fenômenos sobre os quais se deseja legislar; o segundo trata da validade, no sentido próprio da ciência jurídica, ou seja, a pretensão da norma em encontrar-se justificada de acordo com os preceitos constitucionais.

⁵² DWORKIN, Ronald. “Foreword”. In: WEINSTEIN, J.; HARE, I, **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. v-ix.

⁵³ WALDRON, Jeremy. Hate Speech and Political Legitimacy. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses** (pp.330-40). Cambridge: Cambridge University Press. 2012. p. 336.

Esses preceitos não se limitam ao escopo procedimental da competência legislativa, mas também ao conjunto de normas que limitam a liberdade do legislador, assim como aos princípios constitucionais de valoração subjacentes a toda norma⁵⁴. No caso da vigência de uma Constituição que, como a nossa, elevou os princípios jurídicos de índole mais geral à dignidade de princípios e objetivos constitucionais – como a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a promoção do bem de todos indiscriminadamente, a livre manifestação do pensamento e expressão da atividade intelectual – a comprovação da validade das leis, ainda que *de lege ferenda*, se torna uma questão de hermenêutica constitucional.

3. PLANO DE TRABALHO

O plano de trabalho para abordar o tema do discurso de ódio no direito eleitoral é direcionado à resposta de um “como”: de que forma os institutos próprios do direito eleitoral podem servir de instrumento para coibir o discurso de ódio. É uma tarefa eminentemente científica, uma vez que se compreende que as teorias jurídicas têm por missão tornar claras as conexões jurídicas, especialmente proposições jurídicas ou conteúdos de regulação que abarcam experiências complexas, com vários sujeitos e relações, como é o caso do Direito Eleitoral. Diferente do paradigma das ciências naturais, as proposições jurídicas não podem ser falseadas e nem verificadas – tomando seus pontos de partida por indiscutíveis⁵⁵. Sendo assim, a dissertação não se propõe a “explicar” o discurso de ódio nem nenhum dos institutos eleitorais pertinentes, não busca expor suas causas sociais e nem mesmo políticas. Busca, todavia, aclarar conteúdos verificando sua coerência interna (livre de contradições) e sua completude enquanto resposta adequada a potenciais fatos.

Caberia aqui, questionar, o que serve então de critério para uma teoria jurídica ser “comprovada”. A isso Larenz responde que se trata de comprovação com base nas próprias normas jurídicas vigentes, às quais uma teoria deve se ajustar⁵⁶. A análise da comprovação se daria, de modo geral, por questões de conveniência, como a economia de processos, celeridade e acesso à justiça, otimização da vontade das partes e também pela aferição por meio de pressupostos éticos como a plausibilidade e ponderabilidade das decisões, recaindo finalmente em critérios filosóficos

⁵⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, op. cit., p. 269-72.

⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, **Introdução ao Estudo do Direito**. op. cit., p. 34.

⁵⁶ LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**. op. cit., p.643-44.

de justiça. A falta de um rito metodológico paralelo às medições e quantificações das ciências da natureza aplicado ao direito faz com que teorias modernas busquem aliar métodos a fim de se obter uma suposta cientificidade, pragmaticidade e indisputabilidade dos resultados. Este sintoma de desconfiança é algo que acompanha a ciência jurídica desde meados do século XX, talvez ignorando o fato dela compor as ciências do espírito. Porém, não são as teorias jurídicas meras expressões de opinião, dentre as quais os advogados e juízes podem selecionar a mais conveniente para seu ofício. Pelo contrário, assim como as teorias das ciências naturais, elas devem obedecer ao rigor de comprovação ao serem descritas como enunciados com a pretensão de ser corretamente fundamentados perante o sistema em que estão inseridos. Nesse momento, a peculiaridade do direito é revelada: ao mesmo tempo em que é uma ponderação lógica, de ajuste abstrato de conceitos, é também uma ponderação teleológica tendo em vista a adequação final de suas proposições aos valores deste sistema. Devido ao seu caráter complexo e multifacetado, o discurso de ódio oferece o desafio de sua conceptualização jurídica, *i.e.* passar de um fato (ôntico) para um conceito (deôntico). Por este motivo, ao final da discussão sobre o conceito de discurso de ódio, será realizada uma excursão na metodologia jurídica para adequar o fenômeno a uma teoria dos padrões (*standards*). Essa forma mental será mais adequada do que o uso de conceitos (inflexíveis, ao modo das ciências naturais) para estabelecer a identificação e tutela do discurso de ódio no mundo jurídico.

Inicialmente serão analisadas as fontes pertinentes ao debate sobre o discurso de ódio no Brasil, inclusos os diplomas normativos que tratam da liberdade de expressão, suas potenciais restrições e justificativas. A seguir, será apresentado um itinerário histórico da concepção jurídica da liberdade de expressão nos Estados Unidos da América, demarcando a evolução do conceito até a polêmica do *hate speech* nas universidades americanas. Será analisada a bibliografia acadêmica nacional e os autores Jeremy Waldron, Ronald Dworkin, Robert Post, Cass Sunstein, Eric Heinze e Owen Fiss, que são os autores que formam o *status quaestionis* do tema, reiteradamente citados na pesquisa exploratória para este trabalho. Pretende-se reconstruir o estado atual da discussão, elencando as principais propostas de definição e de aplicação.

Tendo compreendido as propostas e constatado as suas diferenças e semelhanças, pretende-se analisar de que modo o discurso de ódio, entendido, neste momento, como instituto jurídico, pode incidir sobre situações fáticas típicas do âmbito eleitoral, congregando-se com normas de diplomas normativos eleitorais. Inicialmente é proposta a hipótese de criminalização do

discurso de ódio, verificando a pertinência dos tipos penais do Código Eleitoral para a juridicização do instituto. A seguir, a verificação é feita por meio das normas relativas à vedações de propaganda eleitoral.

PARTE UM: FONTES E DEBATE SOBRE O DISCURSO DE ÓDIO

1. FONTES JURÍDICAS PARA A DISCUSSÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

A sociedade política moderna assume a forma de Estado, cujo pertencimento do indivíduo é um ato indeclinável. Conforme a teoria realista da política, E. H. Carr fundamenta a relação entre os governados e um grupo governante que “exerce coerção para forçar lealdade e obediência; e esta coerção inevitavelmente significa que os governantes controlam os governados, e os ‘exploram’ para seus próprios objetivos”⁵⁷. O Direito Eleitoral, por sua vez, assume a importância de estabelecer as articulações entre um grupo de governantes e de governados. Desde as revoluções americana e francesa do século XIX, há por trás do conceito democrático o reconhecimento do poder popular e o governo instituído por meio do livre convencimento, marcando a esfera de autonomia e liberdade do cidadão. Porém, mesmo com o caráter popular, os regimes democráticos - hoje - enfrentam perigos internos, como o aparelhamento de instituições, órgãos fiscalizadores, profissionais da mídia e discursos radicais com viés antidemocrático⁵⁸. Carlos Santiago Fayt nota que nenhum ramo do direito é tão sensível a mudanças como o direito político-eleitoral. Ele propõe uma concepção mais ampla do tema, vinculando aos institutos jurídicos suas relações causais com a economia e a sociologia, indispensáveis para a real compreensão jurídica do fenômeno. Vários fatores do desenvolvimento democrático possuem uma transformação lenta, e não controlável por “design” legislativo. Uma cultura política democrática, uma sociedade que reconheça valores plurais e instituições confiáveis são tarefas de longo prazo, no entanto a opção por diferentes

⁵⁷ CARR, Edward Hallet, *Twenty year of crisis, 1919-1939*, trad. Port. L. A. Figueiredo Machado, **Vinte anos de crise: 1919-1939**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª ed., 2001, p.128.

⁵⁸ A ocupação de meios democráticos por vieses autoritários é narrada como uma das formas de perigo atual das democracias, v. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies dies*. trad. port. Renato Aguiar. **Como as democracias morrem** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

estruturas de escolha para compor o sistema político de um país é um processo mais célere⁵⁹.

A escolha dos representantes num Estado Democrático de Direito foi desenhada para ser feita por meio de uma escolha livre, pautada na autodeterminação soberana do eleitor. A democracia não admite interferência indevida no exercício do voto⁶⁰. A partir disso, é compreensível o evidente desconforto institucional a cada vez que se cogita uma cassação de mandato eletivo ou impedimentos por força da inelegibilidade, alterando-se o resultado das urnas.

Há dois princípios fundamentais em qualquer regime democrático: a soberania popular e a participação direta ou indireta⁶¹. Tendo em vista as dificuldades inerentes ao processo democrático de escolha dos representantes, a Justiça Eleitoral se mostra essencial na organização e regulação deste exercício. Dentre suas atribuições, ela atua quando se compõe o colégio de eleitores, passa pelo registro de candidaturas, acompanha e apura o próprio momento do voto, e julga crimes e ilícitos eleitorais.

A ordem jurídica encarrega a Justiça Eleitoral de aplicar um conjunto de garantias que resguardem a autêntica vontade popular mediante a aplicação de um conjunto de normas advindo do direito eleitoral sancionador. Nesse sentido, para conseguir tutelar certos bens jurídicos, o ordenamento elege diversos ilícitos cujas consequências variam conforme o grau de significância de seus efeitos. As técnicas eleitorais surgem como instrumentos para coordenar os princípios democráticos e seus desdobramentos. A finalidade precípua da Justiça Eleitoral consiste, inclusive, na proteção da legitimidade das eleições, protegendo – assim – o próprio princípio da representação popular (derivado da participação indireta)⁶².

É com base nessas reflexões que nossa aproximação do problema contará, inicialmente, com uma análise das fontes e conceitos do direito, tanto dos institutos que embasam uma possível aplicação do *hate speech* em nossa legislação, quanto dos institutos típicos do direito eleitoral que podem incidir conjuntamente em situações fáticas em que se verifica o discurso de ódio.

Essas fontes serão separadas em duas linhas de análise. Primeiro, fontes baseadas na

⁵⁹ Assim, denota o direito político-eleitoral como “um sistema cuya unidad resulta del enlace de una teoría de la sociedad, una teoría de la organización, una teoría de la constitución y una teoría de los actos políticos” – (FAYT, Carlos Santiago. **Derecho político**. 12ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, Tomo II, p. 30).

⁶⁰ DAHL, Robert. On Democracy. trad. port. Sidou, Beatriz, **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 100.

⁶¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

⁶² ALVIM, Frederico Franco. Gravidade como parâmetro para a cassação de mandatos: o arranjo brasileiro diante dos pressupostos axiológicos do sistema e da cena internacional. In: **Revista Justiça Eleitoral em Debate**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 94-106, 2. sem. 2018. p. 95.

compreensão do discurso de ódio enquanto instituto jurídico. Muito embora o termo não apareça como um *nomen iuris* em diplomas normativos, é certo que seu suporte fático corresponde à uma determinada resposta jurídica prevista pelo ordenamento (incidência). A segunda linha de análise será voltada aos institutos jurídicos eleitorais cujo suporte fático se adequa potencialmente à uma das incidências normativas do discurso de ódio (novamente compreendido enquanto norma).

1.1 A liberdade de expressão no direito brasileiro

Assim como alguns objetos só podem ser determinados pelos limites em que se inserem, alguns institutos jurídicos só surgem quando envoltos num conceito ou princípio de maior abrangência. É o caso do discurso de ódio em relação à norma que o prefigura ao mesmo tempo que a ele se opõe: a liberdade de expressão. Somente dentro do contexto de uma sociedade que se baseia nesse primado, o discurso de ódio pode se tornar um tema juridicamente relevante. Somente em meio a um conjunto de mandamentos já sedimentados que atestam uma dimensão permissiva de manifestação, com uma norma em sentido formal de clara abstenção do Estado, proibindo-o de se envolver nessa manifestação, o discurso de ódio pode se tornar um questionamento, tomando pertinência jurídica.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui um amplo catálogo de direitos fundamentais que resguardam a liberdade e ao mesmo tempo protegem o cidadão de práticas discriminatórias. A opção por resguardar os direitos mais importantes à existência humana no texto constitucional se justifica pela sua posição de doador de sentido para as demais normas do ordenamento, bem como pela força vinculativa máxima e sua rigidez procedimental. Ingo Sarlet, quando da análise da problemática da delimitação conceitual e da definição terminológica dos direitos fundamentais, esclarece que o termo “se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”⁶³. A um só tempo, o resguardo dos direitos ditos fundamentais é estabelecido por meio da expressão do sentido hermenêutico, da aplicabilidade e da perenidade, permanecendo infenso às mudanças político-governamentais.

A questão material da fundamentalidade de alguns direitos em detrimento de outros, é polêmica e escapa ao propósito deste trabalho. Vale, destacar, porém, que a importância de

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 36.

determinados direitos decorre dos momentos históricos em que seu caráter de *fundamental* foi exigido como uma condição de aperfeiçoamento da pessoa humana. Daí o valor máximo da Constituição ser a dignidade, perfazendo a relação de primazia dos direitos frente ao Estado constituído e, depois, apenas num segundo momento, dos deveres frente ao poder público⁶⁴. O catálogo de tais direitos em espécie só pode ser afirmado por meio de uma tarefa hermenêutica que se desenlace no tempo – pois histórica – cuja competência é atribuída ao intérprete constitucional⁶⁵.

Uma vez identificada a fundamentalidade de determinado direito ele se torna portador de qualidades especiais perante o ordenamento jurídico, dentre as quais o caráter absoluto e a universalidade.

Absoluto por se situarem num patamar hierárquico superior sem que, todavia, isso signifique uma preconização imediata de um direito fundamental frente aos demais direitos, nem tampouco sua sindicabilidade direta e sem ressalvas. Tornou-se um truísmo dizer que nenhum direito é absoluto. Em virtude da abstração dos enunciados valorativos, isso se confirma pela colisão que direitos fundamentais apresentam na maioria dos casos concretos.

Universais, por sua vez, pois decorrentes da condição básica de ser uma pessoa humana para sua titularidade. Há aí também ressalvas, de vez que algumas condições extras são demandadas pelo próprio ordenamento para que se exerça determinado direito fundamental (*e.g.* as condições de elegibilidade para plenitude do exercício do direito político passivo).

Por integrar o núcleo de direitos indispensáveis à dignidade humana, afirma-se que a liberdade de expressão compõe o catálogo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. Do ponto de vista positivo, encontra-se no art. 5º, IV, com a proposição jurídica de ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; no inciso XIV do mesmo artigo, ao tratar do “acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; e no art. 220 ao dispor que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado

⁶⁴ Essa inversão é uma das notas da modernidade, com o reconhecimento pelo próprio Estado, em suas fórmulas normativas, de que existem limites a sua atuação, prerrogativas contra as quais deve se abster e garantias que devem ser atendidas. Inverte-se, portanto, a relação do súdito cuja relação com o Estado era baseada num *dever*, para a relação de direitos própria do cidadão – (BOBBIO, Norberto. *L’età dei Diritti*, trad. port. Carlos Nelson Coutinho, **A era dos Direitos** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 4).

⁶⁵ De relevância para esta tese, têm-se como exemplo de direito fundamental estabelecido por meio do reconhecimento interpretativo da Constituição pelo STF, a anterioridade eleitoral, marcando a opção por restringir a aplicabilidade de regras eleitorais promulgadas a menos de um ano das eleições, tornando a disciplina cláusula pétreia (ADI 3.685, Rel Min. Ellen Gracie, DJ de 10-8-2006).

o disposto nesta Constituição”, ao que se segue os parágrafos §1º, “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”, e §2º, “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Os enunciados normativos são bastante amplos, indicando a primazia pela liberdade de expressão e excepcionalidade dos meios que venham a restringi-la.

Materialmente, extrai-se do parágrafo segundo a proibição da censura, constituindo um direito defensivo frente ao Estado. Do ponto de vista do indivíduo, surge a pretensão a se opor à qualquer tipo de censura, mantendo seu direito como um modal deôntico da permissibilidade, frente ao qual o Estado, na outra ponta, terá o dever de se abster, constituindo para este um modal da proibição. Essa é a relação jurídica formal básica do direito constitucional à liberdade de expressão. Concebe-se ainda, como decorrência instrumental, a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa e, inclusive, o direito ao silêncio⁶⁶. Aline Osorio distingue três liberdades no sistema constitucional de liberdade de expressão: a liberdade de expressão *stricto sensu*, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa. A liberdade de expressão *stricto sensu* seria o direito de externar e difundir os próprios pensamentos, ideias, criações, opiniões, sentimentos e demais expressões; a liberdade de informação corresponde ao direito de transmissão e comunicação de fatos; e a liberdade de imprensa compreende o direito de todos os meios de comunicação social (e não só dos meios impressos) de exteriorizarem quaisquer ideias, opiniões e manifestações (no exercício da liberdade de expressão em sentido estrito), assim como de divulgar e transmitir os fatos e acontecimentos (no exercício da liberdade de informação)⁶⁷.

Excepcionalmente, a ocupação dos polos pode ser invertida, concedendo-se ao Estado um papel ativo na produção de determinados conteúdos frente aos quais o particular deve se obrigar tendo em vista um interesse público e o atendimento a expectativas do bem comum⁶⁸. É o caso do comando insculpido no art. 221, que estabelece princípios para o conteúdo de emissoras de

⁶⁶ MEYER-PFLUG, Samantha. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 70.

⁶⁷ OSORIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 44-46.

⁶⁸ Sendo a liberdade de expressão, um gênero de liberdade, ela se adequa à clássica distinção cunhada por Isaiah Berlin: a liberdade negativa (*freedom of*), opositora às restrições e o estado de poder agir sem impeditivos; e a liberdade positiva (*freedom to*) enfocando a liberdade como a presença de condições e meios para fazer valer os direitos do cidadão – (BERLIN, Isaiah. *Four essays on liberty*, trad. port. Ferreira, Wumberto Hudson. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Ed. da UNB, 1981).

televisão e rádio. Pode se vislumbrar, ainda, uma relação angularizada, na qual o Estado tutela uma relação entre dois particulares, como o ocorre no direito de resposta, assegurado pelo art. 5º, inciso V. Nesse caso, a Constituição protege um direito de reação “proporcional ao agravo” sofrido, de modo a restabelecer a proteção à imagem e à honra. Esta distinção supõe a divisão feita pela doutrina em direitos fundamentais na dimensão objetiva e subjetiva: a subjetiva significa que o titular de um direito fundamental pode busca-lo judicialmente, angariando a pretensão de tutela do Estado para si; a dimensão objetiva apresenta os direitos fundamentais como um conjunto de valores e finalidades diretivas dos poderes públicos, isto é, um conteúdo normativo com funções diversas, inclusive os deveres de proteção do Estado, sua função organizatória e procedimental⁶⁹. A distinção encontra variedades na doutrina, elencando-se categorias como direitos fundamentais de defesa, prestação e participação: defesa no sentido da abstenção do Estado, como no caso da proibição à censura prévia, atribuindo uma norma de competência negativa ao poder público; prestação como direitos de promoção e sindicabilidade do agir estatal, favorecendo um estado de coisas pretendido pelo indivíduo, como no caso do direito de resposta em relação à reparação ao direito à honra; e os direitos de participação constituem pelo gozo do direito fundamental à formação da vontade do País, correspondendo mais densamente ao capítulo da Constituição Federal referente aos direitos políticos, mas fortemente associados à liberdade de expressão na medida em que esta será inelutavelmente o meio pelo qual toda participação será efetivada⁷⁰. A multiplicidade de teorias sobre os direitos fundamentais vem a ser decorrência da exuberância de relações jurídicas possíveis que enlacen a fundamentalidade de alguns direitos, não excluída a possibilidade de conflitos e colisões. Justamente por isso, também é corrente a ideia de que há limitações aos direitos fundamentais.

Para fins deste trabalho, importa esclarecer os limites e restrições constitucionais à liberdade de expressão, já antevendo que o discurso de ódio se trata de um dos casos. Sendo um direito fundamental, a restrição ao que estabelece os dispositivos dos arts. 5º e 220 requer alguns apontamentos.

⁶⁹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 304-311.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**, 10ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 166.

1.1.1 Restrições à liberdade de expressão no direito brasileiro

A possibilidade de restrição aos direitos fundamentais decorre da própria dinâmica da fundamentalidade. Por serem caracteristicamente amplos e englobarem uma variedade de relações jurídicas, ocorre por vezes dos direitos fundamentais se sobreporem, criando as chamadas colisões. Além disso, há limitações inerentes aos valores protegidos, sendo vedado seu emprego para a consecução de fins ilícitos.

Para uma análise da limitação, é necessário verificar inicialmente o âmbito ou núcleo protetivo daquele determinado direito fundamental. A liberdade de expressão possui certo âmbito de proteção que não se confunde com seu objeto de proteção (aquilo que é efetivamente protegido), donde se estrai, como regra geral, que a análise da norma constitucional garantidora de direitos possui uma amplitude de bens jurídicos protegidos. Acontece, ainda, que muitas vezes a análise hermenêutica para identificação de tais bens é dialética, descobrindo-se o âmbito de proteção da norma ao confronta-la com situações nas quais a proteção cede diante de um outro direito fundamental (colisão) ou de determinada regra (reserva legal)⁷¹. Em suma, conforme expõe Ingo Sarlet⁷², há um substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos por (i) uma disposição constitucional expressa; (ii) uma norma legal promulgada com fundamento na Constituição (decorrente da autorização delegada ao legislador infraconstitucional) e (iii) por meio das colisões entre direitos fundamentais, ainda que não haja a limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador.

Por exemplo, na ocasião do julgamento sobre a recepção constitucional da Lei nº 5250/67 (Lei de Imprensa) foi enfatizada a necessidade de se utilizar a técnica da ponderação nos casos envolvendo a liberdade de expressão, uma vez que esta, neste específico caso, não encontraria disposições expressas sobre sua possibilidade de restrição ou limites.

De modo geral, porém, a liberdade de expressão é um direito fundamental com indicações explícitas de reserva legal quando se menciona, no §1º do art. 220, que a manifestação de pensamento é ressalvada “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Dessa forma,

⁷¹ “Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista: (a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma); (b) verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva. - MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**, op. cit., p. 194).

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 409-10.

infere-se a restrição constitucional ao anonimato⁷³, a imposição do direito de resposta, o direito à indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e para que se assegure a todos o direito de informação. Outras limitações à liberdade de expressão, por via indireta, uma vez que suas manifestações podem se dar também – mas não necessariamente – pelo modo discursivo, são encontradas no repúdio ao racismo⁷⁴ e às práticas discriminatórias em geral⁷⁵.

Do ponto de vista da colisão de princípios, esta sempre se revela no caso concreto, sendo improfícua uma pretensa catalogação de todas as colisões possíveis. Todavia, há desdobramentos típicos – pois frequentes – da oposição à discursos por ferirem a igualdade perante a lei (art. 5º, caput), a igualdade de gênero (art. 5º, I) e a não submissão a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). É possível ainda apontar oposições entre a liberdade de expressão e a segurança nacional⁷⁶; o chamado “direito ao esquecimento”⁷⁷ e as questões atinentes a imunidade parlamentar material e quebra de decoro⁷⁸.

Reconhece-se que há certa abertura nos conceitos apresentados pelas normas constitucionais restritivas. Perigos podem ser vislumbrados tanto no abuso do direito fundamental quanto, de contraparte, no arbítrio do legislador ao limitá-los. Neste último caso, padecendo de

⁷³ A respeito do anonimato, nota Henrique Neves: Nos termos da Constituição Brasileira, a liberdade de expressão é assegurada ao cidadão identificável. O mesmo dispositivo constitucional que estabelece a garantia de livre manifestação do pensamento veda expressamente o anonimato (CF, art. 5º, IV). Nesse ponto, o direito constitucional brasileiro diverge da compreensão da Suprema Corte dos Estados Unidos que, ao interpretar a Primeira Emenda da Constituição daquele país, considerou que a liberdade de expressão deve ser irrestrita e que o “anonimato é uma proteção contra a tirania da maioria”, conforme registrado, entre outros tantos julgados e especialmente em relação ao debate eleitoral, em *McIntyre v. Ohio Elections Commission* (514 US 334) - SILVA, Henrique Neves da. *Propaganda eleitoral na imprensa escrita e a liberdade editorial de apoio político*. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Propaganda Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 199. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 4.)

⁷⁴ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo.

⁷⁵ Art. 5º (*omissis*) [...]: XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

⁷⁶ Cite-se os casos *New York Times Co. v. United States* sobre a divulgação dos chamados *Pentagon Papers*, julgado pela Suprema Corte Americana; os processos reunidos sob a alcunha de casos *Spycatcher*, julgados pela Corte Europeia de Direitos do Homem; e o caso *Palamara Iribarne v. Chile*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sobre o tema v. MOREIRA, Adriana Fragalle, **Interpretação e âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão: reflexões sobre o “quem”, “quando” e “o quê” na manifestação do pensamento**. Tese de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo. 2016. p. 129-150.

⁷⁷ Trata-se de hipótese inovadora no Brasil, com referência ao caso “Lebach”, na jurisprudência alemã. Entre nós, há o Enunciado 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que diz que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Sobre tema, v. MOREIRA, Adriana Fragalle, Id. *Ibid.* p. 33-43.

⁷⁸ Sobre o tema do decoro como hipótese de cassação v. por todos, SOARES, Alessandro. **Processo de cassação do mandato parlamentar por quebra de decoro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

indicações expressas, a colisão com outros princípios daria azo a restrições indevidas, sendo necessária a aplicação da teoria dos limites dos limites (*Schranken-Schranken*), a partir da qual afirma-se que não basta a constatação de que os direitos fundamentais podem sofrer restrição, mas, também, que tais restrições devem ser limitadas. Esses novos limites decorrem da própria Constituição, referindo-se a um núcleo essencial de “clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”⁷⁹. Em outras palavras, a limitação à liberdade de expressão deve seguir, ela mesma, um limite que não acabe por sufocar o direito fundamental⁸⁰. Esta dupla limitação é, em grande medida, o que embasa o debate sobre o que se considera discurso de ódio.

1.1.2 Fontes restritivas ao discurso de ódio no direito brasileiro

Conforme apontamos, o discurso de ódio encontra-se relacionado à liberdade de expressão, que o prefigura ao mesmo tempo que a ele se opõe. É por meio dela que se encontra a limitação por meio da hermenêutica constitucional, tendo em vista a necessidade de limites. Na ausência de um dispositivo contendo o *nomen iuris* “discurso de ódio”, nossa aproximação deve ser feita por meio dos conceitos correlatos ao tema. Será objeto de aprofundamento determinar em que medida cada uma das disposições legais presentes hoje no ordenamento jurídico (especialmente eleitoral) integra o conceito de discurso de ódio, mas a simples alusão ao conceito tal como concebido introdutoriamente nos permite a indicação inicial destas restrições.

Além das mencionadas colisões de direitos fundamentais, há, enquanto diploma normativo expresso, a Lei n. 7.716/89, que em seu art. 20, aponta como crime a prática de discriminação por critério de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, adicionando em seu §1º a punibilidade de atos divulgadores do nazismo. Este tipo penal obteve uma interpretação extensiva a partir da ADO 26/DF, cujo objeto era “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional.**, op. cit., p. 211.

⁸⁰ Em voto, o Min. Gilmar Mendes ofereceu uma exposição sobre as restrições possíveis: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente” – HC 104.410/RS.

transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima [...]”. Desse modo, pleiteando a criminalização da homofobia e transfobia, a Lei n. 7.716/89 podia estender suas tipificações penais albergando condutas não previstas pelo legislador. Em debate sobre o tema, a Presidência do Senado, à época, entendeu ser despicienda a adição do tipo penal, uma vez que condutas homofóbicas se enquadrariam nas hipóteses dos crimes contra a honra e contra a vida, conforme o Código Penal. A Procuradoria Geral da Presidência foi pela procedência do pedido, entendendo-o compatível com o mandado de criminalização disposto no art. 5º, XLII da Constituição da República⁸¹ e sendo devido o reconhecimento da mora legislativa. Em voto, o Min. Ricardo Lewandowski apontou a necessidade de reconhecimento dos grupos vulneráveis autores do pedido, salientando inclusive, a respeito do âmbito político de tais demandas, que “[...] os atores políticos têm ciência de que são mais facilmente responsabilizados, perante seus eleitores, por suas ações do que pelas respectivas omissões. Nesse sentido, a judicialização pode contribuir para a inserção de determinados temas na agenda política”. Ao final, foi decidido que atos de homofobia e transfobia devem ser enquadrados como tipo penal definido na Lei 7.716/1989, até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

Atualmente, a matéria pode ser legislada por meio do Projeto de Lei do Senado n° 515, de 2017⁸², modificando o dispositivo da Lei 7.716/1989 sobre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião origem, complementando-o com “condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero”.

Outros projetos de lei⁸³ relacionados ao discurso de ódio aumentaram expressivamente nos

⁸¹ XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

⁸² Projeto de Lei do Senado n° 515, de 2017, de autoria do Senador Sérgio Petecão. Ementa: Altera a Lei n° 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para punir a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. Consta a última movimentação em 14/02/2019 - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132048>. Acesso em jun. de 2020.

⁸³ Conforme destaca o sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, há 38 projetos de lei apensados ao PL 6418/2005. Os assuntos incluem não apenas a alteração da Lei do Racismo mas também o aumento de pena para crimes contra a honra, a classificação de “crime hediondo” para crimes relacionados ao racismo, a criminalização da negação do Holocausto judeu e outros crimes contra a humanidade, o reconhecimento do genocídio armênio, criação de contravenções penais relacionadas a discriminação no ambiente de trabalho (PL 715/1995 (3) , PL 1026/1995 , PL 1477/2003 , PL 3640/2015 ; PL 2252/1996 (3) , PL 6573/2006 (1) , PL 607/2011 , PL 4513/2016 ; PL 5452/2001 (4) , PL 6840/2002 , PL 1959/2011 (2) , PL 2138/2015 , PL 3266/2019 ; PL 987/2007 (3) , PL 474/2015 (1) , PL

três últimos anos⁸⁴. Em destaque, há o PL 8540/2017, com ênfase na criminalização da intolerância, ódio, preconceito, exclusão e violência por meio da Internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual; o PL 1749/2015, proposto para tipificar o crime de injúria racial coletiva e torna pública incondicionada a respectiva ação penal; e o PL 6418/2005, com objetivo de definir os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

De iniciativa do Senado Federal, há o Projeto de Lei do Senado n° 323, de 2017, cuja ementa dispõe que “Altera a Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, para coibir a propagação de discurso de ódio nas redes sociais”. Foi, contudo, retirado em caráter definitivo⁸⁵.

Além da ADO n. 26/DF e os projetos de lei, a liberdade de expressão no Brasil possui um precedente emblemático, cuja apresentação neste trabalho não pretende exaurir o conteúdo jurídico, sociológico, antropológico e político que se pode inferir da decisão do STF. Trata-se do HC n. 82.424-2, referido como “Caso Ellwanger”⁸⁶. O escritor e editor Sigfried Ellwanger fora condenado em instância recursal pelo crime de antissemitismo e por publicar, vender e distribuir material antissemita por meio de uma editora, ilícitos penais enquadrados na Lei 7.716/89. Porém, o objeto do remédio constitucional impetrado, foi a alegação de que a discriminação antissemita seria um tipo penal distinto do racismo. A discriminação pela qual os tribunais inferiores condenaram Ellwanger é o tipo penal do art. 20 da Lei 7.716/89⁸⁷, o que não é o mesmo que o crime de racismo a que se refere a Constituição Federal ao dispor que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLII). Assim, sustentou a defesa que, não sendo os judeus uma raça, a conduta não se ajustaria ao mandamento constitucional, que inclui a imprescritibilidade, mas apenas ao crime do art. 20 da Lei 7.716/89, prescritível. Pela contagem de prazos, o tempo decorrido até o processo chegar ao STF permitiria a prescrição da pretensão punitiva em abstrato. O crime, portanto, por ser

11060/2018 , PL 2705/2019 ; PL 2665/2007 (1) , PL 8127/2014 ; PL 7663/2014 (1) , PL 6483/2016 ; PL 979/2015 ; PL 1749/2015 (4) , PL 2002/2015 (1) , PL 4051/2019 , PL 8540/2017 , PL 10943/2018 ; PL 5944/2016 (7) , PL 6825/2017 , PL 7702/2017 (2) , PL 10476/2018 , PL 2057/2019 , PL 8415/2017 , PL 8992/2017 , PL 9860/2018 ; PL 8150/2017 (1) , PL 8862/2017 ; PL 9542/2018). Consulta em jul. de 2020.

⁸⁴ Dos 38 projetos de lei, 18 foram propostos a partir de 2017.

⁸⁵ Conforme consta na movimentação de 13 de setembro de 2017, foi solicitada pelo autor Senador Paulo Bauer, nos termos do art. 256 do RISF, a retirada, em caráter definitivo do Projeto. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130820>. Acesso em jul. de 2020.

⁸⁶ STF, HC n° 82.424-2 (“Caso Ellwanger”), Rel. Min. Moreira Alves, j. 17.09.2003, DJ 19.03.2004.

⁸⁷ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

antissemitismo, e não racismo, estaria prescrito. O relator, Min. Moreira Alves, reconhecendo a argumentação do impetrante, foi pelo provimento da ordem; contudo, maioria dos ministros divergiu e conseqüentemente foi denegada a concessão do *habeas corpus*.

Alguns pontos levantados no debate da Corte revelam aspectos importantes para a delimitação do direito fundamental à liberdade de expressão no direito brasileiro. À época do julgamento, a questão parecia se voltar mais aos elementos científicos (ou pseudocientíficos) a respeito da demonstração biológica de raças humanas como uma pré-condição para definir o racismo. Votos como os dos ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Carlos Velloso e Ellen Gracie primaram pela linha argumentativa esboçada na tese “biológica” da defesa a respeito da distinção entre o conceito de raça e demais formas de discriminação. Argumentos desta natureza, em que pese tenham sido invocados pela defesa e merecessem a devida consideração dos ministros, são uma artimanha jurídica possibilitada por uma dogmática que privilegia conceitos fechados e rígidos como forma de aplicação judicial. Este paradigma fortalecido pela ideia de subsunção do fato à norma possui desvantagens ao ser aplicado em contextos multifacetados e de rápida transformação social⁸⁸. Em virtude disso seria possível que a rigidez do conceito de “raça” se tornasse excludente das demais formas da discriminação, ao invés de incluí-las.

Conceitos jurídicos devem se adequar aos objetos da realidade que buscam regular, não o contrário. O discurso de ódio, conforme veremos na discussão sobre o tema, não é facilmente redutível a categorias estanques tanto para a conceptualização dos grupos sujeitos ao discurso, quanto aos modos pelos quais ele pode ser manifesto.

Especialmente no que diz respeito ao objetivo desta dissertação, a Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral) fornece o critério de vedação à propaganda eleitoral relacionada - posto que remotamente - ao discurso de ódio. Em seu art. 243, indica que não será tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes (inciso I); que provoque animosidade entre as Forças Armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis (inciso II); de incitamento de atentado contra pessoa ou bens (inciso III); de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública (inciso IV); que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades

⁸⁸ Conforme Adriana Fragalle Moreira: “como ilustrado no próprio caso Ellwanger, nem sempre os critérios e conceitos envolvendo racismo e mensagens discriminatórias são perfeitamente claros, a exemplo da controvérsia, no precedente, sobre qual seria a abordagem apropriada para a definição de “raça” - MOREIRA, Adriana Fragalle, **Interpretação e âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão: reflexões sobre o “quem”, “quando” e “o quê” na manifestação do pensamento**. Tese de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo. 2016. p. 134.

que exerçam autoridade pública (inciso IX).

A concepção jurídica brasileira sobre a liberdade de expressão é, portanto, em suma, baseada nos dispositivos constitucionais. Nos casos de discurso de ódio, especificamente enquadrado no âmbito eleitoral, sua restrição pode ser feita mediante (i) disposições constitucionais expressas, como no caso do objetivo de promoção ao bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3, IV); a punição sobre qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); o princípio protetivo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); o imperativo de normalidade e legitimidade das eleições (art. 14, §9º); (ii) normas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição, como a Lei 7.716/89 e as disposições normativas pertinentes do microsistema eleitoral: Lei 9.504/97 (Lei das eleições); Lei 4.737/65 (Código Eleitoral); e Lei Complementar n.64/90 (Lei das Inelegibilidades); e (iii) por meio das colisões entre direitos fundamentais, conforme se verifica no conteúdo jurisprudencial do STF e do TSE.

A seguir, será apresentada a concepção norte-americana da liberdade de expressão. Não é o intuito deste trabalho se valer da metodologia do direito comparado. Busca-se atender a dois objetivos específicos da dissertação por meio da história doutrinária americana: (i) a compreensão originária da liberdade de expressão no sistema em que ela se surgiu, verificando especialmente quais foram os desenhos dogmáticos iniciais do tema; (ii) compreender o surgimento do *hatespeech* na dogmática americana e sua paulatina inserção no debate acadêmico. Sem estes dois pontos, a discussão sobre o conceito de discurso de ódio ficaria inviabilizada: em primeiro lugar porque o método de análise adotado parte da reflexão de jusfilósofos americanos (ou de língua inglesa, de modo geral), cujo raciocínio é acompanhado por frequentes referências aos casos da Suprema Corte Americana; em segundo lugar, porque o conteúdo fático do discurso de ódio foi inicialmente identificado nos EUA no contexto de restrições feitas a comunicação entre membros de universidades, os *speechcodes*.

1.2 A concepção jurídica norte-americana da liberdade de expressão

Uma vez que tanto a concepção política e jurídica de liberdade de expressão, quanto o debate a respeito de sua eventual restrição devido ao discurso de ódio são de origem americana, o estudo do conjunto de casos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América é imprescindível para a compreensão dos argumentos em que se discute a regulação do discurso de ódio. Será útil,

ademais, para que se compreendam os argumentos atuais sobre o tema, partindo de teorias filosóficas e políticas que fazem referência frequente aos *cases*.

A Primeira Emenda da Constituição Americana apresenta o termo *free speech*, mas não o define. Coube às cortes do país analisar o sentido que poderia adquirir a depender das circunstâncias, criando para isso seus critérios de restrição (*abridgment*)⁸⁹. Isso não significa que a Suprema Corte tenha adotado critérios uníssomos ou permanentes ao longo do tempo. Conforme veremos, o discurso de ódio representa uma dentre as etapas do desenvolvimento da liberdade de expressão.

1.2.1 A análise instrumental pela doutrina do *clear and present danger*

O cenário de uma moral repressiva transladada da Inglaterra permaneceu na colônia americana mesmo depois da Independência. Desde 1538, o Rei Henrique VIII havia instituído a licença prévia (*prior restraint*) para todas as publicações, o que durou até 1694, com a Revolução Gloriosa. O sistema de licenças para publicação foi abolido, mas em seu lugar, foi instaurada uma lei ainda mais repressiva, a lei de difamação sediciosa (*seditious libel*). Foi liberada a publicação sem licença prévia, mas as Cortes recém criadas pelo poder monárquico passaram a limitar o conteúdo, proibindo tudo o que fosse considerado desrespeitoso para com o Estado ou a Igreja. Como o objetivo era prevenir o desrespeito às instituições e evitar o caos social, não se admitia a exceção da verdade como forma de afastar a punibilidade da conduta, impondo-se penas que iam desde multas, até a pena de morte por enforcamento⁹⁰.

Nas colônias, a difamação sediciosa servia de censura política. É nesse período que se intensificam casos de repressão feita aos jornais, marcando as primeiras reflexões sobre o papel da imprensa da construção da democracia. Em 1776, na eminência da Revolução Americana, a Declaração de Direitos (*Declaration of Rights*) do estado de Virgínia já continha o enunciado “A liberdade de imprensa é um dos maiores baluartes da liberdade, e não deve ser jamais restrita senão por Governos despóticos”⁹¹; a aplicação, porém, se mantinha conforme a interpretação consolidada

⁸⁹ Segundo o texto original: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

⁹⁰ LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**. op. cit., p. 3-4.

⁹¹ No original: The freedom of the press is one of the greatest bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic Governments.

na Inglaterra⁹² de que a publicação era permitida, porém o conteúdo era passível de punição segundo a lei inglesa de difamação sediciosa.

Mesmo com a consolidação do país por meio da união dos estados-membros e a promulgação do primeiro texto constitucional, não se viam avanços quanto à metrópole. Sem garantias a respeito da liberdade de expressão na Constituição de 1787, foi James Madison que, apesar de inicialmente se opor a ideia de uma declaração de direitos (*Bill of Rights*), propôs doze emendas ao Congresso para serem incorporadas ao texto constitucional. A liberdade de expressão era a terceira da lista, mas com a desaprovação das duas primeiras emendas propostas, se tornou a Primeira Emenda⁹³. Ainda sem uma teoria clara a respeito da injúria, o enunciado inicialmente ainda era visto como mera exortação, com pouca ou nenhuma vinculação ao julgamento das cortes em casos concretos. Mantinha-se a concepção de Joseph Story, o mais antigo comentador da Constituição, a partir da qual distinguia-se entre um direito de publicação das opiniões e a vedação a conteúdos que fossem injuriosos aos direitos, personalidade, propriedade, reputação, que tumultuem a paz pública ou subvertam o governo; em suma, podia-se ainda publicar tudo que fosse “verdadeiro, com bons motivos e fins justificáveis”⁹⁴. Tanto foi assim, que mesmo após a Primeira Emenda, em 1798, o Senado americano promulgou o Ato de Sedição (*Sedition Act*), que tornava crime “[...]qualquer escrita ou escritura falsa, escandalosa e maliciosa contra o governo dos Estados Unidos ou qualquer casa do Congresso [...] ou o presidente [...] com intenção de difamar [...] ou trazê-los, ou qualquer um deles, para desprezo ou descrédito; ou para excitar contra eles ou contra qualquer um deles, o ódio do bom povo dos Estados Unidos.”⁹⁵ A leitura política a ser feita desta alteração legislativa é que por trás do termo “sedição” havia o temor dos

⁹² Segundo Sir William Blackstone, “ (...) the liberty of the press, properly understood, is by no means infringed or violated (...) [It] consists in laying no previous restraints upon publications, and not in freedom from censure for criminal matter when published (...)” - **Commentaries on the Laws of England: In Four Books**, vol. 2, Nova York: W. E. Dran Printer, 1832, p. 114.

⁹³ LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**, op. cit., p.7-10.

⁹⁴ No original: It is plain, then, that the language of this amendment imports no more, than that every man shall have a right to speak, write, and print his opinions upon any subject whatsoever, without any prior restraint, so always, that he does not injure any other person in his rights, person, property, or reputation; and so always, that he does not thereby disturb the public peace, or attempt to subvert the government. It is neither more nor less, than, an expansion of the great doctrine ... that every man shall be at liberty to publish what is true, with good motives and for justifiable ends – (STORY, Joseph “A Familiar Exposition of the Constitution of the United States §§445-47 at 316-18 (Regnery Gateway, 1986)” – apud. SUNSTEIN, Cass R., **Democracy and the problem of Free-Speech**. Nova York: The Free Press A Division of Simon & Schuster Inc., 1995, p. 11.

⁹⁵ No original: “any false, scandalous and malicious writing or writings against the government of the United States, or either house of the Congress . . . or the President . . . with intent to defame . . . or to bring them, or either of them, into contempt or disrepute; or to excite against them or either or any of them, the hatred of the good people of the United States.”

acontecimentos ocorridos na Europa. A Revolução Francesa era o medo inicial do partido Federalista (*Federalists*) em formação, ao passo que o viés popular era representado pelos Republicanos (*Republicans*, que apesar do nome são os antecessores do atual Partido Democrata). Uma revolta popular que colocasse a perder os desígnios constitucionais devido a um furor contrário ao governo estabelecido justamente sob a premissa de que seria um governo feito pelo povo (“*we the People*”) marca o paradoxo inicial da liberdade de expressão. É o paradoxo de um direito concedido para poder ser limitado; paradoxo que, como veremos, se repete ao longo da história e doutrina jurídica.

A estratégia política por traz do *Sedition Act* contava ainda com uma brecha para atacar o vice-presidente: na época, Thomas Jefferson, líder dos Republicanos e opositor do presidente John Adams poderia ser legalmente atacado, uma vez que *Sedition Act* dava guarida apenas ao presidente mas não ao vice. Além da Primeira Emenda, James Madison foi também o articulador contra o *Sedition Act*, conseguindo sua extinção em 1800; jornais e pessoas perseguidos durante a breve vigência da lei foram todos perdoados quando Jefferson se tornou presidente em 1801⁹⁶. Mais do que uma exortação preliminar do *Bill of Rights*, a Primeira Emenda ganhava agora um teor concreto de aplicação normativa⁹⁷.

Apesar do entendimento vinculativo ter se consolidado, chama a atenção que o primeiro caso de aplicação da Primeira Emenda pela Suprema Corte ocorra só 120 anos depois do *Sedition Act*, em uma sessão de 1919. A explicação reside no fato de que, desde 1833, prevalecia a opinião a respeito da análise constitucional ser restrita às leis federais, o que só foi alterado em 1925, com o *Gitlow v. New York*, um caso de conflito entre a lei estadual de Nova York e a interpretação da Primeira Emenda. A partir daí houve o aumento do número de casos e a necessidade de sofisticar os critérios da liberdade de expressão.

⁹⁶ LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**, op. cit., p.12.

⁹⁷ Entre nós, a ideia de liberdade de expressão haveria de ser igualmente positivada na Constituição de 1824. O texto assim dispunha: “Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) 4º Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos, e pela forma, que a lei determinar”. Tal como nos anos iniciais da Primeira Emenda e, de balde a experiência estrangeira ter sido modificada, mantinha-se aqui o enunciado meramente exortativo da liberdade de expressão. Como nota Luís Roberto Barroso, em artigo sobre o tema: “a Constituição de 1824 previa a liberdade de expressão, sem dependência de censura. Mas não era para valer. Sua sorte era análoga à do princípio da igualdade perante a lei, igualmente proclamado no texto constitucional, e que conviveu com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata.” – (BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão no Brasil**. Disponível em: <noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2006/05/liberdade-de-expressao-no-brasil-parte-1-36968.html>).

De todo modo, é certo que os julgamentos iniciais sobre a Primeira Emenda representaram uma abordagem instrumental do tema, numa franca tentativa de se valer da interpretação como meio para determinado fim político. Em *Schenck v. United States* (1919), o secretário-geral do Partido Socialista americano foi denunciado por distribuir panfletos contra a entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial e se opondo ao recrutamento militar (sem, porém, pregar medidas ilegais como a recusa de prestar o serviço militar). Estes atos contrariavam o Ato de Espionagem (*Espionage Act*), uma lei promulgada pela União, legitimando a discussão desta norma frente ao paradigma constitucional. Nesse caso, o juiz Oliver Wendell Holmes Jr. elaborou seu voto com o famoso dito de que nem mesmo a mais rígida proteção à liberdade de expressão se aplicaria a alguém que gritasse “fogo” num teatro lotado⁹⁸. Em tempos normais, salienta o voto de Holmes, poder-se-ia resguardar o direito da liberdade de exprimir ideias se opondo ao recrutamento, mas devido as circunstâncias de guerra, haveria um perigo certo e iminente (*clear and presente danger*) e, portanto, o Congresso teria um interesse legítimo em proibir panfletos que atrapalhassem o recrutamento militar.

Meses depois, ainda em 1919, e ainda tendo por objeto o *Espionage Act*, em *Abrams v. United States*, o mesmo juiz Holmes apresentaria uma nova baliza instrumental para análise da liberdade de expressão. Já próximo ao fim do conflito mundial, quatro refugiados russos, sobreviventes de *pogroms* e da tirania czarista, protestaram contra a decisão do Presidente Woodrow Wilson de enviar soldados para a Rússia após a Revolução de Outubro. Lançaram panfletos e incitaram trabalhadores a entrarem em greve⁹⁹. A interpretação de Holmes foi diferente de *Schenck*, uma vez que não constatou o perigo certo e iminente, mas sim uma forma de debate que considerou protegida pela Primeira Emenda, cuja disputa entre os demais argumentos teria um efeito benéfico à longo prazo, conforme a metáfora do mercado de ideias (*Marketplace of ideas*), na esteira do pensamento de John Stuart Mill. Embora Holmes tenha primado pela liberdade de expressão, destacando que os panfletos revolucionários tinham tanto direito de serem publicados como o próprio governo tinha o direito de publicar a Constituição¹⁰⁰, o pedido da corte distrital de

⁹⁸ HOLMES, Oliver Wendell. "Schenck v. United States 249 U.S. 47". Opinion. Legal Information Institute. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/249/47>. Acesso em: abril de 2020.

⁹⁹ LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**, op. cit., p.28.

¹⁰⁰ “Agora ninguém pode supor que a publicação clandestina de um folheto bobo por um homem desconhecido, sem mais, representaria qualquer perigo imediato de que suas opiniões impedissem o sucesso das armas do governo. [...] Nesse caso, sentenças de vinte anos de prisão foram impostas pela publicação de dois folhetos que acredito que os réus tinham tanto direito de publicar quanto o governo tem de publicar a Constituição dos Estados Unidos agora invocada

condenar os agitadores pelo *Espionage Act* foi mantido pela maioria da Suprema Corte.

Os anos 20 foram a era simbólica dos direitos garantidos pela Primeira Emenda. Apesar das derrotas da invocação do preceito constitucional e do clima paranoico da Primeira Guerra Mundial¹⁰¹, os votos de dissenso influenciaram os anos seguintes. Depois de *Schenck e Abrams*, com os votos marcantes de Holmes, em 1927, no caso *Whitney v. California* o juiz Louis Brandeis escreveu o voto considerado, por muitos, o mais importante enunciado sobre a garantia de liberdade de expressão. Nele, a liberdade de expressão idealizada pelos *Founding fathers* era tanto um fim e como um meio; indispensável, enquanto meio, à descoberta e disseminação da verdade política; salientando que a ordem não pode ser garantida apenas pelo medo de punição por sua infração. A repressão, afirmava Brandeis, gera ódio; esse ódio ameaça um governo estável. Reconhecendo as tiranias ocasionais das maiorias governantes, Constituição havia sido emendada para garantir a liberdade de expressão e assembleia¹⁰².

Em 1931, com *Stromberg v. California*, a Suprema Corte se deparou com o desafio de interpretar o que se entendia, concretamente, por “*speech*”. O caso envolvia uma lei (*statute law*) da Califórnia que proibia a exibição de bandeiras vermelhas (*red flags*), representando uma oposição ao governo instituído e uma preferência simbólica pelo ideário comunista. Em *Stromberg* teve início a tormentosa questão a respeito da forma que o discurso poderia tomar, não se limitando

em vão por eles – (HOLMES, Oliver Wendell Jr., voto de discordância em *Abrams v. United States*, disponível em: http://www.digitalhistory.uh.edu/disp_textbook.cfm?smtID=3&psid=1200. Acesso em abril de 2020. Tradução livre).

¹⁰¹ Estima-se que dois mil americanos foram processados por violações ao *Espionage e Sedition Act*, muitos deles por condutas absolutamente inócuas como a objeção de consciência de alguns cristãos contra a guerra e por declarações informais contrárias ao alistamento – v. LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**, op. cit., p.101-02.

¹⁰² No original: Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties, and that, in its government, the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as an end, and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness, and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that, without free speech and assembly, discussion would be futile; that, with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty, and that this should be a fundamental principle of the American government. They recognized the risks to which all human institutions are subject. But they knew that order cannot be secured merely through fear of punishment for its infraction; that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination; that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies, and that the fitting remedy for evil counsels is good ones. Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law -- the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed – (BRANDEIS, Louis, voto de dissenso em *Whitney v. California* - 274 US 376 (1927)). Apesar do voto de Brandeis, a Suprema Corte negou o pedido de apelação de Anita Whitney, cujo crime era a defesa do “sindicalismo criminal” - criminal syndicalism - o que significava, na prática, integrar qualquer organização com uma doutrina de legitimidade da violência em protestos

mais a publicações impressas, discussão que se prolongaria até os dias de hoje, com destaque a alguns casos como *Texas v. Johnson*, em 1989, no qual a Suprema Corte entendeu ser protegido o ato performático de queimar a bandeira americana.

As formas de discurso próximas ao que podemos conceber hoje como “discurso de ódio” (*hate speech*) começam com casos envolvendo os limites da imprensa, como em *Near v. Minnesota*. O estado de Minnesota havia publicado uma lei em 1925 fechando jornais que atacassem legisladores e outros funcionários públicos, sob o pretexto desses jornais comprometerem o sossego público (*Public Nuisance Law*)¹⁰³. Um dos alvos foi o jornal *Saturday Press*, do editor anti-semita Jay M. Near. Com o fechamento do jornal, o caso chegou a Suprema Corte, que o considerou uma violação à Primeira Emenda. O mesmo se deu no caso *Grosjean v. American Press*, em 1936, quando o governador de Louisiana, Huey Long, instituiu taxas abusivas contra jornais que o criticassem. Ambas decisões, porém, tiveram por fundamento a vedação à licença prévia (*prior restraint*), ainda segundo a lógica do período colonial, sem tocar no mérito do conteúdo que estava publicado, e deixando claro que posteriormente os interessados (i.e., os ofendidos por Near e o governador Huey Long), poderiam processar os jornais por difamação (*libel*).

1.2.3 A análise de conteúdo a partir de *New York Times v. Sullivan*

A análise do conteúdo propriamente dito, no caso de suposta difamação, começa em 1964, com *New York Times v. Sullivan*. Um anúncio foi publicado no jornal novaiorquino descrevendo oficiais que haviam prendido o Dr. Martin Luther King como “sulistas violadores da Constituição” e contando sobre o uso táticas ilegais para conter o movimento negro dos direitos civis. Embora o anúncio não trouxesse nomes, um dos policiais da última cidade na qual Dr. King havia sido preso resolveu processar o jornal por conteúdo difamatório. Era a cidade de Montgomery, no Alabama, famosa pelos conflitos raciais e, não por acaso, a corte estadual multou o *New York Times* em quinhentos mil dólares¹⁰⁴. Interessante notar, para os fins deste trabalho, que a aplicação da lei estadual do Alabama tinha a presunção de que o conteúdo difamatório era inverídico, cabendo ao ofensor provar a veracidade para se ver livre de punição. Também se presumia o dano (*damage*), bastando mostrar que a difamação era do tipo que prejudicaria a reputação. Uma terceira regra dizia

¹⁰³ LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**, op. cit., p.43.

¹⁰⁴ LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**, op. cit., p.49.

respeito à responsabilidade do editor do jornal (*publisher's fault*)¹⁰⁵. Concretamente, a exigência de vencer as três presunções tornava a difamação imune à garantia da Primeira Emenda. O julgamento contou com opiniões sobre a impossibilidade de testes da verdade para o caso (uma vez que o próprio sujeito da difamação era incerto) e o potencial desencorajamento que as punições poderiam gerar nos veículos de imprensa. Ademais, como notou o juiz William J. Brennan Jr., as críticas podem ser desestimuladas não pelo fato de serem ou não verídicas, mas pela dificuldade em se provarem verdadeiras – o que tornaria o medo maior que a liberdade¹⁰⁶. O caso terminou com a vitória do jornal New York Times. A partir de então, o entendimento a respeito da difamação mudou drasticamente. O ônus da prova foi invertido: era necessário que o conteúdo difamatório fosse provado falso pelo ofendido, aumentando a proteção dos jornais que fizessem críticas. Em breve comparativo, o direito brasileiro penal e o direito eleitoral brasileiro possui seu equivalente da difamação sediciosa (*sedition libel*) no microssistema de crimes contra a honra e crimes eleitorais contra a honra (arts. 138 a 145 do Código Penal e arts. 324 a 330 do Código Eleitoral) no qual a lógica da exceção da verdade, correspondente ao entendimento anterior o caso *Sullivan*, permanece desde 1940 e 1965, respectivamente a cada ramo do direito¹⁰⁷.

O efeito político também foi evidente: no mesmo ano o Congresso proibiu as discriminações em acomodações públicas, escolas e empregos¹⁰⁸. O caso *Sullivan* marca também o início da liberdade de expressão como um tema ligado às pautas progressistas, em especial no tocante ao direito de minorias e grupos vulneráveis. É uma relação política que perdura até o momento em que a liberdade de expressão começa a servir de argumento ideológico *contra* as minorias e grupos vulneráveis, buscando albergar o discurso de ódio no conceito de liberdade. Conforme nota Daniel Sarmiento:

Na luta pela afirmação dos direitos civis dos negros nas décadas de 50 e 60, por exemplo, a liberdade de expressão fora sempre uma arma fundamental. Era sempre a Direita que queria restringir o *free speech*, contra a firme oposição da Esquerda, que encarnava os

¹⁰⁵ LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**, op. cit., p.51.

¹⁰⁶ LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**, op. cit., p. 54.

¹⁰⁷ Para fins do direito de resposta no direito eleitoral, todavia, os critérios de Sullivan não se aplicam: “Em relação à veracidade das informações divulgadas para efeito da análise de pedido de direito de resposta, no Brasil, não cabe cogitar, em princípio, sobre os conceitos de malícia real (actual malice) ou de desrespeito imprudente (reckless disregard) adotados nos Estados Unidos a partir do julgamento emblemático do caso New York Times Co vs Sullivan (376 U.S. 254)” - SILVA, Henrique Neves da. Propaganda eleitoral na imprensa escrita e a liberdade editorial de apoio político. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Propaganda Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 206. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 4.)

¹⁰⁸ LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**, op. cit., p. 56.

interesses dos grupos mais desfavorecidos. De repente, a liberdade de expressão, tal qual interpretada pela Suprema Corte, passa a ser vista por alguns não mais como um instrumento de emancipação, mas como um escudo em favor da opressão de grupos estigmatizados¹⁰⁹.

A ambiguidade da liberdade de expressão como instrumento político é o que torna a discussão especialmente relevante no âmbito eleitoral, justamente o ramo que busca suspender o conteúdo das ideias políticas em disputa a fim de garantir a legitimidade do pleito de forma imparcial e isonômica.

Em se tratando de críticas a pessoas públicas – políticos e demais funcionários do Estado – fica claro o teor protetivo da Primeira Emenda, fundamentado, em suma, na garantia de que todos podem travar um debate buscando o aperfeiçoamento político das instituições. Era esse o intuito da liberdade de imprensa, explicitamente ansiado por James Madison¹¹⁰. Todavia, com a popularização dos meios de comunicação e entretenimento em massa, surgiram novas questões que lidavam com o escrutínio da vida privada. Em *Time, Inc. v. Hill*, a revista Life (do grupo Time, Inc.) foi acusada de violar uma lei de privacidade do estado de Nova York ao publicar uma matéria constrangedora sobre uma família americana. Em resumo, a família Hill teve sua casa assaltada em 1952 e foram feitos reféns, num caso que se popularizou pelos jornais na época. Dois anos depois, foi montada uma peça de teatro encenando a situação de modo mais violento do que se deu na realidade, com atos de brutalidade e ameaças sexuais. A revista Life, cobrindo a estreia da peça na Broadway, escreveu uma reportagem confirmando que os fatos se deram exatamente conforme na peça, o que era mentira, mas a popularização da revista foi suficiente para constranger a família. Devido aos abalos psicológicos causados pela matéria, a família Hill acionou a justiça e a revista foi multada pela corte estadual. Com a apelação, o caso foi aceito para julgamento da Suprema Corte, em 1967. O resultado foi revertido em favor da revista Life, com destaque para o voto do mesmo juiz Brennan (que havia decidido pelo direito de criticar os policiais no caso *Sullivan*) ao apontar que “o risco da exposição era um incidente essencial da vida em sociedade na qual é

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 12.

¹¹⁰ “The practice in America must be entitled to much more respect. In every state, probably, in the union, the press has exerted a freedom in canvassing the merits and measures of public men, of every description, which has not been confined to the strict limits of the common law. On this footing, the freedom of the press has stood; on this footing it yet stands.” – conforme se extrai do Report on the Virginia Resolutions, de 1800 (Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-17-02-0202>. Acesso em abril de 2020).

priorizado o valor da liberdade de expressão e de imprensa”¹¹¹.

Tal como os fatos constrangedores à privacidade, a liberdade de expressão pode também ser desafiada pelo conteúdo obsceno, pornográfico ou profanatório de religiões e credos. Em *Roth v. United States*, de 1957, houve a primeira condenação pelo envio de material considerado obsceno. Os argumentos para a proibição, ou seja, censura, eram o de que o discurso não possuía qualquer importância social. O teste proposto pela Suprema Corte, foi verificar se seja para a pessoa comum, aplicando os padrões contemporâneos da comunidade, o tema dominante do material tomado como todo apela ao interesse lascivo¹¹². O teste da lascívia (*prurient*) te tornaria tormentoso pela sua subjetividade evidente, chegando ao ponto de tornar popularmente célebre (e cômico) o caso *Jacobellis v. Ohio*, quando o juiz Stewart afirmou que a liberdade de expressão não abrangeria a pornografia *hard core*. E o que seria considerado “*hard core*”? Stewart admitia não apresentar uma definição, “mas eu sei quando o vejo, e o filme envolvido neste caso não é”¹¹³. A pornografia é um tema que alia curiosamente duas correntes ideológicas bastante divergentes: por um lado, há o argumento moral de base conservadora, como Robert Bork, para quem não deve se proteger um conteúdo que “polua a atmosfera moral e estética de modo precisamente análogo a uma fumaça tóxica”¹¹⁴. Por outro, a corrente feminista, como Catherine MacKinnon, aponta que o conteúdo pornográfico é uma forma de sujeição feminina. Em todo caso, era evidente que o papel de censor literário e cinematográfico não se adequaria à Suprema Corte, que optou por delegar a função para que as cortes estaduais julgassem conforme a lei local em 1973¹¹⁵.

A obscenidade, porém, pode ser apresentada não apenas de modo lascivo, mas também de uma forma cômica. Foi o que ocorreu em 1988, em *Hustler Magazine v. Falwell*, quando a revista Hustler apresentou uma paródia em que o reverendo Jerry Falwell praticava incesto. Este alegou que o material lhe causava “infilção intencional de sofrimento emocional” (*intentional infliction of emotional distress - IIED*), um instituto da *common law* americana. Dentre os argumentos apresentados à Suprema Corte, estava o de que *cartoons* possuem uma função política de crítica e

¹¹¹ “The risk of this exposure is an essential incident of life in a society which places a primary value on freedom of speech and press” – BRENNAN, Louis, voto em *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967).

¹¹² No original: “whether to the average person, applying contemporary community standards, the dominant theme of the material taken as a whole appeals to the prurient interest” – BRENNAN, Louis., voto em *Roth v. United States* 354 U.S. 476 (1957).

¹¹³ No original: “(...) but I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that.” – STEWART, Potter., voto com a maioria em *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. at 197.

¹¹⁴ BORK, Robert H., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 *Indiana L.J.* 1, 1971, apud LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**, op. cit., p.136.

¹¹⁵ LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**, op. cit., p.136.

conscientização. O precedente da difamação (*libel*) do caso *Sullivan* foi aplicado, afirmando-se que era impossível ao Reverendo provar a falsidade de uma paródia, pois não se trata de um fato, factualmente falsa ou verdadeiro. Sendo uma paródia, não caberia a exceção da verdade. A revista venceu o caso.

Reunindo os casos e tomando-os em análise, observa-se que a doutrina americana expressa nos votos dissidentes da Suprema Corte foi se amoldando ao paradigma que conhecemos hoje. A Primeira Emenda foi desafiada por alguns valores opostos a ela, que podemos sumarizar exemplificativamente como: a necessidade de uma licença autorizativa para publicações; a sedição (seja por inimigos externos ou internos); o caos social gerado pela difamação de figuras públicas; o favorecimento ao inimigo nas circunstâncias de um conflito internacional; a necessidade de prova dos fatos (similar ao paradigma brasileiro da exceção da verdade); a presunção de dano difamatório individual; a presunção da responsabilidade editorial da imprensa; a privacidade em pessoas privadas; a obscenidade (seja pelo viés moral ou feminista); a inflição intencional de sofrimento emocional. Um olhar panorâmico sobre os motivos que embasaram argumentos pelos quais a liberdade de expressão poderia ser restringida indica um desenvolvimento histórico do instituto. Esse itinerário passa por preocupações concentradas na esfera pública, mas que permite entrever um autoritarismo remanescente de períodos anteriores à democracia americana, como a necessidade de permissão para publicar e o supostos riscos de sedição. Um autoritarismo com notas monárquicas dá lugar à preocupação com a defesa incontestada do regime democrático frente a ameaça da ideologia rival: o comunismo. A liberdade de expressão é representada como uma categoria própria da democracia, mas passível de contradição se esta mesma democracia é posta em debate (o famoso paradoxo da democracia: é possível aceitar democraticamente ações antidemocráticas?). Com a sociedade de massas e a ampliação dos meios de comunicação, os fatores limitantes do instituto avançam para a esfera privada, tornando a privacidade um possível limite, bem como a interferência nos padrões morais estabelecidos, daí o resguardo para com a obscenidade e a pornografia.

Um passo seguinte, será a limitação advinda da legitimação de grupos que compõe a sociedade. Olhando numa escala máxima de amplitude, evolução do instituto começa com desafios contra as limitações impostas em nome do Estado-nação, depois do governo, depois da sociedade e chega aos grupos que compõe a sociedade, já tendente a voltar-se para o indivíduo em si, nos seus aspectos íntimos.

Uma análise histórica acurada do desenvolvimento dos julgados da Suprema Corte em paralelo com as condições políticas, econômicas e sociais dos EUA é feita por Stephen M. Feldman. O autor elabora um minucioso percurso pela história americana apontando a proposta inicial de uma “*republican democracy*” baseada nos valores protestantes, nas virtudes cívicas e no bem comum (*common good*), defendida pelos juízes americanos até a primeira metade do século XX. A partir da década de 30, o regime não é mais baseado em premissas morais, mas na aceitação do pluralismo de ideias e valores. Consequência da imigração, do povoamento das cidades e da proeminência econômica do setor industrial no *New Deal*, a integração de novos cidadãos se tornaria a palavra de ordem nas cortes e nos meios intelectuais. Nesta década ocorre uma transição intelectual do conceito de liberdade de expressão: somente este direito consagraria a possibilidade de cada grupo participar da política do país, tornando o pluralismo a principal característica da democracia¹¹⁶. Será a partir desta nova concepção – a democracia pluralista – que o resguardo à liberdade de expressão passará a ser vinculado à integração dos diferentes grupos que compõem a sociedade americana.

1.2.3 Doutrina das *fightng words* e o *Brandenburg test*

Importante notar que a Suprema Corte já distinguia um tipo estrito de palavras que não possuem o resguardo constitucional, as chamadas “*fighting words*”. Em *Chaplinsky v. New Hampshire*, foi definido em voto pelo juiz Frank Murphy que:

“[...] existem certas classes de expressão bem definidas e estritamente limitadas, cuja prevenção e punição nunca foram consideradas como suscitando problemas constitucionais. Isso inclui as palavras lascivas e obscenas, profanas, difamatórias e ofensivas ou "de combatente" (*fighting*), aquelas que por sua própria expressão causam danos ou tendem a incitar uma violação imediata da paz. Observou-se bem que tais enunciados não são parte essencial de nenhuma exposição de ideias e têm um valor social tão leve como um passo para a verdade que qualquer benefício que possa ser derivado deles é claramente superado pelo interesse social em ordem e moralidade”¹¹⁷.

¹¹⁶ FELDMAN, Stephen M. “Hate Speech and Democracy”, In: **Criminal Justice Ethics**, 32:1, 78-90, DOI: 10.1080/0731129X.2013.777254. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/0731129X.2013.777254>. Acesso em jul. de 2020.

¹¹⁷ No original: “There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or "fighting" words those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality” - “Chaplinsky v. New Hampshire.” Oyez, Disponível em: www.oyez.org/cases/1940-1955/315us568. Acesso em abril de 2020.

As “*fighting words*” são um problema constitucional, cujo conteúdo pode ser colocado em debate, mas não se confundem com o discurso de ódio (*hate speech*) na doutrina norte-americana. O primeiro caso envolvendo discursos para atacar determinados grupos, posto que não se usasse o termo *hate speech*, é *Beauharnais v. Illinois*, de 1952. Tratava-se da distribuição de panfletos, tal como em *Schenck e Abrams*, mas cujo conteúdo era um apelo às autoridades de Chicago para que “parassem a invasão de bairros brancos pelos negos”¹¹⁸. Contra esta prática, havia uma lei estadual que vedava a publicação de material contendo “depravação, criminalidade, falta de castidade ou falta de virtude de uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião”¹¹⁹. A lei estadual foi confirmada, decidindo que não pode haver guarita constitucional para a difamação. Vale lembrar que a difamação só teve seus critérios expostos em 1959, em *New York Times v. Sullivan*, sete anos antes do caso. Uma vez que não havia informação factual a ser checada, poderia ocorrer de ter prevalecido, em *Beauharnais*, o entendimento pela liberdade de expressão se o caso fosse julgado posteriormente à *Sullivan*.

Tanto foi assim, que subsequente a *Beauharnais* a Suprema Corte americana decidiu pela primazia da Primeira Emenda em *Brandenburg v. Ohio*, em 1969. Um líder da Ku Klux Klan (KKK) foi gravado fazendo discursos numa área rural de Ohio, com referência à possibilidade de “vingança” contra “negros”, “judeus” e aqueles que os apoiavam. Um dos discursos também alegou que “nosso Presidente, nosso Congresso, nossa Suprema Corte, continuam suprimindo a raça branca e caucasiana” e anunciou planos para uma marcha em Washington a ser realizada no feriado de quatro de julho. Conforme o entendimento exposto pela corte em *Whitney v. California*, haveria sindicalismo criminal (*criminal syndicalism*) na proposta de atuar violentamente, o que não seria protegido pela Primeira Emenda. Porém, mudando o entendimento consolidado em 1919, a corte instituiu novos critérios jurídicos: uma condenação por ações violentas deveria ser (i) direcionada a “incitar ou produzir ação iminente desguarnecida pela lei” e (ii) “provável a produzir tal ação”¹²⁰. Os dois requisitos constituem o que a doutrina norte-americana apelidou de *Brandenburg test*. O

¹¹⁸ No original: “to halt the further encroachment, harassment and invasion of white people, their property, neighborhoods and persons, by the Negro (...)” - disponível em <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/343/250.html>. Acesso em abril de 2020.

¹¹⁹ No original: “depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens of any race, color, creed or religion” - Ill. Rev. Stat., 1949, c. 38, 471, disponível em <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/343/250.html>. Acesso em abril de 2020.

¹²⁰ No original: (1) directed to “inciting or producing imminent lawless action,” e (2) “likely to produce such action.” - “*Brandenburg v. Ohio*.” Oyez, Disponível em: www.oyez.org/cases/1968/492. Acesso em abril de 2020.

líder da KKK não foi condenado, uma vez que não havia prova que sua ação violenta era iminente e nem provável de ocorrer, marcando o paradigma de primazia da liberdade de expressão sob análise independentemente do conteúdo.

Essa primazia seria reafirmada em *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, de 1977¹²¹. Skokie era um pequeno bairro de origem judaica na cidade de Chicago, com moradores sobreviventes do Holocausto nazista. Uma associação nazista resolveu promover uma marcha no local, ostentando suásticas e símbolos nazistas. Um dos líderes da organização informou que os manifestantes não fariam declarações públicas depreciativas e cooperariam com instruções policiais razoáveis¹²². Um morador testemunhou que várias organizações judaicas planejaram uma contra-demonstração para o mesmo dia, com uma participação esperada de 12.000 a 15.000 pessoas. Ficava claro que o enfrentamento de manifestantes poderia levar à violência. Para evitar a passeata, as autoridades locais promulgaram uma lei que vedava a “incitação ao ódio contra pessoas devido a raça, nacionalidade ou religião”¹²³. O caso foi levado à Suprema Corte, que se negou a analisar o mérito da lei estadual, tornando possível a passeata dos nazistas. Estes, porém, decidiram realiza-la em outro local de Chicago e assim o fizeram sob escolta policial. O caso reafirma a aplicação de *Brandenburg*. Chama a atenção, porém, que mesmo num contexto de violência iminente pelas circunstâncias do caso, a Suprema Corte tenha reafirmado a garantia da Primeira Emenda.

A alteração no entendimento do *Brandenburg test* só viria em 2003, em *Virginia v. Black*. O caso tratava de três pessoas condenadas separadamente por violar uma lei do estado de Virgínia que o tornava crime "para qualquer pessoa [...], com a intenção de intimidar qualquer pessoa ou grupo [...], queimar [...] uma cruz na propriedade de outra pessoa, uma rodovia ou outro local público", com a disposição normativa trazendo especificamente que "qualquer queima [...] deve ser uma evidência *prima facie* de uma intenção de intimidar uma pessoa ou grupo"¹²⁴. Era uma proibição direta à prática de queima de cruzes, típica da Ku Klux Klan. A Suprema Corte apontou que ideias como da KKK não podem, de fato, serem punidas, estando albergadas pela Primeira Emenda; porém, atos intimidatórios, como no caso das cruzes, são passíveis de punição,

¹²¹ O caso também é referenciado pelos termos *Skokie v. NSPA*, *Collin v. Smith*, ou ainda *Smith v. Collin*.

¹²² "National Socialist Party of America v. Village of Skokie." Oyez, Disponível em: www.oyez.org/cases/1976/76-1786. Acesso em abril de 2020.

¹²³ Id. *Ibid*.

¹²⁴ "Virginia v. Black." Oyez, Disponível em: www.oyez.org/cases/2002/01-1107. Acesso em abril de 2020.

considerados *fighting words*¹²⁵. No caso concreto, entretanto, a lei estadual indicava que a queima de cruzeiros seria considerada evidência *prima facie*, ou seja, presumindo a intenção intimidatória, o que seria inconstitucional. Assim, o entendimento da Corte indicava que queimar cruzeiros é uma ação punível apenas se provada a intimidação¹²⁶. É no mínimo curioso que não haja uma presunção absoluta, o que só pode ser analisado mediante um estudo das razões ideológicas contidas na decisão da Suprema Corte.

1.3 O discurso de ódio nos *campi* universitários

Em nenhum dos precedentes da Suprema Corte, o termo “discurso de ódio” (*hate speech*) aparece, senão de modo figurativo, sem a intenção de propor um novo conceito ou instituto. A polêmica em torno do discurso de ódio *per se* tem início no ambiente universitário, nas décadas de 80 e 90, em *campi* como da Universidade de Stanford e da Universidade de Massachussets. O principal contexto era questão racial e sexual, que mais tarde passou a incluir outros segmentos.

Inicialmente, a polêmica foi travada pela instauração de “códigos de discurso” (*speech codes*), nos quais proibia-se, de modo geral, comentários que causassem diversas formas constrangimentos, de insinuações até formas de assédio entre os membros das instituições. Em 1989, foi decidido por uma das cortes federais americanas que o *speech code* da Universidade de Michigan era inconstitucional. Essa decisão vinculou universidades públicas, mas deixou a questão em aberto nos *campi* privados nos quais códigos similares foram impostos, como na Universidade de Stanford¹²⁷. Vale lembrar que nos EUA vige a doutrina da *State Action* para instituições de ensino privadas¹²⁸, ou seja, não se consideram que estas sejam atores estatais, não ficando sujeitas

¹²⁵ No caso, foi definido que *Fighting words* seriam: those statements where the speaker means to communicate a serious expression of an intent to commit an act of unlawful violence to a particular individual or group of individuals” – Id. Ibid.

¹²⁶ A intimidação, por sua vez, foi definida como: “(...) type of true threat, where a speaker directs a threat to a person or group of persons with the intent of placing the victim in fear of bodily harm or death” – Id. Ibid.

¹²⁷ POST, Robert. Interview with Robert Post. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p.11.

¹²⁸ Conforme o entendimento estabelecido em *National Collegiate Athletic Association v. Smith*, somente instituições que recebam verbas provenientes de fundos federais estão sujeitas ao exame da constitucionalidade de seus estatutos internos - "*NCAA v. Smith*." Oyez, Disponível em: www.oyez.org/cases/1998/98-84. Acesso em abril de 2020. Nos termos de Sunstein: To the extent that we are dealing with private universities, the Constitution is not implicated at all, and hence all such restrictions are permissible. Private universities can do whatever they like. They can ban all speech by Republicans, by Democrats, or by anyone they want to silence. But many private universities like to follow the Constitution even if they are not required to do so. In any case, public universities are subject to the Constitution, and so it is important to try to establish what the First Amendment means for them – (SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p. 203).

ao *Bill of Rights* americano. É um dos pontos de maior divergência em relação a doutrina constitucional brasileira, que admite notoriamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Na prática, a adoção de *speech codes* dividiu as instituições privadas: uma pesquisa de 2019 apontou que 29% dos colégios e universidades privadas impõem algum nível de restrição sobre o que é dito entre membros, muitas delas na forma de vedação ao *hatespeech*¹²⁹. É um número que vem decrescendo desde a primeira pesquisa realizada em 2009, quando eram 72,5% do total de instituições.

A prática do discurso de ódio nos *campi* é apontada como uma forma de “forçar os limites” da proteção conferida pela Primeira Emenda, o que leva a impasses envolvendo a necessidade da valoração do debate ao mesmo tempo em que lida com um dano real causado a estudantes membros de grupos atingidos pelo discurso – majoritariamente grupos que foram historicamente marginalizados. A preocupação é objeto de estudos pedagógicos, que buscam reconstruir códigos de disciplina (*disciplinary codes*) baseados na distinção feita entre discurso e conduta (*speech e conduct*), de modo a evitar assédios de gênero e raça, intimidações ou incitação à violência¹³⁰.

Por outro lado, há alegações de uma intervenção política indevida no ambiente universitário, cuja comunidade se veria sob pressão de grupos políticos organizados com o objetivo de silenciar as discordâncias, impondo uma ortodoxia ideológica rubricada pelo “politicamente correto”¹³¹.

Ainda que se possa argumentar que o *hatespeech* tenha uma origem em problemas bastante restritos aos *campi* americanos, o debate das últimas décadas se ampliou. Para citar apenas um exemplo histórico, em 1994 ocorreu o massacre de quinhentas mil pessoas em Ruanda, quando etnias foram incitadas ao conflito por mensagens de ódio transmitidas numa rádio da capital¹³². Em que medida uma restrição ao discurso de ódio étnico poderia ter contribuído para evitar o conflito?

¹²⁹ Spotlight on Speech Codes 2019: The State of Free Speech on Our Nation’s Campuses,” FIRE’s website, Disponível em: <https://www.thefire.org/resources/spotlight/reports/spotlight-on-speech-codes-2019/>. Acesso em abril de 2020.

¹³⁰ PALFREY, John. **Safe Spaces, Brave Spaces: Diversity and Free Expression in Education**. Cambridge: MIT Press, 2017, p. 94.

¹³¹ Nesse sentido v. SUNSTEIN, Cass R, op. cit., p. 203. A preocupação com o politicamente correto já esteve em debate, entre nós, em votos como da Min. Carmen Lúcia na ADI 4815/DF, à respeito da autorização prévia para publicação de biografias. *In verbis*: A cultura do politicamente correto, expressão adotada desde adécada de 80 do séc. XX, significando políticas tendentes a tornar a linguagem neutra para se evitar ofensa a pessoas ou grupos sociais discriminados historicamente, também vem sendo levada ao paroxismo, passando a constituir forma de censura da expressão. Adotam-se formas de censura implícita e particular, exercida de forma a tolher ou a esvaziar o direito à liberdade de expressão.

¹³² PRUNIER, Gérard. **The Rwanda Crisis: History of a Genocide**, 2nd ed. Kampala: Fountain Publishers Limited, 1999, passim.

Questões como essa fomentaram o debate jurídico a respeito dos limites do discurso sob a proteção da liberdade de expressão, abrindo espaço para que a doutrina construísse alguns conceitos a respeito do tema.

2. DISCUSSÃO SOBRE O DISCURSO DE ÓDIO

Para sistematizar a discussão, separamos as propostas de acordo com a natureza do debate, ou seja, do âmbito metodológico que se insere a maior parte dos argumentos tratados por cada autor. Ainda que não seja uma divisão metodológica apurada, ela nos parece útil para separar os argumentos em níveis distintos para melhor compreensão e comparação das ideias apresentadas.

Optamos por uma sistematização em três linhas argumentativas. Em primeiro lugar, há a linha baseada nos valores (deontológica) que a liberdade de expressão preconiza, em contraste com outros valores que podem ser ameaçados pelo discurso de ódio. Segundo, há o debate de natureza instrumental, que pensa e propõe modelos para atingir determinados fins ou metas. Terceiro, há o debate de natureza empírica que busca evidências concretas do dano causado pelo discurso de ódio.

2.1 Discussão deontológica

A distinção entre valores, tomando o discurso político como o mais protegido pela Primeira Emenda, é uma concepção doutrinária que perpassa os grandes casos em que ficou definida a concepção jurídica da liberdade de expressão. Trata-se de um discurso político a ser asseverado contra o Estado em *New York Times v. Sullivan*, e propriamente contra o governo em *New York Times v. U.S Attorney (Pentagon papers)*. A doutrina estabeleceu, ainda, três possibilidades de regulação: restrições de conteúdo neutro (*content-neutral restriction*); restrições baseadas em pontos-de-vista (*viewpoint-based restriction*) e restrições baseadas no conteúdo (*content-based restrictions*)¹³³. Restrições de conteúdo neutro são aquelas nas quais não importa o conteúdo expresso; seria o caso, por exemplo, da proibição de distribuição de panfletos em aeroportos, visando à limpeza do ambiente e ao sossego dos transeuntes. Restrições baseadas em pontos-de-vista levam em conta determinada opinião ou posicionamento do emissor, o que impõe conseqüentemente um ponto-de-vista contrário a ser defendido pelo governo. Em terceiro, as restrições baseadas no conteúdo são limitações em que importa, fundamentalmente, o conteúdo

¹³³ SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p. 210.

expresso, mas nos quais não há a defesa de um lado ou de outro na argumentação, como, por exemplo, a proibição a obscenidade.

Combinando os parâmetros expostos a respeito da qualidade dos argumentos e dos tipos de restrições a depender do conteúdo, Sunstein elabora o seguinte argumento¹³⁴: há uma tendência a regular o discurso com conteúdo neutro (*content-neutral*), independentemente de seu valor. No caso da proibição de panfletagem em aeroportos, não importaria saber se os panfletos são a respeito de uma causa social ou uma difamação privada (*high value/low value*). A liberdade de expressão é menos afetada se o discurso possui uma finalidade neutra, que não beneficia nem prejudica nenhum conteúdo ou ponto de vista. Num segundo estágio, a proibição baseada no conteúdo já comporta alguma relutância em ser restringida, importando a qualidade dos argumentos apresentados na proibição. É o caso, por exemplo, da obscenidade: é possível fazer um juízo de valoração entre uma obra de Nabokov e formas grotescas de pornografia. Finalmente, a restrição aos pontos-de-vista é a mais periclitante tendo em vista a ameaça à liberdade de expressão de apenas um dos lados do debate, colocando em xeque determinados posicionamentos e sob o risco de comprometer princípios basilares da igualdade e da legitimidade democrática¹³⁵. Nesse tipo de restrição, a qualidade dos argumentos também é relativizada, uma vez que mesmo um argumento político colocado de forma espúria pode representar um ponto-de-vista legítimo.

Foi esta a base das decisões da Suprema Corte nos casos de *Brandenburg* e *Skokie*, para determinar as restrições ao discurso que pode incitar a atos proibidos e posteriormente no caso *Falwell* para regular o discurso difamatório dirigido contra figuras públicas. Sunstein afirma que, atualmente, novos desafios impõem uma reinterpretação da Primeira Emenda. À maneira da crença liberal de um mercado sem regulações e intervenções, há uma crença persistente no poder das ideias serem livremente debatidas e, assim, surgir um debate “eficiente” no sentido de se obter um resultado positivo, seja em termos de uma melhor decisão política, uma melhor democracia ou a verdade em si mesma. O paralelo feito por Sunstein¹³⁶ é o de que a concepção econômica pré-*New Deal*, baseada no direito constitucional de ter o Estado afastado da esfera privada, é atualmente o

¹³⁴ SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p. 212.

¹³⁵ Como será visto no debate Dworkin-Waldron, a legitimidade é o valor afetado se levado em conta que o propósito de uma democracia é obter uma ampla consulta às opiniões da população. Se parte das opiniões é restrita, as leis promulgadas não foram objeto de uma deliberação totalmente democrática. Esse tipo de restrição se enquadra na categoria *viewpoint-based* necessariamente. O que não ocorre no debate dos autores é a contatação feita por Sunstein de que este não é o único tipo possível de regulação.

¹³⁶ SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p. 39 e ss.

mesmo paradigma suscitado pelos defensores da liberdade de expressão irrestrita (os absolutistas). A mesma crítica feita ao modelo econômico liberal pode ser feita ao absolutismo da Primeira Emenda: quando uma determinada empresa atua dentro dos limites de sua autonomia privada, contratando empregados, recebendo de fornecedores, comercializando seus produtos, etc., ela não age numa instância separada do Estado. Na verdade, a própria delimitação de uma “esfera privada” é uma criação jurídica que o Estado mantém, assim como mantém a legitimidade dos contratos firmados, os direitos do consumidor, a garantia de salários e o próprio lastro da moeda que é utilizada na comercialização. Sendo uma criação essencialmente humana, a economia poderia obter resultados melhores com a intervenção. Distribuições ineficientes e injustas poderiam ser corrigidas mediante a atuação do governo na propriedade privada.

Nesse aspecto, o debate sobre a soberania também se ajusta paralelamente ao *New Deal* e à liberdade de expressão: a suposta neutralidade do Estado na economia, paralela à neutralidade do discurso, não é um valor em si mesmo. Assim como o objetivo da neutralidade econômica era gerar uma alocação eficiente de recursos, a neutralidade na regulação dos discursos tinha por objetivo manter a concepção de soberania popular. Essa soberania está claramente ameaçada, na opinião de Sunstein¹³⁷, pela baixa adesão das pessoas ao debate político e a falta de uma reflexão de forma séria e compenetrada. O que se vê são slogans midiáticos e uma forma perversa de marketing político e eleitoral (note-se que o autor escreve antes das eleições americanas de 2016), o que claramente não condiz com uma real deliberação popular tal como pensada por James Madison ao propor a Primeira Emenda. Porém, da mesma forma como a regulação econômica pode gerar uma melhor alocação e produção de riqueza, regular a liberdade de expressão pode atender ao desiderato de uma deliberação ampla, pautada na disposição popular para discutir temas de importância política de forma séria e diversa.

Uma proposta de regulação do discurso de ódio deveria levar em conta a categorização tripartite proposta acima. Como foi dito, há uma maior propensão de criar proibições de conteúdo neutro (*content neutral*) uma vez que elas interferem minimamente no debate entre diferentes pontos de vista. Como regra geral, para criar restrições de conteúdo neutro, um governo irá levantar justificativas de ordem neutra e visando algum benefício comum¹³⁸.

A regulação do tipo *view-point content*, por sua vez, demanda mais justificativas de um

¹³⁷ SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p. 131.

¹³⁸ SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p.176.

governo que proponha proibir ou restringir determinadas opiniões. Isso será feito por motivos sempre questionáveis dentro de uma democracia.

Sunstein nota que a restrição da figura intermediária, ou seja, a restrição de conteúdo (*content based*) é também a mais polêmica. Independentemente do ponto de vista (se contra ou a favor), a restrição seria pautada no conteúdo. O exemplo de Sunstein é a proibição de discutir assuntos raciais em ambientes em que haja um interesse de integração racial. Nas universidades, por exemplo, após a adoção das ações afirmativas para ingresso de estudantes negros, caso houvesse uma proibição de discutir o papel das ações afirmativas, ao se restringir um conteúdo, mesmo que mantendo um ponto de vista neutro, haverá o risco de a justificativa estar baseada em motivos ilegítimos e escusos. Reunidas, a classificação tripartite permite as seguintes conclusões:

- “1. As restrições do ponto de vista estarão sujeitas a uma forte presunção de inconstitucionalidade.
2. As restrições baseadas em conteúdo enfrentarão uma presunção de invalidez. Eles serão permitidos somente se (a) envolverem uma categoria de fala desprotegida ou de "baixo valor" ou (b) puderem ser fortemente conectados a uma justificativa suficientemente geral e neutra e não envolverem discriminação de pontos de vista ou qualquer outra forma de seletividade inadmissível
3. As restrições de conteúdo neutro serão avaliadas através de uma forma de balanceamento. No processo de equilíbrio, os tribunais analisarão vários fatores: a extensão da intrusão na fala, a força e a legitimidade dos motivos da restrição, a disponibilidade de bons meios alternativos para transmitir a mensagem, a existência de conteúdo - efeitos diferenciais na fala e consequências da restrição para causas mal financiadas”¹³⁹.

Ainda assim, há casos anômalos que formam quebra-cabeças (*puzzles*) entre as categorias. A proibição de propaganda de cigarro e bebidas alcoólicas na televisão, por exemplo, é um caso de discriminação de ponto de vista (o ponto de vista de que beber e fumar é bom) tendo em vista o interesse social em haver menos pessoas bebendo e fumando. Nesse caso, parece não haver uma inconstitucionalidade, ainda que se possa argumentar, sob um viés liberal, certo paternalismo na regulação. Sunstein conclui que, de modo geral, a restrição de ponto-de-vista é inválida, mas pode

¹³⁹ SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p.180.

ocorrer em casos extremos nos quais é possível demonstrar algumas circunstâncias. Essas circunstâncias ocorrem quando não há sério risco de motivações ilegítimas do governo (quando é totalmente plausível e necessário seu interesse); quando o discurso restrito é de baixo valor (sem contribuição relevante ao debate público); quando há pouco efeito de distorção (*skewing effect*) do debate (favorecimento artificial um dos lados pela supressão da opinião do outro) e quando o governo é capaz de apresentar claramente os danos do discurso¹⁴⁰. Em suma, Sunstein vislumbra hipóteses de regulação do discurso baseado no ponto-de-vista quando há uma situação anômala de neutralidade e um interesse público relevante, conforme as circunstâncias descritas atestam.

Mas – e aí entra o *puzzle* – pode acontecer também de as circunstâncias serem anômalas em sua extremidade, ou seja, quando o discurso restrito é de alto valor (*high value*) e o debate já está distorcido por um dos lados. Essas circunstâncias reproduzem o cenário descrito por Owen Fiss, Jeremy Waldron e Eric Heinze, quando se supõe um mercado de idéias “já distorcido” e que “pessoas já possuam acesso desproporcional à mídia, enquanto outros possuem pequenas chances de serem ouvidos ou até mesmo de se expressarem”¹⁴¹. Nesses cenários de distorção grave, a restrição de pontos-de-vista também se torna legítima como uma forma corretiva. Sunstein aponta problemas práticos para esta restrição, tal como um tipo de “ação afirmativa” da liberdade de expressão, incorrendo nos perigos já relatados de uma aplicação judicial ou legislativa enviesada ou irresponsável¹⁴². Aí está o problema da analogia com o New-Deal econômico: enquanto na economia a regulação dos *players* afeta o enriquecimento ou empobrecimento dos regulados, uma eventual regulação sobre os discursos afetaria diretamente o canal pelo qual as próprias regulações são feitas, ou seja, o discurso público¹⁴³.

Finalmente, Sunstein aplica os conceitos desenvolvidos teoricamente na análise do caso *R.A.V. v. Saint Paul*, concebido como uma hipótese de *hate speech*. No caso, o recorrente foi

¹⁴⁰ SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p.183.

¹⁴¹ SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p.178.

¹⁴² “There is a serious risk that judicial or legislative decisions about the relative power of various groups, and about who is owed redistribution, will be biased or unreliable. Judgments about who is powerful and who is not must refer to some highly controversial baseline. The resulting judgments are not easily subject to governmental administration. Indeed, government will inevitably be operating with its own biases, and those biases will affect any regulatory strategy. This risk seems unacceptable when speech is at stake” – (SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p.180).

¹⁴³ Sunstein não aponta que a analogia se mantém se levado em conta o problema do “poder de captura” no caso econômico, quando um *player* extremamente poderoso pode inclusive atuar sobre a regulação por meio de *lobby* ou meios ilícitos.

condenado à prisão pela corte distrital com fundamento em uma lei da cidade de *Saint Paul*¹⁴⁴, Estado do Minnesota, por queimar uma cruz de madeira na propriedade de uma família negra. A lei em questão proibia a exibição de símbolos que pudessem causar raiva, alarme ou ressentimento a outras pessoas em razão da raça, cor, credo, religião ou gênero. Coube à Suprema Corte dos Estados Unidos julgar inconstitucional a referida lei, sustentando que ela não era neutra em relação ao conteúdo. Segundo Sunstein, os votos dissidentes¹⁴⁵ da Suprema Corte ofereceram argumentos plausíveis que justificam a restrição ao discurso de ódio (no caso, a queima de cruces), uma vez que se trata de um caso bastante específico, cuja severidade permite um tratamento diferenciado. Casos específicos de discurso de ódio, como os atos da KKK, estão para além de qualquer ponto-de-vista, pois simplesmente causam danos objetivos e subjetivos à sociedade, sem refletir uma opinião válida. Agindo de modo a coibir tais atos, a Suprema Corte não estaria rompendo a neutralidade, mas olhando para consequências fáticas indesejáveis que devem ser combatidas. A própria interpretação histórica oferecia suporte à esta visão: a Constituição americana foi emendada várias vezes após a Guerra Civil com intuito de eliminar concepções desiguais, tanto no que diz respeito a escravidão, quanto a impedir que houvesse “cidadãos de segunda classe” (*second-class citizenship*). Conforme o autor, “quando o discurso ajuda a contribuir para a criação de um sistema de castas (*caste system*), o Estado pode legitimamente e neutralmente tentar responder - pelo menos se alguma restrição resultante for clara e nitidamente limitada”¹⁴⁶. Dessa forma, Sunstein se posiciona favorável a restrições ao discurso de ódio racial, contanto seu conteúdo tenha por efeito um dano concreto de rebaixamento dos cidadãos, o que só pode ser averiguado conforme a hipótese fática.

2.1.1 Argumento do Estado como mediador do discurso de ódio

Desde cedo, a liberdade de expressão surge como um dever de abstenção do Estado, como nos casos em que se declara a inconstitucionalidade da difamação sediciosa (*sedition libel*),

¹⁴⁴ No original, a lei prescrevia que: “Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor”. St. Paul, Minn., Legis. Code § 292.02 (1990).

¹⁴⁵ O caso teve votos em apartado, concordando em parte com um ou outro lado. A maioria foi formada por Scalia, acompanhado de Rehnquist, Kennedy, Souter, Thomas, com um primeiro grupo de divergência formado por White, acompanhado por Blackmun, O'Connor, Stevens (em parte); um segundo grupo divergente formado por Stevens, acompanhado de White (em parte), Blackmun (em parte) e uma terceira divergência de Blackmun.

¹⁴⁶ When speech helps contribute to the creation of a caste system, the state can legitimately and neutrally attempt to respond—at least if any resulting restriction is both clear and sharply limited - (SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p.199).

marcando um paradigma liberal voltado à proteção do indivíduo frente à autoridade do poder constituído. Esta concepção pode ser representada num esquema axiológico de *valor* e *contravalor*¹⁴⁷. Temos como valor a própria liberdade de expressão, englobando todo desiderato de livre deliberação e informação individual que possa ser concretizada no espaço público e privado; no contravalor temos, de modo genérico, os interesses promovidos pelo Estado para sustentar uma regulação ao livre-discurso (*freespeech*)¹⁴⁸.

Este esquema ajuda a estabelecer os termos do debate por meio de uma oposição de valor e contravalor. O valor é tipicamente a liberdade de expressão, enquanto os contravalores podem ser circunstâncias nas quais a regulação se mostre necessária, como a vedação à palavras de incitação à violência (*fighting words*), ou o discurso que gere um perigo iminente e manifesto (*clear and presente danger*)¹⁴⁹. Por vezes, o contravalor é utilizado como um subterfúgio, mascarando outras premissas, o que torna sua identificação um instrumento relevante de interpretação dos discursos envolvidos. É o caso, por exemplo, da argumentação por parte do *Attorney General* da gestão Nixon contra os jornais *New York Times* e *Washington Post* no caso *Pentagon Papers*. Em meio à Guerra do Vietnã, jornalistas tiveram acesso a materiais secretos do Departamento de Defesa contendo dados comprometedores à respeito das razões do conflito e das possibilidades de vitória. A divulgação de tal material em formato jornalístico foi amparada pela Suprema Corte como representativo do valor da liberdade de expressão consagrado na Primeira Emenda contra a alegação de defesa da segurança nacional. Os materiais, embora secretos, continham na verdade informações históricas no envolvimento dos Estados Unidos com o Vietnã até 1968, informações que Kissinger esperava futuramente serem levadas ao estudo acadêmico a respeito de diplomacia e negociações de guerra. Ficava claro à opinião pública, embora a Corte não tenha se manifestado explicitamente nesse sentido, que o contravalor da “defesa da segurança nacional” era um subterfúgio do governo para evitar o desgaste midiático, uma vez que a Guerra do Vietnã já se prolongava de maneira insustentável economicamente, se tornando impopular em vários setores. Esta situação permissiva do Estado em relação à publicação de matérias que podem se contrapor ao poder instituído democraticamente representa claramente o paradigma liberal, incorporando a

¹⁴⁷ Ideia inicialmente lançada por Harry Kalven Jr., v. **A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America**, ed. Jamie Kalven, New York: Harper & Row, 1988, p. xxii.

¹⁴⁸ FISS, Owen M., **The Irony of Free Speech**, trad. port. G. Binenbojm, C. Mário da Silva Pereira Neto, “A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública”, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33 e ss.

¹⁴⁹ Conforme exposto em *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

ideia da liberdade de atores privados frente ao poder público que busca controlá-los de modo contrário às premissas constitucionais.

Uma situação específica do problema do discurso de ódio se dá no qual ao invés da clara defesa da liberdade do privado defronte ao público, tem-se uma situação jurídica de atores privados se opondo entre si em meio ao qual o Estado é chamado, enquanto *tertius*, para deliberar sobre o valor e contravalor representados pelas partes. Esse dilema é enfrentado uma vez que não há a aplicação horizontal dos direitos constitucionais em muitos países, senão enquanto debate¹⁵⁰. Quando a relação jurídica se articula entre os agentes privados surge um novo valor que embasa o debate: agora a posição angularizada do Estado no conflito exige a postura da igualdade. No caso do discurso de ódio, a regulação do Estado funda-se na teoria de que tal expressão denigre aspectos da dignidade do indivíduo e dos grupos aos quais eles pertencem, afetando a qualidade de que todos recebam igual respeito em virtude da condição de cidadãos num estado democrático de direito. A igualdade torna-se materialmente exigível, como consectário do mandamento constitucional do acesso à justiça, formalizando-se em um interesse juridicamente relevante.

É aí que a disputa entre o valor da liberdade de expressão e seus contravalores de interesse do Estado torna-se mais acirrada.

Enquanto valor aliado à liberdade de expressão, pode-se defender que o Estado deve se manter neutro quanto aos discursos proferidos pelos particulares. As teorias da liberdade de expressão, inicialmente embebidas das doutrinas liberais do século XIX, eram no sentido de uma necessária competição das ideias entre si, análogo ao livre comércio preconizado no *laissez-faire* capitalista. A ideia do “mercado de idéias” aparece no voto dissidente proferido por Oliver Wendell Holmes¹⁵¹, segundo o qual “*o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição do mercado* (tradução livre)”.

Por anos, a neutralidade do Estado foi tratada como um valor a ser defendido. Violaria princípios de igualdade se, por exemplo, uma lei privilegiasse determinada opinião em detrimento do posicionamento rival. Por outro lado, como nota Fiss, a neutralidade de conteúdo não é um fim em si mesmo. De modo perspicaz, o autor nota que a preocupação com a neutralidade estatal pressupõe um poder de distorção do debate que pode promover determinados resultados¹⁵². Se é

¹⁵⁰ A aplicação horizontal dos direitos fundamentais é matéria de discussão em países do sistema common-law. Sobre o assunto v. por todos: GARDBAUM, Stephen. **The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights**, 102 MICH.L. REV.387 (2003). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol102/iss3/2>. Acesso em mai. 2020.

¹⁵¹ Conforme exposto no caso *Abrams v. United States* – 250 U.S. 616 (1919).

¹⁵² FISS, Owen M., **The Irony of Free Speech**, op. cit., p.53.

assim, o que justifica a preocupação com a neutralidade é justamente possibilitar a consecução de determinados resultados com o auxílio do poder estatal. E aí o desafio de Fiss: e se houver resultados amplamente desejáveis? Seria o caso da vedação ao discurso de ódio, que não beneficiaria a ninguém e só traria prejuízos, ou ainda a pornografia e a falta de regulação estatal nos gastos de campanha¹⁵³. O Estado estaria silenciando alguns discursos (do incitador ao ódio, do pornografista e dos grandes financiadores) a fim de assegurar que todos fossem ouvidos¹⁵⁴. Assim, argumenta Fiss que deve haver um papel de mediação do Estado:

Um mediador deve ser sensível às limitações que os recursos – como tempo e dinheiro – impõem ao debate e pode ter de dizer: “Nós já ouvimos muito deste lado. Talvez outros devessem ter a chance de falar antes de votarmos”. Um mediador imparcial quer vigorosa expressão de visões, mas é também sensível aos excessos na defesa de ideias e ao impacto de tais excessos sobre a qualidade do debate. Um mediador imparcial pode às vezes ter de interromper e dizer: “Você não poderia conter-se? Você tem sido tão abusivo no modo como tem exposto seu ponto de vista que muitos se retiraram por completo do debate¹⁵⁵”.

No âmbito do direito eleitoral brasileiro tais situações já são amplamente reconhecidas e contam com razoável aptidão das instâncias judiciais em promover uma equiparação nos discursos. São os casos, por exemplo, das condutas vedadas aos agentes públicos, que vedam a participação daqueles que já integram a Administração pública direta e indireta em determinadas atividades que lhes beneficiariam de forma exorbitante em detrimento de seus concorrentes. Nesses casos fica claro que o objetivo de tais vedações não é a determinação do resultado das eleições, pendendo para um ou outro candidato, mas assegurar uma determinada equiparação nas oportunidades de influenciar o eleitor. Esta forma de ação estatal não seria neutra, uma vez que intervém na esfera de liberdade

¹⁵³ Nota-se pela argumentação do autor que o tema do financiamento de campanha é uma preocupação comum aos cientistas políticos americanos e brasileiros, cientes dos potenciais abusos de poder econômico bem como irregularidades em prestações de contas que podem alçar um candidato ao poder de forma antidemocrática e ilegítima. A regulação desses gastos seria então algo amplamente desejável numa democracia, em que pese o Estado deixasse de ser “neutro” ao impedir que grandes fortunas financiassem determinadas candidaturas justamente para favorecer uma maior equiparação entre campanhas políticas. Foi exatamente o debate do caso norte-americano “Buckley v. Valeo” de 1976. Os juízes da Suprema Corte americana definiram (embora com divergências) que os limites para gastos com eleições no Federal Election Campaign Act of 1971 § 608 são inconstitucionais. Os limites de gastos violariam a disposição da Primeira Emenda sobre liberdade de expressão, porque uma restrição aos gastos com comunicação política reduz necessariamente a quantidade de expressão.

¹⁵⁴ O valor instrumental na mediação dos discursos é distinta do papel de intervenção que o Estado pode fazer em algumas políticas públicas, como na defesa do uso do cinto de segurança, do uso de preservativos ou do enaltecimento de valores patrióticos. Nessas escolhas, o próprio Estado é o “speaker” atuando dentro de uma margem de escolha estabelecida pelo governo. Um eventual “discurso de ódio” expresso pelo próprio Estado é um tema que será abordado adiante.

¹⁵⁵ FISS, Owen M., *The Irony of Free Speech*, op. cit., p.55.

do candidato, mas ainda assim seria compatível com os princípios democráticos. Em Fiss:

O que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita de com informação integral e sob condições adequadas de reflexão. Da perspectiva da democracia, não deveríamos reclamar, mas aplaudir o fato de que o resultado foi afetado (e presumivelmente melhorado) pelo debate aberto e completo¹⁵⁶.

Esta regulação do Estado seria o correlato da intervenção estatal na economia, prevenindo que uma situação de livre mercado descambasse em externalidades negativas, cujos custos poderiam ser evitados de modo a favorecer todos os *players*. Robert Post insiste na ideia de que o “livre mercado de ideias” pensados como encontros em praça pública para a discussão de temas políticos e sociais possui falhas evidentes, mesmo enquanto metáfora¹⁵⁷. Isso porque todo encontro para um debate pressupõe algumas regras mínimas ou ao menos que haja uma concordância quanto ao tema debatido. Se alguém está predisposto a deliberar sobre o financiamento da educação é preciso uma contra-parte interessada a fornecer os contra-argumentos. Segundo Post, o conjunto de pautas não surgiria espontaneamente, sendo necessário vincular os assuntos a um centro ou instância autorizada a estabelecer uma agenda. Esta agenda impede que discussões desregradas e infrutíferas tomem conta do “mercado de ideias” como se fossem produtos nocivos numa economia ou, ainda, uma espécie de inflação monetária cujo lastro de boas ideias se deteriore.

Um dos casos em que a metáfora do “mercado de ideias” se mostrou improfícua foi em *Time, Inc. v. Hill*, no qual a publicação da matéria pela revista Life tinha um “peso” desproporcional ao que a família Hill poderia ter para desmentir os fatos sobre sua privacidade. Na época, o juiz Harlan apontou que o mercado de ideias competidoras, como descrevera Holmes, não funcionava em alguns casos. Se a família Hill tentasse publicar sua versão dos fatos, não contariam com a publicidade de uma revista influente como a Life, e a verdade por trás da narrativa ficaria inatingível¹⁵⁸.

Salta aos olhos que, no debate americano, não há a noção de igualdade substantiva ou igualdade material. Autores como Yared Legesse Mengistu apontam que teorias liberais defensoras da autonomia individual falham em apontar variações de poder nos grupos que compõem a sociedade, ignorando a dinâmica de preponderância do discurso de uns sobre outros. A proposta formal de igualdade representada pela ideia do “livre mercado de ideias” torna obscura essa

¹⁵⁶ FISS, Owen M., **The Irony of Free Speech**, op. cit., p.57.

¹⁵⁷ POST, Robert, C. “Meiklejohns Mistake: Individual Autonomy and reform of Public Discourse”, In: **Constitutional Domains: Democracy, Community, Management**. Cambridge: Harvard University Press, 1995), p. 268.

¹⁵⁸ LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**, op. cit., p. 67.

desigualdade entre grupos. Somente com um concepção de igualdade substantiva (*substantive equality*) pode-se proceder a uma análise sobre a equiparação dos valores em jogo – questões como essa, porém, saltariam do âmbito deontológico do debate, passando para o caráter instrumental da discussão (“como mitigar os efeitos da desigualdade?”; “como sopesar adequadamente os papéis dos grupos que são vítimas do discurso de ódio?”, etc.). No exemplo oferecido pelo autor, a Etiópia tem de lidar com o desafio de diferentes línguas no mesmo país (assim como acontece em vários países africanos) e a política pautada em etnias rivais que estabelecem poucos idiomas para serem utilizados nos fóruns e debates, excluindo porções inteiras da sociedade do discurso público¹⁵⁹. Em casos como esse, a igualdade deixa de representar um valor genuinamente defensável e toma a forma de pretexto ideológico da dominação dos grupos de maior poder.

A ideia de um mercado de ideias presume, ainda, uma certa ordenação (ainda que espontânea) em direção a um objetivo comum, o que demandaria uma cooperação mínima. Como nota Daniel Sarmiento, tal cenário parece inteiramente contrastante com o discurso de ódio, que inviabilizaria o debate. Uma ideia errada pode ser defendida, mas expressões de ódio não contribuem para o debate e comprometem a continuidade da discussão:

Diante de uma manifestação de ódio, há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência, ou retirar-se da discussão, amedrontada e humilhada. Nenhum deles contribui minimamente para a “busca da verdade” [...]. Portanto, a busca da verdade e do conhecimento não justifica a proteção ao “*hate speech*”, mas, pelo contrário, recomenda a sua proibição¹⁶⁰.

Um Estado garantidor do debate e, ao mesmo tempo, seu mediador, poderia servir para atingir resultados democráticos. Naturalmente, não faltam críticas ao modo “rampa escorregadia” (*slippery slope*) de tal proposta. Em resumo, crítica deste estilo argumentam que o Estado não poderia proibir o discurso de ódio, pois uma restrição desse tipo de discurso importaria num risco de que o Estado ganhe poderes incontroláveis para realizar censuras, descambando em arbitrariedades e defesa de interesses escusos. Não havendo meios de controlar se apenas o discurso de ódio será suprimido, haveria o risco de que visões simplesmente excêntricas ou pouco ortodoxas

¹⁵⁹ MENGISTU, Yared Legesse. “Shielding Marginalized Groups from Verbal Assault”. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p.359.

¹⁶⁰ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31.

do mundo sejam proibidas. Sobretudo, há o risco de uma imposição de determinada visão política, aquilo que vem sendo comumente chamado de “politicamente correto” e, com isso, de se reprimir pontos de vista legítimos ao mesmo tempo em que se beneficia o *status quo* do censor que buscará se manter no poder.

Este tipo de argumento é enfrentado por Fiss como um dilema próprio das regulações. O ônus de controlar tal ação estatal deveria, por isso, recair sobre o Poder Judiciário, uma vez que ele é o único dos três poderes que se encontra relativamente apartado dos interesses governamentais.

O que importa, enquanto construção dogmática, portanto, não é a simples averiguação de um conceito de discurso de ódio que possa ser subsumido a determinadas hipóteses fáticas. Seguindo a proposta valorativa de Fiss, a ponderação de tal discurso e sua influência no âmbito eleitoral precisa responder a seguinte pergunta: “a regulação realmente melhorará a qualidade do debate, ou terá ela efeito oposto?”¹⁶¹. Essa questão supera o modelo do primado pela neutralidade irrestrita, ao mesmo tempo que possibilita análises de mérito caso a caso, prescindindo de uma subsunção conceitual. Consoante a este questionamento, Fiss tece críticas às Cortes americanas em casos como *Saint Paul*, nos quais a medida de invalidação da lei infraconstitucional não foi acompanhada de um corretivo apropriado na forma de medidas regulatórias cabíveis. Ainda permanece incerto se, para além da mera proibição ou permissão, deve haver algum *enforcement* estatal, de natureza injuntiva. No caso brasileiro, a dogmática encontrará o mesmo desafio uma vez que, para além da figura do crime eleitoral, é preciso pensar também na pertinência das sanções estabelecidas no Código Eleitoral, na Lei nº 9.504 de 1997 (Lei das Eleições) e na Lei Complementar nº 64 de 1990 (Lei das Inelegibilidades), isto é, nas sanções de multas, cassação do registro ou do diploma e ainda na consequência de decretação de inelegibilidade do candidato.

Com a ajuda dos argumentos de Fiss é possível obter uma sofisticação à análise do discurso de ódio por meio dos valores que conflitam em torno do debate. Se por um lado a neutralidade surge como um valor necessário à realização livre do debate pela sociedade civil, esta mesma neutralidade pode ser atingida como um objetivo de interesse do Estado, em prol da sociedade civil. A liberdade de expressão, ao mesmo modo, na medida em que se apresenta como um valor a ser defendido como um dos fundamentos da democracia, pode ser robustecida se o Estado oportuniza uma igualdade de meios e recursos para que diferentes pessoas e grupos se expressem com condições mais equitativas de convencimento. Se isso vale para uma sociedade civil heterogênea, o problema das vedações ao

¹⁶¹ FISS, Owen M., *The Irony of Free Speech*, op. cit., p.57.

discurso de ódio fica mais nítido em se tratando de campanhas políticas.

Os problemas do efeito silenciador do discurso e o risco de censura se tornam ainda mais evidentes uma vez que seus efeitos podem decidir à ocupação dos cargos que efetivamente decidirão sobre leis e atos executivos que determinarão os rumos políticos da sociedade – incluso aí, a própria legislação e políticas públicas a respeito do discurso de ódio.

Sendo assim, uma vez que políticos tomam as rédeas dos processos legislativos e executivos responsáveis por conferir parâmetros às vedações (ainda que não absolutos, resguardando a apreciação judicial caso a caso) uma nova questão se impõe. Embora Owen Fiss defenda uma suposta capacidade do Estado em resguardar interesses públicos como mediador dos debates e, para isso, se valer da vedação ao discurso de ódio, ele não deixa claro em que medida esta vedação protege a democracia em si mesma. Afirmamos acima, com base da tese do autor, que um Estado mediador viria a mitigar os efeitos de uma desigualdade entre os *speakers* favorecendo uma equiparação no potencial de convencimento de cada opinião.

Conforme veremos adiante, Ronald Dworkin se insurge contra a ligação imediata desta vedação com a proteção que ela supostamente conferiria à democracia. O Estado poderia, sim, se valer das vedações ao discurso de ódio como uma forma legítima de proteção individual, no sentido de promover a segurança e o bem-estar dos cidadãos; mas paira a dúvida de que com isso se promova a democracia. Para tanto, é necessário entender como a limitação do discurso pode se tornar um problema em si.

2.1.2 O discurso de ódio como violação ou afirmação da legitimidade democrática

Ronald Dworkin lança o desafio:

A liberdade de expressão é um direito humano universal, um direito tão importante que devemos trabalhar para protegê-lo mesmo em nações onde é desconhecido e estranho? É tão importante que devemos tolerar, em seu nome, discursos desprezíveis e prejudiciais em nossa própria sociedade?¹⁶²

A questão demanda refletir se a liberdade de expressão é um direito tipicamente ocidental ou se, fundamentalmente, possui uma universalidade que justifica tolerarmos mesmo as proteções

¹⁶² No original: “Is free speech a universal human right, a right so important that we must work to secure it even in nations where it is unfamiliar and alien? Is it so important that we must tolerate, in its name, despicable and harmful speech in our own society?” (tradução livre) - DWORKIN, Ronald, “Foreword” in: **Extreme Speech and Democracy**, HARE, Ivan e WEINSTEIN, James, eds., Oxford University Press, 2009, p. vi.

mais odiosas, como a pornografia e a ostentação de símbolos nazistas. Dworkin rejeita o argumento instrumental do discurso como um meio para atingir a verdade (como no argumento de Mill) e apresenta sua justificativa em termos deontológicos: viola o valor da dignidade humana governos imporem suas decisões sobre indivíduos discordantes, valendo-se da coerção, sem que essas decisões sejam tomadas respeitando a igualdade e a liberdades dos membros daquele Estado¹⁶³. A democracia pressupõe que as decisões sejam tomadas por meio de um processo político que envolva não apenas os votos, mas também a voz: não apenas em razão da possibilidade de convencimento, mas também no exercício de um papel de agente, operando sobre a ação coletiva e não se submetendo passivamente sem argumentos ou protestos.

Para Dworkin, esse papel de agente é tão importante que mesmo sob a hipótese de ser exercido de modo independente de sua ofensividade e mesmo de sua razoabilidade. Deve sim, argumenta, haver medidas protetivas e política públicas contra a desigualdade e a discriminação de grupos vulneráveis e minorias. Porém, a intervenção no discurso, proibindo determinados conteúdos que, supõe-se, contribuem para a desigualdade e discriminação, acaba por comprometer a única justificativa democrática para a obediência às leis. Em outras palavras, se a liberdade de expressão é tolhida em alguma medida, rompe-se a legitimidade democrática¹⁶⁴. Esse rompimento significa que mesmo as medidas protetivas e políticas públicas contra a desigualdade e a discriminação perdem sua legitimidade. “Em uma democracia, ninguém, não importa quão poderoso ou impotente, pode ter o direito de não ser insultado ou ofendido”¹⁶⁵. Mesmo questões religiosas devem estar submetidas ao princípio democrático – e passíveis de ultraje – se houver leis que permitam a livre escolha de uma religião.

¹⁶³ DWORKIN, Ronald, “Foreword” in: **Extreme Speech and Democracy**, HARE, Ivan e WINSTEIN, James, eds., Oxford University Press, 2009, p. vii. Em grande medida, repete-se a argumentação consolidada em “O Direito da Liberdade”. Segundo Dworkin: “Para muita gente, a responsabilidade moral tem um outro aspect, um aspecto mais ativo: seria a responsabilidade não só de constituir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe. O Estado frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando impede que certas pessoas exerçam essas responsabilidades, jus-tificando o impedimento pela alegação de que as convicções delas as desqualificam” – DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, trad. port. Marcelo Brandão Cipolla, “**O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana**”, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 318).

¹⁶⁴ But we must not try to intervene further upstream, by forbidding any expression of the attitudes or prejudices that we think nourish such unfairness or inequality, because if we intervene too soon in the process through which collective opinion is formed, we spoil the only democratic justification we have for insisting that everyone obey these laws, even those who hate and resent them – Id., p.viii.

¹⁶⁵ No original: “So in a democracy no one, however powerful or impotent, can have a right not to be insulted or offended”. DWORKIN, Ronald, “Foreword” in: **Extreme Speech and Democracy**, HARE, Ivan e WEINSTEIN, James, eds., Oxford University Press, 2009, p. viii.

O argumento, porém, não responde o desafio inicial. A democracia pode ser apontada como um valor ocidental e, portanto, não poderia haver um universalismo da liberdade de expressão em países não-democráticos. Dworkin responde que, ainda que a democracia não seja considerada em si mesma um direito humano universal, há um valor básico de todo governo tratar com igual respeito a todos sob seu domínio. Segundo ele, todos os demais direitos decorrem deste princípio, incluso o direito de expressar a contrariedade frente a governos autoritários. É uma tentação evidente buscar sopesar a liberdade de expressão com outros valores, mas isso destruiria o princípio de igual tratamento. Haveria espaço para que as ideias, gostos e preconceitos daqueles no poder fossem protegidos, beneficiando a uns em detrimento de outros. É um argumento do tipo *slippery slope*, mas além disso aponta para a necessidade de um direito absoluto e indivisível.

Os argumentos de Dworkin foram respondidos por Jeremy Waldron, um dos autores mais destacados sobre o tema. Quando, em 2012, publicou “The Harm in Hate Speech”, Waldron deu início a uma série de questionamentos a respeito do dano causado pelo discurso em si mesmo. Diferente da concepção clássica sobre os limites da liberdade de expressão nos EUA – incitação à violência provável, perigo claro e presente – Waldron foi um dos pioneiros na tese de que alguns discursos causam danos ainda que suas consequências não se concretizem. É o caso, por exemplo, de discursos que correlacionam árabes à terroristas; ainda que não haja uma consequência política efetivamente causada por esse tipo de discurso, ele *em si mesmo* representa um dano àquele grupo, uma vez que o destrói sua dignidade e o afasta da comunidade¹⁶⁶.

O autor reconhece que há efeitos cumulativos dos discursos – aparentemente inócuos – que terminam por gerar indiretamente consequências políticas danosas. Quanto mais o discurso de ódio se propaga e é aceito socialmente, mais chances do grupo vulnerável têm de sofrer as consequências danosas reais que estavam implícitas no discurso. Assim, no caso dos árabes, quanto mais a correlação da etnia com grupos terroristas é aceita, a política de imigração se torna mais opressiva, os empregos se tornam mais inacessíveis e as oportunidades de reconhecimento político são diminuídas. Waldron adota uma percepção do discurso de ódio como problemático principalmente por gerar diretamente um ataque à dignidade e à reputação das vítimas, reconhecendo secundariamente os efeitos políticos concretos (por isso a opção de enquadrar esta discussão como deontológica). Da mesma forma que uma difamação ou injúria possui um dano direto contra a vítima (indivíduo), um ataque por meio de uma publicação que relacione todos os árabes ao terrorismo

¹⁶⁶ WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012, p.5.

ofende diretamente cada árabe que se defronte com aquele conteúdo. Na medida em que o prejudicado perde sua segurança como um membro de igual valor naquela comunidade, ele sofre efetivamente um dano¹⁶⁷. Isto motiva também a separação do discurso de ódio das demais formas de ataques à subjetividade do indivíduo (crimes contra a honra, *e.g.*): no discurso de ódio não se afronta necessariamente os sentimentos, mas a reputação, a dignidade, a inclusão do sujeito na sociedade¹⁶⁸.

Tomando por base o argumento da legitimidade democrática de Dworkin, Jeremy Waldron tece as seguintes críticas: primeiro, é questionável que a atuação de opositores das leis deva ser feita de forma odiosa ou, em outras palavras, que o discurso de ódio deva ser a ferramenta democrática essencial na oposição. É possível estabelecer alguns graus de ofensividade no qual um discurso se opondo a determinada lei é expresso. Esses graus são, grosso modo, expressos por Waldron como argumentos ligados ao interesse pessoal, à economia, ao papel do estado, até à noção de que alguns grupos não mereçam igual tratamento. Uma democracia poderia tolerar este último grau de ofensividade na argumentação? Supondo que sim, é possível estabelecer que argumentos baseados na desigualdade também possuem graus de ofensividade: pode-se discordar de que indivíduos devam ter igual tratamento na sociedade com base em argumentos filosóficos ou ideológicos (uns são o *Übermensch* nietzscheano, outros possuem mais méritos devido ao trabalho e esforço, etc.); pode-se argumentar com base numa teoria científica que aponte diferenças genéticas, e mesmo contatações raciais; pode-se dizer que alguns indivíduos não são diferentes de animais e pode-se dizer que alguns indivíduos são animais a serem exterminados¹⁶⁹. Em que ponto da gradação, pergunta Waldron, seria apropriado criar uma limitação ao discurso sem que isso afetasse a legitimidade de se opor a determinadas leis?¹⁷⁰

Em segundo lugar, Dworkin apontou que limitações a liberdade de expressão acabam por

¹⁶⁷ Importante salientar que, para Waldron, não se trata de um dano eminentemente psicológico, de modo que esta não pode ser a categoria exclusiva para determinar se alguém é ou não vítima do discurso de ódio. Isso porque o dano pode ser psicologicamente ignorado, mas ainda assim a reputação do indivíduo restará prejudicada - WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012, p. 105 e ss.

¹⁶⁸ Waldron define a inclusão (inclusiveness) como “one’s status as an ordinary member of society in good standing, entitled to the same liberties, protections, and powers that everyone else has” - WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012, p.220.

¹⁶⁹ WALDRON, Jeremy. Hate Speech and Political Legitimacy. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 334.

¹⁷⁰ Jeremy Waldron traz o interessante exemplo de uma lei australiana (Australian Racial Hatred Act de 1995) cujo design de limitação determina que não contraria à lei nada que seja dito ou feito razoavelmente e de boa-fé: [...] por meio de frases, publicações, discussões ou debates feitos ou mantidos por genuínos interesses acadêmicos, artísticos ou científicos ou qualquer outro genuíno interesse público (em tradução livre) – id., p. 335.

romper a legitimidade democrática de outras leis, que possam vir a ser feitas sem a participação de alguns na formação da opinião coletiva. Porém, questiona Waldron, o que de fato significa o rompimento da legitimidade democrática? Pode haver um dissenso contra uma lei que regule o discurso de ódio, mas isso não implicaria uma perda total da legitimidade do ordenamento jurídico, levando a uma total desobediência. Ainda assim, um dissenso contra o tipo específico de lei vedando o discurso de ódio não parece tirar a legitimidade das leis que buscam mitigar a desigualdade e a discriminação em outros níveis diferentes no discurso (*i.e.*, políticas públicas de um modo geral, como o amplo acesso à justiça, a distribuição de renda, etc.).

Waldron afirma que a vedação ao discurso de ódio não possui influência em grandes questões nacionais, como a elaboração de leis debatidas pelos grandes partidos de acordo com os preceitos constitucionais dentro de limites já assentados sobre quais argumentos são convincentes e moralmente legítimos para a aprovação de leis. O discurso de ódio, na verdade, existe em “pontos fora da curva” (*outliers*) com pouca expressão política. O real dano do discurso de ódio é seu alto potencial socialmente destrutivo ao criar impressões de que a posição de igualdade dos membros de alguns grupos vulneráveis é menos segura do que aquela sociedade buscou estabelecer em seus fundamentos¹⁷¹. No caso do racismo, haveria um dano ao causar a impressão de que não há segurança quanto ao fato de haver uma igualdade entre seres humanos, retomando classificações hierárquicas com ou sem lastro científico. Afastar essas noções coloca fim ao debate, marcando a legitimidade de leis feitas em nome do combate à discriminação e estabelecimento de condições de igualdade. É certo, conforme aponta Waldron, uma discussão política em aberto sobre quais medidas são legítimas e sua implantação, como no caso das ações afirmativas. Seguindo o argumento contra Dworkin, não faria sentido que se questionasse a legitimidade de uma política quotas baseando-se no fato de que as opiniões racistas não foram devidamente apresentadas no debate público¹⁷².

Numa réplica a Waldron, Dworkin aponta que é duvidoso que existam limites já assentados sobre os argumentos como da dignidade racial, mesmo em democracias maduras¹⁷³. Além disso, no argumento de Waldron conforme formulado por Dworkin, o governo pode criar limitações ao discurso de ódio até determinado grau. Se exagerar nas limitações, as leis feitas para combater a

¹⁷¹ WALDRON, Jeremy. Hate Speech and Political Legitimacy. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 337.

¹⁷² WALDRON, Jeremy. Hate Speech and Political Legitimacy. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 338.

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 342.

discriminação e a desigualdade não contarão com a oposição das opiniões legítimas contra essas leis. Por outro lado, se faltar limitações ao discurso de ódio, as minorias serão desrespeitadas (e, segundo outros pensadores¹⁷⁴, silenciadas no processo de deliberação). É uma questão de balanceamento (*balancing*): excesso de limitações comprometem a legitimidade, falta de restrições ao discurso de ódio causam danos à participação em iguais condições democráticas¹⁷⁵.

Porém, Dworkin encontra problemas na falta de uma diferenciação pressuposta no tratamento igualitário que um governo deve dispensar aos cidadãos, mas que os cidadãos, enquanto agentes privados, não estão obrigados a tratarem-se igualmente. Faz parte do direito à independência ética (*right fo ethical independence*) que o indivíduo desconfie dos valores de outrem e que o governo não interfira nessa relação. Também faz parte da dignidade humana não estar alijada de sua capacidade de desprezar e ser desprezado (*right of others to hold me in contempt*). Imposições feitas a pretexto de colaborar com o respeito que seres humanos devem em relação uns aos outros não justificam o risco de delegar poderes para o governo realizar tais medidas¹⁷⁶. Não é uma questão de “balanço”, portanto: a regulação do discurso de ódio pressupõe uma imposição ética de índole pública, criada a despeito do eventual ponto de vista ético discordante de cada cidadão, cuja dignidade requer que seja mantido incólume. Dessa forma, se o governo possui tais poderes, atenta contra a dignidade e não pode ser considerado legítimo.

Em comentário ao debate travado pelos autores¹⁷⁷, Stephen Holmes aponta que há uma questão subjacente aos argumentos de Dworkin. Por que motivo há tanta insistência na liberdade de expressão como uma condição para a legitimidade da democracia? Especificamente, por que os americanos a defendem com tanta veemência e, ainda mais especificamente, por que determinados segmentos da sociedade civil americana - ACLU¹⁷⁸ e progressistas de esquerda de um lado, e

¹⁷⁴ V. supra, o efeito silenciador do discurso de ódio, segundo Owen Fiss.

¹⁷⁵ DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 342.

¹⁷⁶ Entre nós, concepção similar foi proferida pelo Ministro Celso de Mello na ocasião do julgamento da ADPF n. 187 (Marcha da Maconha). Assim disse: Segue interessante trecho do relatório: "Por isso, a liberdade de expressão protege simultaneamente os direitos daqueles que desejam expor as suas opiniões ou sentimentos e os do público em geral. Quando se proíbe uma manifestação qualquer, viola-se tanto a liberdade dos que são impedidos de exprimir as suas idéias, como também os direitos dos integrantes do público, que são privados do contato com pontos de vista que poderiam ser importantes para que formassem livremente as suas próprias opiniões. Uma idéia fundamental, subjacente à liberdade de expressão, é a de que o Estado não pode decidir pelos indivíduos o que cada um pode ou não pode ouvir".

¹⁷⁷ O debate foi produzido por meio dos artigos: “Foreword”, de Dworkin; “Hate Speech and political letimagy”, de Waldron; “Reply to Waldron”, de Dworkin, conforme citados.

¹⁷⁸ Conforme informa o site da ONG: The American Civil Liberties Union (ACLU) is a nonprofit organization founded in 1920 to defend and preserve the individual rights and liberties guaranteed to every person in this country by the

aqueles que hipocritamente se valem da Primeira Emenda para expressar seus preconceitos, de outro – são especialmente engajados no debate? Um palpite de Stephen Holmes é o de que os Estados Unidos possuem experiências históricas marcantes de medo e ódio: caça aos comunistas, macarthismo, etc. Haveria razões para temer mais a regulação do que o discurso de ódio em si. Tanto é assim, que os argumentos da Primeira Emenda servem a ambos os lados políticos. De modo concreto, as ofensas perpetradas e sua eventual proibição possuem, sempre, razões políticas. Do ponto de vista deontológico, pode-se apresentar o problema como o valor da liberdade de expressão contra a dignidade da pessoa: a ênfase no primeiro reforça a legitimidade do sistema político, a ênfase no segundo reforça a harmonia social¹⁷⁹. Não há, afirma Holmes, uma maneira única de conciliar os dois valores, e o problema passa a ser, afinal, uma questão de *realpolitik*, no sentido de avaliação dos interesses em jogo. A conciliação dos valores pode se dar em benefício de determinado grupo, pendendo para uma ênfase ou para outra, cujo efeito indireto seja o auxílio do governo para determinado interesse. Em resumo, o argumento de Dworkin pode ser apresentado como um alerta para o risco da legitimidade de um governo que decida apoiar, mesmo que indiretamente, determinados interesses, servindo de vingador, o que naturalmente afrontaria a dignidade dos cidadãos. Waldron, por outro lado, afirma que o Estado não atua em favor de ninguém se meramente reconhece alguns pontos de vista que não estão mais substancialmente em debate (como a inferioridade das mulheres). Holmes desconfia desse “fim do debate” sobre questões políticas. Em países como a Hungria e a antiga Iugoslávia que sofreram maciça intervenção sobre discursos e, inclusive, manipulação sobre dados históricos, as questões étnicas nunca terminaram¹⁸⁰. É um risco pressupor que determinados discursos tenham “se encerrado” e, por vezes, a própria repressão é o que marca o retorno do discurso reprimido¹⁸¹.

2.1.3 O papel do discurso de ódio no debate público

Constitution and laws of the United States. Suas pautas incluem oposição à pena de morte; apoiar o casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito das pessoas LGBT de adotar; apoio ao controle de natalidade e direitos ao aborto; eliminar a discriminação contra mulheres, minorias e pessoas LGBT; apoiar os direitos dos presos e opor-se à tortura; e opo-ndo-se à preferência do governo por religião em vez de não-religião, ou por crenças particulares em detrimento de outras.

¹⁷⁹ HOLMES, Stephen. Waldron, Machiavelli, and Hate Speech. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 342.

¹⁸⁰ HOLMES, Stephen. Waldron, Machiavelli, and Hate Speech. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 351.

¹⁸¹ HOLMES, Stephen. Waldron, Machiavelli, and Hate Speech. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 351.

Na argumentação de Robert Post, também é ressaltado o papel do “debate público” (*public discourse*) como fundamento da democracia. Porém, segundo o autor, é possível encontrar espaços em que não estamos diante de um discurso propriamente vinculado a formação da opinião pública nos quais a Primeira Emenda não pode prevalecer sobre os discursos de ódio. Os exemplos não incluem necessariamente os meios privados. Escolas primárias e secundárias, Tribunais e Fóruns, o funcionalismo público nas burocracias (*government employees in bureaucracies*), bem como agentes penitenciários. Não há nenhum comprometimento do debate público ao vedar o discurso de ódio nesses ambientes¹⁸². O desafio é determinar com precisão conceitual o que é a esfera pública do discurso.

Para Post, trata-se de um conceito sociológico que passa a existir com a busca por fatos e informações comuns, determinando a formação da opinião pública. Todavia, esfera pública e o chamado “discurso público” são coisas distintas. Um debate no tribunal no júri, por exemplo, ocorre de forma altamente regulada numa esfera pública, no caso a jurisdição penal. Todavia, os argumentos a respeito da condenação em nada representam a questão constitucional do debate público. As confusões começam quando se pensa, por exemplo, no caso de universidades particulares. Segundo Post, elas existem com um fim específico de produção de conhecimento, o que torna a vedação ao discurso de ódio algo instrumentalmente efetivo. Diferente das universidades, no caso do debate público, os fins não são específicos e estão permanentemente sujeitos a revisão¹⁸³. A esfera pública deve ser encarada como um conjunto de comunidades, cada qual com sua peculiaridade histórica, seus costumes, tradições e normas próprias, que definem reciprocamente a identidade do indivíduo e da coletividade¹⁸⁴. A interpretação constitucional de Post indica que a Primeira Emenda assegura não apenas o “mercado de ideias”, mas também o “mercado de comunidades” que compõe a esfera pública. Portanto, uma vez que diferentes comunidades possuem diferentes normas de civilidade e classificam de modo diferente o que é o discurso de ódio, um dos critérios para a eventual regulação é ter por premissa que nenhuma comunidade pode exercer um total domínio do espaço público sob pena de extinguir os espaços de

¹⁸² POST, Robert. Interview with Robert Post. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 12-13.

¹⁸³ POST, Robert. Interview with Robert Post. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 16.

¹⁸⁴ Nees ponto, Post adere as ideias do sociólogo americano George Herbert Mead – v. POST, Robert. Interview with Robert Post. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 17.

tolerância. Em outras palavras, se não houver algo para além da soma das comunidades – uma ideia de Estado ou ordem social – não haverá motivo para que indivíduos tolerem as comunidades rivais. Sem a ideia de uma união que compartilhe o compromisso de um mínimo de solidariedade por trás da diversidade é difícil estabelecer o que Post chama de “autoria coletiva” (*collective authorship*). Se os cidadãos não experimentam essa “autoria”, isto é, se não captam a ideia de uma política para além dos grupos e segmentos, não se pode falar em democracia. Países como os Estados Unidos teriam uma memória coletiva a respeito de seus valores constitucionais, o que permite ao cidadão - e ao próprio governo - o engajamento numa concepção mais ampla da política, para além do partido ou Presidente em exercício. Na prática, é o que ocorreu na Hungria em 2009, quando a parada do orgulho gay (*gay pride parade*) foi protegida com profissionalismo por um governo radicalmente contrário aos temas ali defendidos¹⁸⁵. Aí está o critério geral de Post para as vedações ao discurso de ódio: deve haver um máximo grau de liberdade, inclusive tendo o próprio Estado por emissor (*speaker*) se necessário; apenas quando incivildades comprometem a ideia de uma comunidade democrática deve haver regulação. Post rejeita explicitamente a instrumentalidade do discurso como uma forma de busca pela verdade ou o valor da autonomia individual como justificativas para a liberdade de expressão – apenas o fundamento democrático serve de base para que o cidadão mantenha o direito de influenciar o discurso público tomando, como regra geral, que manifestações são permitidas e apenas excepcionalmente proibidas. Os casos mais óbvios de proibição envolvem a incitação a violência iminente e provável, tal como vedado em *Brandenburg v. Ohio*¹⁸⁶. Isso não significa uma vedação abstrata ao discurso de ódio, uma vez que é difícil estabelecer as conexões causais do discurso contra a determinado grupo e a violência perpetrada contra ele. O problema se torna ainda mais complexo se pensarmos numa fórmula legal universal aplicável a diferentes contextos. Post indica que a exuberância de fórmulas conceituais do discurso de ódio podem ser resumidas em: definições a respeito do dano causado (violência ou discriminação, *e.g.*); definições baseadas nos tipos de palavras utilizadas; definições ligadas aos princípios protegidos (dignidade da

¹⁸⁵ POST, Robert. Interview with Robert Post. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 18.

¹⁸⁶ Conforme exposto, trata-se do princípio constitucional que garante a liberdade de expressão e imprensa livre, não permitindo que um Estado proíba ou impeça a apologia ao uso da força ou da violação da lei, exceto quando essa advocacia for direcionada a incitar ou produzir ações iminentes sem lei e provavelmente incitar ou produzir tal ação. No original: [...]decisions have fashioned the principle that the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action - *Brandenburg*, 395 U.S., p.447-48.

pessoa humana, *e.g.*); ou ainda nos tipos de ideias apresentadas. A adoção de cada tipo de definição não deve ser arbitrária, mas voltado ao contexto de cada ordenamento, levando-se em conta inclusive as circunstâncias históricas da legitimação que cada país dá para sua democracia¹⁸⁷.

Uma vez que o problema da regulação do discurso de ódio possui raízes na questão constitucional sobre a legitimidade de cada grupo dentro de um contexto democrático, há uma necessidade de averiguar o sentido das narrativas históricas de cada Constituição. Grupos com narrativas históricas diversas criam visões incompatíveis de justiça e futuro, comprometendo a visão ampla de uma unidade por trás das divisões grupais. Justamente esses grupos com narrativas incongruentes são suscetíveis ao discurso de ódio (Post dá o exemplo de Israel e Palestina, e Molnar exemplifica o conflito entre a Eslováquia e a Hungria¹⁸⁸). A história – e o modo como é escrita, sem a manipulação inescrupulosa de governos autoritários – é apontada pelo autor como um dos meios de se atingir uma narrativa estável da memória coletiva, assegurando o pertencimento de diferentes grupos a um mesmo espaço público.

2.2 Discussão instrumental

Todo discurso atende a determinada finalidade. Mas o que é o “discurso” por trás do discurso de ódio? Seguindo a teoria de Karl Bühler, há dois processos fundamentais da linguagem: por meio das *indicações* (dêixis) e *representações* (símbolos)¹⁸⁹. Estes dois processos fundamentam as três funções semânticas da linguagem apresentadas por Bühler por meio da interação entre emissor, receptor e objeto. São elas: função representativa (*Darstellungsfunktion*); função expressiva (*Ausdrucksfunktion*) e função conativa (apelativa) (*Appellfunktion*)¹⁹⁰. Os discursos são desenvolvimentos de premissas que cumprem tanto o processo de indicação quanto de representação. São, portanto, interações que visam estabelecer uma credibilidade do conteúdo apresentado, afetando seu interlocutor de alguma maneira. Charles Leslie Stevenson, de maneira

¹⁸⁷ POST, Robert. Interview with Robert Post. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 31.

¹⁸⁸ POST, Robert. Interview with Robert Post. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**, op. cit., p. 34.

¹⁸⁹“The answer is that linguistic messages there are two closely interlocked fundamental processes which we can and must distinguish in order to understand what is going on. In intercourse using language there is first pointing: things and processes are indicated. That *demonstratio*; I prefer the Greek word *deixis*. Second, there is also representing in linguistic intercourse. Objects and states of affairs are given a formulation in language and are symbolized by words that designate them in the symbolic field of language”. BÜHLER, Karl. *Sprachtheorie*, 1934, trad. ingl. D. F. Goodwin, **Theory of language: the representational function of language**, Philadelphia, John Benjamin Publishing Co., 2011, p. 99.

¹⁹⁰BÜHLER, Karl. **Theory of language**, op. cit. p.34.

pioneira, buscou esclarecer que os discurso de natureza ética (ou antiética) são utilizados com funções predominantemente expressivas e apelativas, ou, no caso da função descritiva, tratam-se de “definições persuasivas”¹⁹¹. Nesse sentido, afirmações morais do tipo “O presidente é ruim” não estavam sujeitos a verificação por meio dos valores verdadeiro ou falso. Stevenson não considera este tipo de afirmação uma descrição da realidade, mas apenas um discurso potencialmente expressivo (algo equivalente a uma expressão de desgosto, como uma vaia) ou prescritivo (algo equivalente ao comando de se substituir o presidente). O fundamento metaético das questões morais era, portanto, a *influência* causada por meio de afirmações ético-normativas. O chamado “emotivismo” atribuía considerável importância para parâmetros que só podem ser vistos, em última instância, como psicológicos. Sob este paradigma, o discurso de ódio deve ser visto não como algo passível do juízo de verdade ou falsidade, mas uma expressão emocional daquele que o profere. Justamente este teor psicológico possibilita a crítica baseada numa aparente falta de critérios objetivos para sustentar a validade dos argumentos oferecidos em favor de determinada afirmação normativa. Em outras palavras, se aplicada a teoria emotivista para compreender o discurso de ódio, fica suspensa a discussão sobre a *validade* dos argumentos¹⁹².

Além da teoria emotivista de Stevenson, há teoria prescritivista de Richard Mervyn Hare. Partindo da filosofia da linguagem de John Austin, mantém-se a distinção entre funções do discurso, argumentando, assim como Stevenson, contra a derivabilidade dos imperativos de afirmações puramente descritivas e afirmando o caráter predominantemente prescritivo¹⁹³. Aplicada ao objeto deste estudo, quem profere um discurso de ódio não busca descrever a realidade, mas chamar atenção para algo a ser feito (um dever-ser). A defesa de Hare do chamado prescritivismo inclui os imperativos e os julgamentos de valor como pertencentes ao gênero do discurso prescritivo, se baseando na premissa de que não pode haver uma dedução lógica de julgamentos morais a partir de enunciados factuais¹⁹⁴.

¹⁹¹STEVENSON, Charles Leslie, **Ethics and Language**, New Haven, Yale University Press, 1944, p.202-27

¹⁹²ALEXI, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*, trad. port. Z. Hutchinson, **Teoria da argumentação jurídica**, São Paulo, Landy, 2001, p. 53-4.

¹⁹³“We have military orders (parade-ground and otherwise), architects' specifications, instructions for cooking omelets or operating vacuum cleaners, pieces of advice, requests, entreaties, and countless other sorts of sentence, many of whose functions shade into one another. The distinction between these various kinds of sentence would provide a nice logician with material for many articles in the philosophical periodicals; but in a work of this character it is necessary to be bold. I shall therefore follow the grammarians and use the single term 'command' to cover all these sorts of thing that sentences in the imperative mood express, and within the class of commands make only some very broad distinctions” – (HARE, Richard. **The Language of Morals**, Transcribed into hypertext by Andrew Chrucky, July 2005, disponível em <http://www.ditext.com/hare/lm1.html>. Acesso em jul. de 2020).

¹⁹⁴HARE, Richard. **Freedom and Reason**, Oxford, Clarendon Papers, 1963, p.2.

Feitas estas considerações, podemos considerar o discurso de ódio como correspondente a uma pretensão de se fazer algo. Com a potencialidade de se alterar a realidade pelo discurso, o discurso de ódio será abordado a seguir em sua função instrumental. Inicialmente, será feita a discussão sobre se a democracia pode ser incrementada (ou violada?) pela limitação ao discurso de ódio; em seguida, de que forma a liberdade de expressão deve ser interpretada para se atender a metas de pluralismo e de ganhos qualitativos no debate (e se o discurso de ódio se harmoniza com essas metas); finalmente, o discurso será avaliado em sua função pragmática de estabelecimento da verdade (e se o discurso de ódio pode também ter tal função).

2.2.1 Limitações ao discurso como incremento à democracia

O problema da limitação ao discurso de ódio é esboçado por Eric Heinze como três desdobramentos, partindo da liberdade de expressão¹⁹⁵.

Em primeiro lugar, há a limitação ao Estado de atentar conta as expressões, mesmo que impopulares, seguindo a lógica de um mandamento liberal de contenção do poder em prol da liberdade.

Em um segundo momento, constata-se que é necessária uma limitação à ofensa que os cidadãos podem sofrer, justamente a limitação que a vedação ao discurso de ódio representa.

Finalmente, uma terceira limitação seriam os contornos que o discurso de ódio pode assumir, impedindo que a aplicação desmedida ou desenfreada do conceito venha a obstar a própria democracia.

Nesses termos, é possível estruturar o debate, agora, em três níveis de atuação: a) pela abstenção do Estado em agir; b) pela ação inibidora do Estado; e c) pela ponderação e técnica de como a ação inibidora deve se relacionar com a abstenção. Na fórmula de Heinze, “o limite no limite no limite imposto à democracia”¹⁹⁶. Como afirmado no início, esta estrutura só faz sentido se parte da liberdade de expressão como valor originário. Para o autor, mais do que uma categoria de luxo dentre os direitos do homem, a liberdade de expressão encontra uma primazia sobre os demais direitos e no tocante a democracia ela é tratada como seu fundamento. Isso porque dentre as várias acepções possíveis, o próprio voto seria um procedimento periódico da prerrogativa de expressão no discurso público. Até mesmo a alteração das regras democráticas só poderia ser feita mediante

¹⁹⁵ HEINZE, Eric. **Hate Speech and Democratic Citizenship**, Londres: Oxford University Press. 2016. p. 2.

¹⁹⁶ HEINZE, Eric. **Hate Speech and Democratic Citizenship**, op. cit., p. 5.

um discurso público apto a convencer da necessidade de mudança. Em mais uma interessante fórmula, o discurso público seria “a constituição da Constituição”¹⁹⁷. Sendo assim, não se cogita em eliminar políticas públicas de proteção à grupos vulneráveis direcionados ao seu bem-estar, mas as imposições quanto ao discurso jamais serão democraticamente benéficas a quem quer que seja. Da mesma forma, Heinze defende que um modelo democrático que promova visões pluralistas e contrário às visões de mundo pautadas no ódio deve ser promovido, mas isso não precisa conduzir à imposições sancionatórias que culminem em punir os cidadãos.

Em Heinze, a democracia é o valor que pode ser posto em risco pelas vedações ao discurso de ódio. Não seria ingênuo tratar do tema como um valor a ser defendido, mesmo que nossa concepção atual de democracia seja hoje constantemente colocada em dúvida pelo distanciamento do cidadão comum ao imenso maquinário administrativo de controle e vigilância. A democracia, tal qual conhecemos, argumenta, continua igualmente alicerçada sobre um discurso público como era no século XVIII. Este discurso público seria definido em termos de uma mensagem dirigida a determinada audiência e diz respeito a algum interesse. Esse interesse não seria necessariamente político, na acepção de uma decisão governamental a ser tomada, mas discursos cujos pontos de vista sejam colocados em confronto. Tanto Heinze quanto Fiss estão de acordo quanto ao fato de que uma imposição estatal à respeito do que é “arte”, por exemplo, atentaria frontalmente a liberdade de expressão¹⁹⁸. É certo que a definição de discurso público subjaz ao próprio fenômeno do discurso de ódio e será necessário sua análise do ponto de vista dogmático a fim de separar os casos em que, de forma evidente, um discurso não pode ser impunemente proferido (como o caso clássico do sujeito que grita “fogo!” no cinema lotado, ou ainda o crime de falso testemunho, traição em tempos de guerra, fraudes comerciais, etc). De todo modo, para o argumento de Heinze, o discurso público será uma esfera pública suficientemente reconhecível cujos pontos-de-vista da audiência são levados em conta para uma decisão¹⁹⁹. Este discurso é considerado o pressuposto básico das democracias.

É certo, ainda, que a democracia tenha se tornado o regime hegemônico no século XX, defendida frente a qualquer regime rival e rapidamente rotulando-o de extremista. A correlação entre o ódio e o extremismo também vem a ser rápida. Diante disso, não faltam respostas a questões

¹⁹⁷ HEINZE, Eric. **Hate Speech and Democratic Citizenship**, op. cit p. 6.

¹⁹⁸ HEINZE, Eric. **Hate Speech and Democratic Citizenship**, op. cit., p. 27; Em mesmo sentido v. FISS, Owen M., *The Irony of Free Speech*, op. cit., p.67 e ss.

¹⁹⁹ HEINZE, Eric. **Hate Speech and Democratic Citizenship**, op. cit p. 28 e ss.

como “pode a democracia ser tolerante com ideias extremistas?” ou, dito de outra forma, “pode a democracia ser democrática com anti-democráticos?”. Respostas para esse paradoxo dependem fundamentalmente de um mínimo acordo prévio sobre o que é a democracia e como ela pode se tornar um valor a ser buscado.

Para tanto, o autor também fará uma distinção entre democracias do tipo LSPD (*longstanding, stable, prosperous democracies*) e non-LSPD. As primeiras representam um seleto grupo de países²⁰⁰ cuja democracia apresenta políticas que asseguram o pluralismo político no *longo-prazo*. São suficientemente *estáveis* no sentido de não haver uma ruptura do debate público por meio da imposição de pontos de vista e são *prósperas* no sentido de possuírem recursos para a proteção individual de vulneráveis. São democracias de um tipo qualificado a ponto de poder admitir todos os pontos-de-vista discursivos sem que isso abale a proteção que o Estado confere aos grupos vulneráveis.

Democracias do tipo non-LSPD, por outro lado, seriam mais suscetíveis a um discurso de ódio que promova reais danos à grupos marginalizados sem que o Estado possa remediar as consequências pelas vias econômicas e sociais²⁰¹. A distinção corrobora o ponto de vista do autor a respeito das vedações ao discurso de ódio nunca constituírem um incremento ou fortalecimento à democracia, mas aparecerem tão somente como um sintoma de que o Estado falhou, em alguma medida, na consecução dos objetivos democráticos.

Assim, vedações ao discurso de ódio nunca são medidas democráticas em si mesmas²⁰². Ademais, argumenta, países do tipo LSPD dificilmente possuem evidências empíricas sobre os danos do discurso de ódio em populações-alvo, uma vez que sua estrutura econômica e social impede que esses danos tenham efeito. Esses países poderiam dispensar as vedações mantendo uma postura “*non-viewpoint-punitive*” como forma de assegurar maximamente à liberdade de expressão. As exceções viriam em casos nos quais as condições extremas demonstrassem que o discurso de ódio pode, empiricamente, causar distorções e prejuízos sociais não corrigidos pelas medidas socio-

²⁰⁰ O autor se vale de critérios próprios, conforme visto à seguir, mas utiliza de modo basilar a lista do “Democracy Index report”, cujos critérios de avaliação da democracia em diferentes países são, entre outros: processo eleitoral, participação política, cultura política, liberdades civis, etc. Nos primeiros lugares figuram Noruega, Suécia, Islândia, Dinamarca, Nova Zelândia, Austrália, Suíça, Canadá, Finlândia, Luxemburgo, Holanda, Irlanda, Áustria, Reino Unido, Alemanha, Malta, Uruguai, Ilhas Maurício, EUA, Japão, República Tcheca, Coreia do Sul, Bélgica, Costa-Rica e Espanha – v. HEINZE, Eric. **Hate Speech and Democratic Citizenship**, op. cit., p. 70.

²⁰¹ HEINZE, Eric. **Hate Speech and Democratic Citizenship**, op. cit., p. 70-75.

²⁰² HEINZE, Eric. **Hate Speech and Democratic Citizenship**, op. cit. p. 71.

econômicas²⁰³.

O argumento de Heinze nos conduz à conclusão de que o Brasil, não pertencendo ao rol de LSPD's, poderia adotar vedações ao discurso de ódio. Diferente de Owen Fiss, Waldron e Dworkin, Heinze não utiliza da argumentação deontológica, baseada no conflito de valores, para estabelecer as condições nas quais o discurso de ódio seria tolerável sob pena de atentar contra a democracia. A exigência empírica de danos causados pelo discurso de ódio, todavia, permanece uma incógnita científica. Quais critérios possibilitariam, de fato, estabelecer a relação causal do discurso de ódio – disseminado, difuso e muitas vezes discreto – com danos aos grupos vulneráveis? Além disso, se provado não haver um nexos entre a tolerância de tais discursos com os danos à segmentos, ainda assim não se poderia descartar danos de natureza individual. Esses tipos de danos são os que ocorrem necessariamente, uma vez que apenas uma pessoa, no sentido elementar do termo, pode se ofender. Ainda que suas condições sociais e econômicas sejam resguardadas por políticas públicas numa LSPD, é incontornável o direito pessoal de não se submeter ao discurso de ódio obtendo reparação em algum nível.

2.2.3 A liberdade de expressão como meta pluralista e qualitativa

O pensador americano Cass Sunstein estabelece que o valor da liberdade de expressão, tal como instituído na Primeira Emenda, deve ser lido pelo viés da soberania popular criada nos Estados Unidos pós-independência. Seu argumento é o de que a Constituição Americana inovou ao criar um modo de governo no qual o povo, e não mais o rei ou uma forma institucional de governo, era expressamente declarado como soberano. As deliberações não deveriam mais serem baseadas num critério de autoridade ou privilégios, mas no conjunto de argumentos (*arguments set*) de maior persuasão²⁰⁴. Esse postulado possui uma ligação direta com a liberdade de expressão, tal como descrito principalmente por James Madison no debate pela inconstitucionalidade do *Sedition Act*. Sunstein argumenta que a proteção ao discurso só faz sentido, portanto, no contexto das aspirações democráticas, especialmente nos casos em que se debate a regulação do financiamento de campanhas políticas e o processo eleitoral em geral²⁰⁵. Assim, haveria duas “metas madisonianas” (*Madisonian goals*) a serem atendidas pela regulação Primeira Emenda: (i) regras que intensifiquem

²⁰³ HEINZE, Eric. **Hate Speech and Democratic Citizenship**, op. cit. p. 77.

²⁰⁴ SUNSTEIN, Cass R., **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit, p. 14.

²⁰⁵ SUNSTEIN, Cass R., **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p.16.

o debate de qualidade e (ii) que assegurem a diversidade de pontos de vista²⁰⁶.

O conjunto de argumentos contra e a favor de uma regulação dos discursos pode ser organizado como dois grupos: um deles, os absolutistas (*absolutism*), atribuem uma liberdade de expressão plena, cuja regulação é injustificável em todos ou quase todos os casos²⁰⁷; o outro grupo, da regulação razoável (*reasonable regulation*), afirma que a regulação é legítima, encontrando para isso justificativas diversas. Tendo em vista o debate no âmbito deontológico, como uma operação ou conflito entre a preponderância de valores ou as melhores atitudes a serem tomadas, Sunstein faz uma lista de cinco grandes grupamentos de ideias que norteiam o debate.

A primeira delas é a concepção um tanto informe de que o governo é essencialmente um “inimigo da liberdade de expressão”, e qualquer regulação é uma ameaça à soberania popular.

A segunda atribui ênfase à neutralidade do Estado, cujo esforço regulatório acabaria necessariamente por privilegiar alguns discursos em detrimento de outros, malversando da prerrogativa legislativa que lhe é conferida.

O terceiro grupamento de ideias sugere que a liberdade de expressão não é limitada aos discursos políticos. Em primeiro lugar, haveria uma dificuldade inerente à definição de “política” e ao atribuir a tarefa de separar atos políticos e não-políticos ao Estado, já se estaria concedendo um poder demasiado. Em segundo lugar, a definição de determinados temas políticos não exclui a pertinência de outros valores na esfera pública cuja proteção constitucional pode ser pleiteada. Uma forma provocativa e crítica de arte, por exemplo.

Quarto, quaisquer restrições dão início a uma progressiva ameaça aos discursos anteriormente aceitos de modo amplo. Esse argumento ao estilo “rampa escorregadia” (*slippery slope*) aparece frequentemente sinalizando para o risco de censuras inicialmente inócuas, mas que avançam para a repressão ostensiva.

Quinto e último, há o argumento do balanceamento (*balancing*) de interesses como método de regulação. Segundo esse argumento, as restrições só devem ser feitas se o governo apresenta bons motivos ou finalidades para tal. A crítica é a de que juízes não devem comparar o valor do discurso contra o dano, pois isso os coloca o sofrimento das potenciais vítimas como um parâmetro

²⁰⁶ SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p.37.

²⁰⁷ Cass Sunstein pondera que ninguém é realmente absolutista no sentido de permitir uma liberdade de expressão irrestrita a ponto de permitir condutas delituosas, como perjúrio, ameaça, propagandas enganosas, oferta de propinas e conspirações contra criminosas. O discurso político é o mais protegido em termos constitucionais, e pode ser reconhecido com um núcleo de irrepreensibilidade dos argumentos absolutistas - SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p.132.

supostamente objetivo a ser equacionado, escamoteando vieses e discriminações.

Esses grupamentos argumentativos foram, em grande medida, o campo de batalha em que os casos da Suprema Corte foram guerreados de 1925 a 1970. A partir deles foram criadas as doutrinas jurídicas regulatórias, como as *Fighting words*, os critérios para obscenidade (*prurient interest*), as limitações ao direito de expressão comercial, etc. A partir da década de 70 as questões foram embasadas em novos tipos de argumentos. Discutia-se, principalmente, se os discursos tinham um valor alto ou baixo (*high/low value*) no sentido de qualificar a contribuição para o debate político e, uma vez que o valor fosse considerado baixo, ou seja, inócuo para uma deliberação argumentativa num contexto de decisões democráticas, o discurso seria mais suscetível à regulação ou mesmo à proibição. É o caso de leis comerciais, vedando formas de propaganda, ou proibições de obscenidade e difamações de pessoas privadas²⁰⁸. Os mais altos valores representam debates políticos de primeira ordem e, argumenta Sunstein, só deveriam ser regulados tendo em vista as metas democráticas de Madison: (i) conferir uma abordagem mais ampla e profunda das questões debatidas, e (ii) assegurar a diversidade dos pontos de vista. A distinção entre *high/low values* é importante, sobretudo, pois se os discursos políticos receberem o mesmo tratamento dos demais, haverá tão somente o critério do dano (*harm*) para justificar uma eventual regulação. O problema de utilizar apenas esse critério é equiparar um eventual dano político – digamos, uma matéria jornalística que pode conduzir a um processo de impeachment – a danos de natureza pessoal ou psicológica – como uma matéria jornalística de fofocas televisivas que leve ao fim da carreira de um ator. Se não for feita a distinção entre *high/low values*, nos dois casos a justificativa jurídica para a regulação terá de ser a mesma. Sunstein argumenta que com essa equiparação ou o discurso político será rebaixado ao nível de uma fofoca, ou a fofoca será elevada ao nível de um debate político. Evidente que em ambos os casos, as metas democráticas se tornam mais distantes²⁰⁹.

2.2.4 Discurso como instrumento para a verdade

²⁰⁸ Sunstein reconhece que uma doutrina conceitual que delimite exatamente quais são os discursos de baixo valor (*low value speech*), ainda não existe e é um dos fatores que causam confusões sobre os limites da liberdade de expressão. A distinção de categorias de valores altos e baixos, porém, já se encontra sedimentada. Sua proposta para uma definição de alto valor, ou seja, que entre na categoria de discurso político é “*when it is both intended and received as a contribution to public deliberation about some issue*” - SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p. 135.

²⁰⁹ SUNSTEIN, Cass R, **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p.137-38.

Em John Stuart Mill nota-se a abordagem instrumental do discurso como ferramenta para chegar à verdade. Haveria, ademais, o irremediável equívoco em silenciar uma opinião discordante que possa se revelar verdadeira ou ao menos útil como um erro a não ser repetido:

“O mal peculiar de silenciar a expressão de uma opinião é que isto é um roubo a raça humana; tanto a posteridade, como a geração existente; tanto aqueles que discordam da opinião, quanto ainda mais do que aqueles que a sustentam. Se a opinião está correta, eles são privados da oportunidade de trocar os erros pela verdade: se está errada, perdem, o que é um benefício quase tão grande, a percepção mais clara e a impressão mais viva da verdade, produzida por sua colisão com o erro”²¹⁰.

A falibilidade dos argumentos, posteriormente evocada por filósofos do século XX como Karl Popper e Charles Sanders Peirce, é suscitada por Mill como um mecanismo de verificação de ideias quando postas em debate num ambiente hostil no qual dariam provas de sua validade. A mesma proposta é apresentada por Holmes em *Abrams*, ao afirmar que:

“...quando os homens percebem que o tempo abalou muitas religiões conflitantes, podem chegar a acreditar ainda mais do que acreditam nos próprios fundamentos de sua própria conduta de que o bem final desejado é melhor alcançado pelo livre comércio de ideias - que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento de ser aceito na competição do mercado, e essa verdade é o único fundamento sobre o qual seus desejos podem ser realizados com segurança”.²¹¹

Conforme nota Nicholas Wolfson, esta premissa é realçada, hoje, na concepção pragmatista da verdade. A possibilidade de uma verdade ser “descoberta” por meio do debate pressupõe que aquilo que chamamos de “verdade” seja algo pré-existente e independente da intervenção humana para persistir. O pragmatismo critica essa concepção, propondo, grosso modo, que a verdade é algo alcançado mediante um processo de debate e consenso, o que permite uma ligação direta com a pertinência do regime democrático e liberal como um ambiente político adequado para esse fim. O filósofo Richard Rorty estabelece essa ligação:

²¹⁰ MILL, John Stuart, **On Liberty**, ed. por David Bromwich e George Kateb. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 87

²¹¹ No original: “when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out” - “Abrams v. United States.” Disponível em: Oyez, www.oyez.org/cases/1900-1940/250us616. Acesso em 9 mai. de 2020.

É central à ideia de uma sociedade liberal que, no que diz respeito às palavras, em oposição às ações, à persuasão, em oposição à força, qualquer coisa serve. Essa abertura da mente não deve ser fomentada pelo fato de as Escrituras ensinarem que a Verdade é grande e prevalecerá, nem porque, como Milton sugere, a Verdade sempre vencerá em um encontro livre e aberto. Deve ser promovida por si mesma. Uma sociedade liberal é aquela que se contenta em chamar de "verdadeira", seja qual for o resultado de tais encontros²¹².

A abordagem pragmática da verdade não exclui sua existência, nem afirma que o resultado direto de qualquer consenso será inequivocamente verdadeiro, nem tampouco nega verdades pré-existentes ao debate (existe água em Marte? Uma árvore que ninguém vê é realmente balançada pelo vento? etc.). Para compreender a questão do pragmatismo epistemológico, o filósofo John Dewey explica que o “descobrir” algo não significa obter algo pré-existente e completamente acabado. Quando o continente americano foi descoberto por nativos, não houve propriamente uma descoberta até o momento em que aquela nova terra fosse utilizada para alterar os conceitos anteriores. Assim, um mapa é parte da realidade tanto quanto o continente recém-descoberto. A verdade não é algo encontrado, mas algo construído e mutável pelo processo contínuo de investigação e debate²¹³.

Se, no caso da pesquisa científica, já é praticamente um consenso que só há avanços mediante a disputa reiterada sobre conclusões falíveis, no caso do debate político esta ideia ainda é questionável. Ademais, o debate científico é conduzido por especialistas em cada área; deve o mesmo ocorrer na política? A proposta pragmática não encara todos os pontos-de-vista como equivalentes, nem igualmente bons. Embora o anti-pragmatismo afirme que a discussão pragmática possa ser inócua em alguns casos – fazendo dos debatedores apenas advogados de ideias, sobre as quais não é possível decidir –, o pragmatismo se assenta no teste do tempo, acreditando que apenas boas ideias sobreviverão. Não se trata de um puro ceticismo, nem tampouco de relativismo, mas uma suposição de que o debate serve de instrumento para alcançar a verdade, mas esta não possui uma garantia transcendente. Diferente de uma dúvida cartesiana, que coloque tudo em suspenso para investigação livre de suposições, a proposta do pragmatismo considera alguns fatos e valores como consolidados para prosseguir o debate a partir de determinado ponto. Também não há uma afirmação da preponderância lógica ou puramente racional, mas a constatação de que a busca da

²¹² RORTY, Richard. “Contingency, Irony and Solidarity”, 1989, apud WOLFSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**, Westport: Praeger Publishers, 1997, p.12.

²¹³ DEWEY, John. “Experience and Nature”, 1926, apud WOLFSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**, op. cit., p.14.

verdade não dispensa o uso retórico, metafórico, simbólico, poético e mesmo político de alguns argumentos²¹⁴. Por isso, se defende que a liberdade de expressão não se limita aos debates cujo valor seja diretamente constatável. No que diz respeito ao debate fora da arena científica, é próprio das decisões política, religiosas e morais que elas sejam tomadas ponderando incertezas²¹⁵, na ausência de fatos ou informações acuradas²¹⁶.

Sendo assim, uma vez que o pragmatismo parte de alguns pontos de vista consensuais fora de disputa e já consolidados pelo debate (seja político, acadêmico ou moral), seria intuitivo crer que, para os pragmatistas, os discursos de ódio devem ser postos de lado uma vez que não há qualquer chance de vir a serem reinseridos no debate. Não haveria motivações axiológica ou científicas para sustentar apologias da inferioridade dos negros ou da subordinação das mulheres, o que tornaria essas ideias pragmaticamente dispensáveis.

Mas Wolfson adverte sobre dois riscos nesse modo de pensar. O primeiro é o descuido para com a política da proibição descambar na arbitrariedade política sobre quais são os discursos consensuais (um argumento do tipo *slippery slope*): em que medida o marxismo não estaria “refutado”, tornando lícita sua proibição? Outro risco, em paralelo com o poder de decisão sobre o consenso, é o poder de decisão sobre a aceitação de determinados valores positivos que a sociedade deve acatar e manter para seu desenvolvimento. É o caso, por exemplo, da defesa do ateísmo numa sociedade majoritariamente religiosa em que há franco consenso sobre a importância do valor religioso.

Portanto, assim como o pragmatismo rejeita a ideia de uma garantia transcendente da verdade, não deve haver valores ou afirmações fora de dúvida. Não haveria valor num “mercado de ideias” se algumas ideias fossem postas como indiscutíveis, frente às quais não há argumentos. É possível objetar que alguns posicionamentos, além de consensualmente falsos, são perigosos e contrários à democracia que subjaz a ideia da liberdade de expressão. Os discursos de ódio racial e de gênero poderiam ser limitados, sem que descambasse na proibição de outras ideias? Wolfson é cético quando a esta possibilidade política, uma vez que a simples nomeação do Poder Executivo

²¹⁴ WOLFSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**, op. cit., p.19.

²¹⁵ No mesmo sentido, pondera Jorge Miranda, à respeito da regra da maioria, que esta é um critério de decisão: “A maioria, naturalmente, não é um critério de verdade, é apenas um critério de ação. Tem por objeto decisões políticas, não decisões de foro não político” e, portanto, obtempera que “quando se suscitarem problemas de verdade, sejam quais forem – religiosos, morais, filosóficos, científicos ou técnicos – não cabem decisão por maioria” uma vez que “para que a democracia subsista, a maioria de certo momento não pode reduzir ao silêncio a minoria” – (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Portugal: Coimbra, 1998, p. 34).

²¹⁶ WOLFSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**, op. cit., p. 20.

para a função interpretativa da Primeira Emenda (similar à nomeação presidencial dos ministros do STF) já abre espaço para o abuso na definição de temas a serem limitados. Se alguns discursos se apresentam como evidentemente falsos, ou mesmo perigosos no longo prazo, este é, para Wolfson, um fardo com o qual a defesa de ideias verdadeiras tem de lidar continuamente²¹⁷. Todavia, é necessário examinar em pormenor os argumentos dos defensores da proibição do discurso de ódio. Para tanto, se parte de consensos entre os defensores da proibição e os defensores da não-proibição.

Há dois consensos de natureza empírica que subjazem ao discurso de ódio: o primeiro, de que ele não se sustenta cientificamente (como a afirmação da superioridade dos brancos, a inferioridade das mulheres, a ganância e desonestidade dos judeus, etc.); o segundo, de que há um dano real às vítimas, que se sentem psicologicamente ameaçadas, humilhadas ou diminuídas em alguma medida. Há, além disso, o consenso de natureza instrumental de que o discurso de ódio não possui um relevante valor social na consecução de fins direcionados ao bem comum. Nesse ponto, questiona-se, por que não proibir? Wolfson lança cinco argumentos.

O primeiro diz respeito a extensão do conteúdo a ser proibido. Uma limitação estreita demais, como a proibição de um xingamento direto (“*nigger*”, “*kike*”, etc.) pode ser inócua em termos de proteção. Obras intelectualmente relevantes como “O Mercador de Veneza” de Shakespeare, ou, entre nós, obras de Monteiro Lobato, poderiam passar livres de censura, o que cria uma distinção indesejável entre níveis de permissão: as manifestações populares (*blue collar*) seriam puníveis, enquanto uma elaboração um pouco mais sofisticada seria suficiente para imunizar o discurso da proibição, preservando, ao fim, a alta sociedade (*preservation of upper-crust mud*)²¹⁸. A fim de evitar essa teoria elitista de proibições, Wolfson afirma que é preferível não proibir nenhuma delas.

Em segundo lugar, não há como restringir o conteúdo baseado na sua intensidade emocional. Discursos emocionais e virulentos podem chamar mais atenção, mas aqueles realizados com sobriedade e placidez podem ser igualmente perniciosos às vítimas, com o agravamento de se revestirem

²¹⁷ WOLFSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**, op. cit., p.27.

²¹⁸ Wolfson, de forma irônica, dá exemplos contundentes de conteúdos nesta categoria: “From my reading of the New Testament, I have concluded that Jews were responsible for the death of Christ. From my perusal of that great classic, *The Merchant of Venice*, I have concluded that Jews are greedy. From my study of Marx's work on the Jews, I have decided that they are inherently purveyors of the worst excesses of the capitalist system. From my reading of the UN General Assembly resolution passed on November 10, 1975, declaring Zionism "to be a form of racism," I have ascertained that Zionism is indeed racism. From my reading of Richard Wagner and the writer Ludwig Feuerbach, I have determined that Jews are depraved elements in the body politic. Hence, please leave this school or, better yet, leave the country”. - WOLFSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**, op. cit., p.50.

de uma autoridade racionalista para uma maior legitimidade²¹⁹. Além disso, alguns discursos simplesmente não podem ser expressos de maneira estritamente lógica e técnica, uma vez que as opiniões em conflito são legitimamente valorativas, como na disputa a respeito do que pode ser considerado arte. Tais discursos podem ser tão agressivos na disputa argumentativa ou crítica que é incontornável o fato de que algum dano será causado nos opositores, tal como no discurso de ódio. Nem por isso se decide que a crítica deva ser proibida²²⁰.

O terceiro argumento versa sobre o dano emocional, social e psicológico causado pelo discurso de ódio; porém, caberá ao poder instituído, governamental ou judiciário, decidir um padrão de segurança para o discurso a fim de permiti-lo. O risco de se criar um obstáculo a função instrumental do discurso é grande: Wolfson nota que muitos discursos inflamados e que infligiram patente dano emocional aos adversários foram, igualmente, exemplos de críticas bem sucedidas – a exemplo do debate entre C. S. Lewis e Elizabeth Anscombe sobre a existência de Deus, ou ainda, podemos citar, no âmbito do direito eleitoral, os debates políticos televisionados²²¹.

Quarto, é possível distinguir entre o discurso ofensivo indireto (realizado por meio de livros, televisão, etc.) e a ofensa direta, como insultos “cara-a-cara”. Ou ainda: um discurso direcionado a grupos vulneráveis é algo distinto do discurso direcionado a um indivíduo representante desses grupos. Outra diferença possível, ainda, é se este indivíduo é uma pessoa comum ou um representante político, que representa publicamente (seja pelo mandato ou pela difusão de opiniões) os integrantes de determinado grupo. Essa distinção é levada em conta, por exemplo, em *Hustler Magazine v. Falwell*, no qual a Suprema Corte assentou que pessoas públicas não poderiam alegar o sofrimento emocional causado intencionalmente pelo discurso de outrem (*intentional infliction of emotional distress*), sem antes mostrar que tal discurso é objetivamente falso. É uma forma de assegurar que particulares obtenham o resguardo frente a ataques que lhes inflijam dano pessoal, mas expõe pessoas públicas às críticas mais extremas²²². Wolfson critica a invasão na esfera privada,

²¹⁹ Nesse sentido, ver a crítica de Jessé de Souza ao ideário weberiano que distinguiu entre sociedades “avançadas” e “atrasadas” como um equivalente funcional do racismo científico – SOUZA, Jessé. Conferência: Reinterpretação Crítica do Brasil Contemporâneo. 2015. Disponível em: <https://epge.fgv.br/conferencias/reinterpretacao-critica-do-brasil-2015/>. Acesso em abril de 2020.

²²⁰ WOLFSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**, op. cit., p.53-56.

²²¹ WOLFSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**, op. cit., p.57-59.

²²² A fórmula americana guarda algumas semelhanças com o direito penal brasileiro. O crime de difamação, no art. 139, parágrafo único, dispõe que a exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. O ônus da prova cabe a quem difama, devendo provar o fato ofensivo imputado. Porém, no crime de calúnia, disposto no art. 138, sequer se admite a exceção da verdade para crimes imputados a funcionários públicos. É dizer: contrariamente ao modelo americano, é oferecida a proteção máxima ao membro do Estado, enquanto o particular recebe menos resguardo jurídico.

seguindo o argumento de que o Estado não encontrará limites para a qualificação sobre condutas cívicas ou não. Os discursos no âmbito privado também subjazem ao processo democrático. As economias locais, a deliberação sobre questões de interesse local nos municípios e mesmo as opiniões íntimas expressas por “fofoca” (*gossip*) são materiais que formam a convicção do eleitor, não havendo porque distingui-las, neste âmbito, de um discurso denominado “público”. Por fim, Wolfson contesta a ideia de que um insulto direcionado pessoalmente é mais grave do que um discurso genérico. Livros ou programas de televisão possuem uma difusão necessariamente maior do que uma relação verbal entre duas pessoas. Ainda que suas consequências não sejam verificáveis diretamente, é plausível que as consequências de um discurso de ódio disseminado genericamente por uma plataforma de comunicação social sejam mais danosas²²³.

Quinto, há uma certa congruência entre a difamação e o discurso de ódio. Na doutrina americana, o primeiro é amplamente considerado como uma causa de pedir (*actionable*), não protegido pela Primeira Emenda. Poder-se-ia argumentar que, assim como a difamação é falsa e causa danos, o discurso de ódio também não contribui para a verdade e por isso deve ser censurado. Mas essa analogia se baseia numa falsa simetria entre o conteúdo dos dois discursos: a difamação se baseia em *fatos* (ainda que falsos), o discurso de ódio se baseia em *opiniões*, cuja pertinência não pode ser medida pelo mesmo critério da veracidade. Dizer algo do tipo “Odeio você e seu grupo, vocês me dão nojo” é verídico sob o ponto de vista da subjetividade íntima de quem profere as palavras, mas não faz referência a nenhum fato. Sendo uma opinião, deve receber a proteção da Primeira Emenda. Porém, a distinção entre fatos e opiniões não é isenta de polêmicas. Fatos possuem mais condições de credibilidade? Mas, questiona-se, essas condições são *subjetivas* (como no *fato* de eu acreditar nos dogmas católicos), são *objetivas* (há de fato razões para a crença nos dogmas católicos), ou ao menos *prováveis* (há mais razões favoráveis do que contrárias)? A qual critério um magistrado recorreria para estabelecer essa distinção e fundamentar a permissividade de um discurso de ódio que seja baseado em fatos para a busca da verdade e proibir um discurso de ódio que expresse uma opinião? Wolfson não se furta a apresentar propostas filosóficas que desconfiam da objetividade proclamada dos fatos diante das opiniões. O problema exige um excursão na epistemologia. Para o filósofo francês Jacques Derrida, um texto jamais pode ser considerado como um manancial objetivo de ideias, cujo sentido é extraído em exata conformidade com as intenções do autor. Pelo contrário, a interpretação é uma tarefa subjetiva – e, em certa medida,

²²³ WOLFSON, Nicholas. *Hate Speech, Sex Speech, Free Speech*, op. cit., pp. 63-67.

criativa – do leitor. Se isso vale para um texto literário também vale para normas, para a história e para a realidade como um todo. Assim, a distinção entre fatos e opiniões se torna obscura. Na perspectiva marxista, a construção dessa realidade intersubjetiva é permeada de relações de poder, terminando por construir instituições opressoras em vários níveis, desde as universidades até o Poder Judiciário e os responsáveis pela interpretação da Primeira Emenda²²⁴. No nosso caso, questiona-se até que ponto a interpretação não serve de justificativa simbólica do poder. Diante desse impasse epistemológico, a questão volta a ser política. Quer se proteja o discurso multiculturalista de defesa das minorias, quer se proteja os interesses dos opressores (como a interferência que a Suprema Corte realiza no caso se discursos comerciais, vedando várias práticas empresariais que não receberiam a mesma proteção no caso de pessoas privadas), em ambos os casos têm-se o risco de enrijecimento de uma proposta de sociedade que desafia as visões contrárias e busca, sob os auspícios da interpretação constitucional, censura-la. Se é assim, é preferível, argumenta Wolfson, que o Poder Judiciário não intervenha na disputa servindo ao papel político instrumental de uma ou outra vertente na proibição do discurso de ódio. A busca pelo direito individual contra a difamação pode se dar de acordo com as provas fáticas no caso concreto, mas o mesmo não se espera de uma litigância contra um discurso que seja a opinião sobre determinado grupo²²⁵.

Os argumentos de Wolfson são, em suma, contra a proibição do discurso de ódio. Embora polêmicos, adentram em questões epistemológicas necessárias para a compreensão do discurso de ódio como um elemento que não se submete a mera tipificação penal ou conceptualização normativa. Esses argumentos servirão de base para elencar um padrão instrumental do discurso de ódio, ajudando na tarefa de defini-lo a partir de seus elementos mais frequentes. Conforme visto, Wolfson busca superar algumas distinções que aparentam certa legitimidade para definir o discurso de ódio, mas são falsas. Podemos resumi-las como falsas-distinções baseadas em (i) ódio vulgar/ ódio sofisticado; (ii) ódio agressivo/ ódio pacífico; (iii) ódio emocional/ ódio racional; (iv) ódio contra o indivíduo/ ódio contra um grupo; (v) ódio expresso por fato/ ódio expresso por opinião.

2.3 Discussão empírica

Feitas as contatações a partir de uma metodologia deontológica e instrumental sobre o discurso de ódio, cabe agora considerar a perspectiva empírica, isto é, a discussão na qual o discurso

²²⁴ WOLFSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**, op. cit., p.73-75.

²²⁵ WOLFSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**, op. cit., p.75-76.

de ódio aparece de modo concreto e mensurável, com consequências identificáveis e baseadas na observação direta dos fenômenos. Partiremos da discussão presente em Stuart Mill, pioneiro na consideração do dano concreto do discurso, afastando seus aspectos morais. A seguir, seguindo a mesma proposta empírica, mas aplicando a moderna metodologia da análise econômica do direito, abordaremos o discurso de ódio a partir das considerações de Richard Posner.

2.3.1 Discurso de ódio como dano pessoal

Dentre os autores que buscaram uma argumentação empírica, baseada num dano concreto e pessoal do discurso de ódio, Stuart Mill foi o pioneiro. O critério do dano seria o critério moral de proteção do indivíduo, que impedirá a criminalização (ou a censura social da opinião pública)²²⁶ arbitrária das discordâncias. Em *On Liberty*, Mill se preocupa com a liberdade do pensamento e do debate, explicitando a formulação liberal do problema: aqueles que desejam restringir o comportamento das pessoas devem demonstrar qual prejuízo sofreriam se não agissem assim ²²⁷.

O propósito do ensaio de Mill é demonstrar, de modo simples, que apenas a auto-proteção (self-protection) permite intervir na liberdade de outrem, resguardado a comunidade de um dano. Essa seria, em suma, a doutrina do princípio do dano (*harm principle*). O governo (bem como qualquer instituição) só poderia interferir na liberdade de ação do indivíduo para a proteção de danos a outrem.

Segundo Richard Posner, a qualificação do dano é a chave para compreender a fundo a ideia de restrição de Mill²²⁸. Apenas danos “temporais” (*temporal*), em oposição à espirituais, podem ser objeto de intervenção. Danos, portanto, concretos, tangíveis, materiais, físicos, econômicos ou, se emocionais, focados e diretos. A preocupação de Mill, segundo Posner, é evitar uma sociedade que interfira na autonomia do cidadão, seja de modo hostil ou ainda se bem-intencionada. A questão de

²²⁶ Conforme nota Jeremy Waldron, em ensaio sobre a obra de Mill, ela versa sobre aspectos de uma tirania social informal, não necessariamente estabelecida por políticos. Sobre o tema, v. WALDRON, Jeremy. Mill as a Critic of Culture and Society In: **Rethinking Western Civilization: John Stuart, On Liberty**, ed. por David Bromwich e George Kateb. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 224 e ss.

²²⁷ “The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion. That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others - (MILL, John Stuart, **On Liberty**, ed. por David Bromwich e George Kateb. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 80).

²²⁸ POSNER, Richard. On Liberty: a Reevaluation. In: **Rethinking Western Civilization: John Stuart, On Liberty**, ed. por David Bromwich e George Kateb. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 197 e ss.

fundo, compartilhada com Jeremy Bentham e James Mill (pai de John Stuart Mill) seria o objetivo último da humanidade em alcançar a plenitude de seus poderes, sejam artísticos, intelectuais, científicos, etc. Para tanto, não se poderia criar obstáculos como vedações à liberdade de expressão, permitindo um ambiente de rivalidade sadia entre diferentes ideias.

Esta rivalidade de ideias seria benéfica tanto a nível de um argumento quanto à nível cultural e aí a defesa de Mill para as diversas “experiências de viver” (*experiments in living*) que, segundo ele, teriam propiciado o desenvolvimento do continente Europeu. Ao contrário de sociedades mais homogêneas – cita o exemplo da China –, o sincretismo de diferentes povos e classes favoreceria o progresso social e intelectual²²⁹. Essas “experiências” deveriam ser encorajadas e jamais estigmatizadas – quer pelo Estado ou pela opinião pública – como experiências ilícitas ou imorais sob pena de uma estagnação que comprometeria o desenvolvimento da sociedade como um todo²³⁰. Dessa forma, a realização pessoal e o progresso social se relacionam, e este é o grande argumento de *On Liberty* para Posner: há pessoas individualistas num “mar da mediocridade conformista” que iniciam novas práticas que serão posteriormente adotadas pelos demais²³¹. Dessa forma, a realização pessoal se torna o motor do progresso social. A defesa da liberdade de expressão, em Mill, precisa lidar tanto com os perigos de um Estado sancionador, quanto da opinião pública censurando comportamentos como imorais. Como plano de fundo e olhando para o contexto histórico no qual a obra foi escrita, Posner nota que *On Liberty* exala hostilidades frente ao Cristianismo organizado²³² descrevendo-o como “essencialmente a doutrina da obediência passiva” (*essentially a doctrine of passive obedience*)²³³.

As críticas quanto ao posicionamento essencialmente empírico da obra de Mill têm início desde sua publicação, com o crítico James Fitzjames Stephen. Posner, dando voz ao autor da época,

²²⁹ “What is it that has hitherto preserved Europe from this lot? What has made the European family of nations an improving, instead of a stationary portion of mankind? Not any superior excellence in them, which, when it exists, exists as the effect, not as the cause; but their remarkable diversity of character and culture. Individuals, classes, nations, have been extremely unlike one another: they have struck out a great variety of paths, each leading to something valuable (...)” – (MILL, John Stuart, **On Liberty**, op. cit. p.136).

²³⁰ Seu pioneirismo torna possível inclusive que suas ideias sejam aproveitadas por grupos rivais, como nota Posner: “The modern Millian thus combines the antipaternalism and affection for the free market that constitute the ideology of the Republican Party with the tolerance of “deviant” personal behavior that is characteristic of the Democratic Party” – (POSNER, Richard. *On Liberty: a Revaluation*, op. cit. p. 198).

²³¹ POSNER, Richard. *On Liberty: a Revaluation*, op. cit. p. 201.

²³² POSNER, Richard. *On Liberty: a Revaluation*, op. cit. p. 204.

²³³ MILL, John Stuart, **On Liberty**, ed. por David Bromwich e George Kateb. New Haven: Yale University Press, 2003, p. 115.

descreve a objeção à teoria de Mill²³⁴. A teoria de Mill limita as imposições do Estado e da opinião pública àquelas condutas que causem dano a outrem, abrindo espaço para aquelas práticas pessoais que podem, no máximo, infligir danos a si mesmo (*self-regardless*), como alcoolismo ou vício em jogos. Para Stephen, porém, as pessoas que se sentissem excessivamente reprimidas pela opinião pública seriam necessariamente de um tipo influenciável. Porém, se são influenciáveis pela censura social, não seriam elas igualmente influenciada pelo comportamento imoral pessoal que Mill deseja ver tolerado? Ainda, aqueles indivíduos individualistas responsáveis por mudar o comportamento de toda uma geração não são suficientemente individualistas para rechaçar a opinião pública e seguir seus propósitos? Embora criticável, é certo que a obra de Mill seja uma das bases para a compreensão do debate sobre a liberdade de expressão, especialmente na conceptualização do tipo de dano passível de restrição. Modernamente, os estudos empíricos para a aferição deste tipo de dano têm se desenvolvido paralelamente às discussões deontológicas sobre o discurso de ódio e a liberdade de expressão.

2.3.2 Proposta de análise baseada no cálculo de custo-benefício

Em Mill, o problema da liberdade de expressão possui tanto uma abordagem instrumental, baseada no princípio do dano, como uma abordagem que põe em suspenso os dilemas morais e axiológicos para estabelecer uma relação de custos entre a proibição do discurso e seus eventuais benefícios. Atento a esta abordagem implícita em *On Liberty*, Posner introduz um modelo econômico de interpretação dos conceitos originários da Primeira Emenda segundo a Suprema Corte americana, notadamente com a doutrina do “perigo certo e iminente” e do “mercado do discurso”²³⁵, tal como exposto na filosofia de Mill e no voto do juiz Oliver Wendell Holmes Jr. em *Schenck v. United States* e *Abrams v. United States*.

Na doutrina do “perigo certo e iminente”, há o elemento probabilístico de um dano que será causado pelo discurso. O falso-alarme de incêndio no teatro induziria a um perigo iminente de uma multidão de aglomerar, pisoteando uns aos outros, o que evidentemente deveria ser vedado enquanto liberdade de expressão. Posner nota que além da variável probabilística, acrescenta-se também a magnitude do dano como fator a ser considerado. Um discurso com alto grau de probabilidade de desencadear um efeito altamente danoso é um caso claro que deve ser coibido por lei. Mas e se

²³⁴ POSNER, Richard. *On Liberty: a Revaluation*, op. cit. p. 206.

²³⁵ POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, trad. Port. E. Ferreira et. al., **As Fronteiras da Teoria do Direito**, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 47-97.

houver benefícios? Conforme a filosofia de Mill, há alguns discursos potencialmente lesivos, ultrajantes ou imorais, mas que possuem um efeito benéfico a longo prazo, como numa discussão política ou nos debates científicos. Posner propõe um modelo matemático apto a equacionar a relação entre custos e benefícios de um discurso:

Expressemos por B os benefícios do discurso que se quer proibir; por D (de dano) ou U (de ultraje) os custos (incêndio, deserção, tumulto, rebelião e assim por diante) que advirão se a veiculação do discurso for permitida/ por p a probabilidade de que o custo realmente se materialize; por d (que, como p , deve ser um número entre 0 e 1) o fator de multiplicação que desconta do presente os custos e benefícios futuros por n o número de anos (ou qualquer outra unidade de tempo) que provavelmente transcorrerão entre a veiculação do discurso (se esta for permitida) e a materialização do dano decorrente; e A o custo administrativo de uma regulamentação de proíba o discurso. Então o discurso deve ser permitido se, e somente se²³⁶,

$$(i) \quad B \geq \frac{pD}{(1+d)^n} + U - A$$

A fórmula proposta por Posner permite vislumbrar uma formalização do problema em termos matemáticos, cujos custos podem ser medidos em termos econômicos, embora a mensuração conduza a problemas admitidamente difíceis. Em termos concretos, a fórmula expressa que “a veiculação do discurso deve ser permitida se, e somente se, os benefícios advindo igualarem ou excederem os custos, descontando-se a probabilidade de materialização desses custos e o tempo que provavelmente transcorrerá até que essa materialização ocorra [...]”²³⁷, com a preocupação, ainda, de se atentar para o custo de implementação administrativa das proibições medido pela variável A .

A fórmula ganha um refinamento adicionando a variável x como um grau de rigidez à proibição, o que pode variar, por exemplo, de uma advertência formal até a reclusão, numa escala de tempo. Matematicamente, a gradação da rigidez imposta seria representada derivando os dois lados da equação por x :

$$(ii) \quad A_x + B_x = (p/D(1+d)^n + U)_x$$

O uso da fórmula não é, evidentemente, um algoritmo a ser aplicado por magistrados no caso

²³⁶ POSNER, Richard A., *As Fronteiras da Teoria do Direito*, op. cit. p. 56.

²³⁷ POSNER, Richard A., *As Fronteiras da Teoria do Direito*, op. cit. p. 57.

concreto, conforme salienta Posner, mas sim um tipo de heurística para apresentar de forma esquematizada o tipo de relação custo-benefício que a regulamentação de qualquer discurso, na prática, apresenta em termos econômicos. Sobretudo, a ideia de uma verificação empírica se alia aos modelos de LSPD de Eric Heinze, uma vez que as variáveis expostas por Posner demandariam o aprofundamento no estudo das condições sociais e econômicas. Os danos (D) para grupos vulneráveis seriam, na argumentação de Heinze, inferiores nas democracias do tipo LSP, que estariam ainda mais predispostas a utilizar dos custos administrativos (A) para a implementação de restrições, se fosse o caso²³⁸.

Algumas informações auxiliam na compreensão da fórmula. A variável B representa os benefícios, sejam eles o progresso social e científico, conforme preconizava Mill, ou ainda valores constitucionais. Interessa, para os fins deste trabalho, notar que B pode assumir valores negativos, o que implicaria no estado de coisas na qual uma restrição ao discurso pode acabar por promovê-lo. É o caso, por exemplo, da restrição ao tempo de fala nos debates políticos. Naturalmente, o corte nas falas após alguns minutos representa uma interrupção na liberdade do candidato se expressar, o que o obriga a selecionar argumentos contundentes e aptos a expressar da forma breve e rica seu perfil, programa de governo, etc. Da mesma forma, a restrição ao número de participantes do debate numa eleição com vários candidatos, prioriza as ideias daqueles com mais chances de êxito, excluindo alguns candidatos que, embora igualmente dotados de direitos constitucionais de livre manifestação e imbuídos dos princípios eleitorais da equiparação, acabariam por obter que os candidatos mais bem colocados ofereçam a oportunidade de escolha entre os argumentos dos prováveis vencedores. Há um ganho imediato na restrição. Olhando de uma perspectiva social, conforme os argumentos elaborados por Sunstein, Fiss e Wolfson, pode ocorrer que a restrição à determinadas pautas improfícuas ou silenciadoras aumente a qualidade do debate e torne-o mais pluralista.

Todavia, é mais comum que a variável dos benefícios seja positiva, e inclusive subestimada, uma vez que os benefícios da promoção da verdade ou de valores subjetivos é algo difuso, indireto e de difícil mensuração.

A variável U , o ultraje, é distinto do dano (D), ressoando a distinção feita por Mill a respeito

²³⁸ A pertinência da distinção entre diferentes países é apontada pelo próprio Posner: “O foco no contexto pode ajudar a eliminar o anacronismo e o provincianismo que levam tantos estudiosos modernos da liberdade de expressão a condenar restrições impostas em sociedades muito diferentes da sociedade norte-americana contemporânea” – (POSNER, Richard A., **As Fronteiras da Teoria do Direito**, op. cit. p. 60).

dos atos dirigidos aos interesses de outros (*other-regard*) e dos atos de atenção aos próprios interesses (*self-regard*). Para Mill, os atos envolvendo o *self-regard*, como o ultraje que o povo inglês sentia ao saber que os americanos de Utah praticavam a poligamia, não deveriam ser levados em conta em juízos morais ou jurídicos²³⁹. Posner ainda assim considera o sentimento de ultraje como um “custo”, uma vez que esse é o caso mais evidente de discursos que são problematizados. A distinção entre dano e ultraje é útil na dogmatização do conceito de discurso de ódio, uma vez que um discurso potencialmente danoso pode ser apenas subjetivamente ultrajante, bem como um discurso ultrajante pode não apresentar resultado naturalístico (conforme também ressaltado por Waldron²⁴⁰).

Adiante, Posner afirma que no caso de “formas de expressão motivadas pelo ódio”, a regulamentação tem pouco a ver com a demonstração do dano, objetivamente considerado, ou o ultraje, mas sim com projetos ideológicos: “Na verdade, o objetivo ideológico é o mesmo em todos os casos: negar a existência de diferenças profundas entre grupos sociais (sobretudo entre homens e mulheres e entre negros e brancos) ou mascarar essas diferenças”²⁴¹, e conclui que, “na medida em que as campanhas pela regulamentação da pornografia e das formas de expressão motivadas pelo ódio tenham o propósito e o efeito de corrigir um “erro” ideológico ou político, dar a essas campanhas o amparo da lei significa interferir arbitrariamente no mercado de ideias e opiniões”²⁴². Curiosamente o autor não vislumbra a aplicação de sua análise no tocante ao discurso de ódio, enquadrando-o completamente num exercício ideológico, mas legítimo e salvaguardado sem ressalvas da interferência do Estado. A “estratégia” de Posner é uma defesa apenas preventiva de abusos contra a liberdade de expressão, ou seja, aplicar restrições apenas nos casos em que os custos sejam manifestamente altos²⁴³. O judiciário passa a adotar uma postura de superestimação dos benefícios (quase uma presunção de que o discurso é proveitoso), ainda que conseqüentemente defenda o direito de discursos sem valor e mesmo ultrajantes.

Essa estratégia se baseia em dois pressupostos céticos: o primeiro de que a regulação do “mercado de ideias” é sempre ineficiente. Juízes não teriam condições melhores do que o cidadão comum para julgar se uma ideia possui um valor intrínseco e deve ser protegida, de modo que levar

²³⁹ MILL, John Stuart, **On Liberty**, op. cit. p. 152.

²⁴⁰ V. *supra*, subtópico 2.1.2.

²⁴¹ POSNER, Richard A., **As Fronteiras da Teoria do Direito**, op. cit. p. 72.

²⁴² POSNER, Richard A., **As Fronteiras da Teoria do Direito**, op. cit. p. 73.

²⁴³ POSNER, Richard A., **As Fronteiras da Teoria do Direito**, op. cit. p. 76.

uma questão como “o que é arte?” para os magistrados decidirem pode se mostrar um custo supérfluo e ineficiente (talvez angustiante). O segundo pressuposto, seguindo as ideias de Stanley Fish, de que a liberdade de expressão é “apenas no nome que damos às causas que desejamos propalar”²⁴⁴ e mesmo no caso de juízes desvinculados de interesses políticos, haveria uma escolha pessoal de discursos que desejáveis ou silenciados. É possível acrescentar, ainda, a opinião de David Beatty sobre a ausência de uniformidade nas decisões sobre liberdade de expressão, notadamente quando em conflito com valores religiosos, suscetível a mudanças de interpretação conforme a composição da Suprema Corte americana²⁴⁵.

Feitas estas considerações sobre a discussão a respeito do discurso de ódio, caberá agora buscar uma aplicação no âmbito eleitoral. Como se sabe, as regras jurídicas não se encontram jamais isoladas, mas sempre em conexão umas com as outras. Assim, por exemplo, as regras que compõe o Direito Eleitoral de campanhas políticas, as regras de direito administrativo sobre uso de bens públicos e as regras constitucionais sobre a liberdade de expressão são componentes sintonizados de uma regulação mais ampla a que subjazem pontos de vista diretivos. Toda interpretação de uma norma deve tomar em consideração uma cadeia de significados, o *locus* sistemático e a função da regra diante de seu contexto. Além disso, o direito como um todo, compreendido como ordenamento, está submetido a determinadas ideias jurídicas mais amplas, postulados jurídicos, regras estruturais, e concepções valorativas que cabem ao texto constitucional. A Parte Dois deste trabalho se inicia com a investigação sobre padrões que permitam identificar, do ponto de vista normativo, a ocorrência do discurso de ódio. Na falta de uma legislação específica sobre o tema, serão utilizados institutos correlatos próprios do Direito Eleitoral, momento no qual será abordada a legitimidade e viabilidade da aplicação penal. Em seguida, será verificada a pertinência sancionatória do discurso de ódio enquanto propaganda eleitoral.

²⁴⁴ FISH, Stanley, **There is No Such Thing as Free Speech, and It's a Good Thing Too**, 1994, apud POSNER Richard A., *As Fronteiras da Teoria do Direito*, op. cit. p. 78.

²⁴⁵ Beatty nota duas características marcantes da Suprema Corte em decisões sobre a liberdade de expressão no contexto religioso. Amparado pela análise de *Lee v. Weisman* e de *Oregon v. Smith*, chega a conclusão de que, primeiro, os argumentos são de natureza categórica, impondo certa visão interpretativa marcada pela profunda personalidade dos juízes; segundo, de que os significados estabelecidos pela interpretação são mutáveis, e são mutáveis também os métodos de análise. A composição da corte torna-se, assim, o fator preponderante sobre o entendimento jurídico da liberdade de expressão nos EUA, confirmando o ceticismo de Posner quanto a eficiência de uma regulação – v. BEATTY, David M., **The Ultimate Rule of Law**, trad. port. A. Aguiar Cotrim, “A Essência do Estado de Direito”. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p.65-104.

PARTE DOIS – O DISCURSO DE ÓDIO ELEITORAL

1. PADRÕES PARA A RESTRIÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO ELEITORAL

O Direito, enquanto ciência, trabalha com conceitos. Por conceito entendemos a explicação de um conteúdo que limite e abarque determinado fenômeno. No direito, o sistema de conceitos gerais abstratos formado segundo regras de lógica formal, é uma possível construção teórica da dogmática jurídica para abarcar fenômenos concretos. Assim, a partir de conceitos próprios como “sufrágio”, “elegibilidade”, “direito de resposta”, forma-se um sistema ordenado de modo a abarcar acontecimentos previsíveis nos quais para cada tipo de fenômeno há um conceito correspondente (coerência) e nenhum dos fenômenos fica carente de conceitos previstos (completude).

Este tipo de sistema, chamado de “sistema conceptual abstrato”, afirma Larenz, garante clareza e segurança jurídica, uma vez que busca satisfazer as exigências lógicas de coerência e completude²⁴⁶. Este paradigma inicial contribuiu para a construção de uma ciência jurídica baseada na construção lógica, mas logo se mostrou insuficiente²⁴⁷.

Ao tomar o lugar das reflexões eminentemente filosóficas sobre o direito natural, os primórdios da ciência jurídica são marcados por uma pretensão de restabelecer a infalibilidade dos conceitos como forma de compreensão e regulação plenas do mundo²⁴⁸. Logo a Jurisprudência (enquanto ciência dogmática) notou que apenas a construção lógica abstrata de conceitos estruturados de forma a assumir a plena subsunção a todas as *facti species* que poderiam advir da experiência era insuficiente na prática²⁴⁹. O desenvolvimento teórico apontava para a necessária

²⁴⁶ LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**. op. cit., p. 622.

²⁴⁷ Larenz, em comentário ao tipo de sistema que fora o grande símbolo do logicismo jurídico, afirma que “poucos juristas [...] são capazes de libertar-se do fascínio exercido pelo sistema conceptual-abstrato. Deslumbrados pelo conceito cientificista de ciência, receram abandonar, conjuntamente com o sistema conceptual-abstrato, a pretensão de cientificidade da Jurisprudência” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. op. cit. p. 624).

²⁴⁸ O direito natural por ser “natural” no sentido da filosofia clássica (*physikon dikaion*) era, por assim dizer, o justo que dizia respeito às coisas essenciais, ao passo que o direito positivo tinha sua razão de ser em regulações convencionáveis. Já na passagem para a filosofia moderna o “natural” do direito receberia o influxo do racionalismo axiomático-demonstrativo como fonte única de obtenção e, portanto, de formulação de um “direito ideal” – (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra Editora. In: Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, 2003, p.23-7).

²⁴⁹ É uma característica dos sistemas externos buscarem a uma ordenação racional da realidade uma vez que foram concebidos numa época em que se presumia possível a plena elaboração de um conhecimento racional. Conforme nota Mario Losano, na verdade esses sistemas externos eram um espelho da pretensão de seus criadores, representando a

inserção de pautas de valores, com princípios diretivos e a percepção de que os conceitos não eram uma matéria amorfa cristalizada pela autoridade legislativa, mas deveriam cumprir determinada função. Tal premissa, aliás, já se encontrava em Hegel, ao insistir na vitalidade dos conceitos como resultantes de um desenvolvimento dialético do ser e essência, o que, em poucas palavras, sinalizava para a superação de um simples ajuntamento de notas (predicados) sobre determinado ente, pensados de modo isolados, mas como um todo de momentos relacionados entre si e plenos de sentido. Além disso, os conceitos não seriam construções abstratas arbitrariamente produzidas pelo pensamento de um sujeito, mas um princípio que atua, constrói e configura, que se desdobra em momentos que se unem, assim como no chamado “círculo hermenêutico”²⁵⁰²⁵¹.

Um dos modelos jurídicos que permitiram a superação do paradigma dos conceitos foi o uso dos chamados *standards*, ou padrões²⁵². Alude-se a um *padrão* quando tratamos de um produto do pensamento que se consegue quanto se enfatiza alguns pontos de vista unindo uma

ordem subjetiva, formulados com base em proposições que buscam descrever e organizar a realidade, predominantes no século XIX. Os sistemas internos surgem na transição para o século XX com propostas de sistemas ínsitos na matéria estudada, cuja estrutura deriva da realidade mesma, tendo por causa final sua funcionalidade. Transpondo a classificação aos sistemas jurídicos, Mario Losano atribui as qualificações de sistema externo de uma “estrutura como terminus ad quem”, ou seja, aquele no qual a atividade do jurista termina por organizar e conferir sistematicidade, facilitando a compreensão e a aprendizagem ao reunir a matéria jurídica sob alguns grupamentos delimitados; e sistema interno no sentido de “estrutura como terminus ad quod”, da qual a atividade do jurista parte para chegar às conclusões, necessariamente um ordenamento positivo com a potencialidade de resolução de conflitos, no qual são verificadas condições internas de seu funcionamento. (LOSANO, Mario. *Sistema e struttura nel diritto*, volume I: Dalle origini alla Scuola Storica, 1968, trad. port. C.A. Dastoli, **Sistema e estrutura no direito, volume 1 – Das Origens à Escola Histórica**, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p.3-5).

²⁵⁰ Podemos, a título de exemplo, citar o conceito jurídico da elegibilidade. Em sua forma mais “vazia”, por assim dizer, seu conteúdo poderia ser apenas uma definição quase etimológica: a elegibilidade é a capacidade do cidadão se eleger. Mas um conceito que se aproxime da concretude avaliará as disposições constitucionais sobre os direitos políticos passivos, os critérios de nacionalidade, alistabilidade, idade mínima, etc., contando ainda com a derivação *a fortiori* de outros conceitos, como a inelegibilidade, a incompatibilidade, a adequação a valores como a probidade administrativa, etc. Quando reunidos esses diversos “momentos” da elegibilidade, têm-se um conceito concreto.

²⁵¹ É a partir desta reflexão que Larenz nota traços comuns entre o “conceito-concreto” de Hegel e sua teoria dos tipos – (LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**. op. cit., pp. 652).

²⁵² Larenz faz referência aos padrões com o nome de “tipos” (*Typus*): “Quando o conceito geral-abstracto e o sistema lógico destes conceitos não são suficientes por si para apreender um fenómeno da vida ou uma conexão de sentido na multiplicidade das suas manifestações, oferece-se então o «tipo» como forma de pensamento. O autor classifica ainda os tipos em (i) “tipo médio ou de frequência”, como aquele pautado da repetição, no sentido de algo “típico” de ocorrer; os “tipos intuídos”, segundo a operação que (ii) “[...] consiste em separar, das formas concretas de que se trate, certas propriedades gerais, relações ou proporções, designando-as com um nome. Mas, enquanto que o pensamento por conceitos abstractos condensa tais propriedades em notas distintivas isoladas e a partir destas notas forma, por eliminação, conceitos cada vez mais gerais, o pensamento por tipos mantém unidas as notas distintivas do tipo e serve-se delas unicamente para descrever o tipo como uma nota distintiva do todo. Intenta deste modo conservar, também no plano da apreensão intelectual, a totalidade da imagem dada na intuição”; e o (iii) tipos ideais, no sentido de Max Weber, descrito por Larenz como aqueles que “[se] consegue enfatizando unilateralmente algum ou alguns pontos de vista e unindo uma multiplicidade de fenómenos particulares, que se dão «aqui mais, ali menos, mas de modo algum esporadicamente», e que se submetem àqueles pontos de vista” – (LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**. op. cit., pp. 659).

multiplicidade de fenômenos particulares. Pode-se pensar, como exemplo ilustrativo, na Crucificação de São Pedro, de Caravaggio, uma pintura barroca, a qual é considerada como pertencente a este movimento artístico por possuir determinadas características particulares como a composição entre claro e escuro, o detalhamento, a opulência, o dramatismo – todavia, nenhuma pintura é, em si mesma, um objeto que reúna *todas* as características do barroco, servindo o termo “barroco” apenas para enquadrá-la num conjunto maior de sentido, que não poderia ser sumarizado por determinadas propriedades fixas e intransigentes, à maneira de um “conceito do barroco”.

Quando as normas jurídicas remetem para as práticas consideradas politicamente democráticas ou republicanas, trata-se de um modo de comportamento esperado, ou seja, espera-se que frequentemente candidatos sigam tais práticas como uma expectativa de ordem. Transformam-se em normas quando estão de acordo com os princípios e bases que a comunidade escolhe enquanto valores, sendo que muitas vezes boa parte da comunidade já possui a consciência da necessidade de tais práticas num plano ético subjetivo. Essas práticas têm para os juristas o significado de “*standards*”, no dizer de Larenz, “que têm que ser inferidas da conduta reconhecida como ‘típica’ e que têm que ser permanentemente concretizadas, ao aplica-la ao caso a julgar”²⁵³. São distintas, portanto, das regras que se efetuam na forma de conceitos por meio do processo silogístico da subsunção. Pode-se, assim, considerar que determinados termos utilizados no direito eleitoral não são conceitos, mas padrões (*standards*)²⁵⁴: é o caso de “propaganda”, termo que referencia uma multiplicidade de fenômenos cuja complexidade e constante inovação tornaria inócua qualquer possibilidade de delimitação conceitual. Também no caso dos crimes eleitorais, ao tratar da “boca-de-urna”, o legislador precisa de remeter a um termo do linguajar cotidiano (algo pouco usual no direito) para cumprir o desiderato de proibição de determinada conduta reconhecida pela experiência.

Os padrões, todavia, não servem apenas como ferramenta descritiva de fenômenos empíricos, mas possuem em si também o caráter prescritivo. É certo que a imagem do padrão é obtida pela experiência, mas a seleção de fenômenos considerados suficientemente relevantes tem

²⁵³ LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**. op. cit., p. 661.

²⁵⁴ Sobre a ideia de usar padrões argumentativos para a identificação e restrição do discurso de ódio v. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Discursos ofensivos e de incitação ao ódio: Limites à Liberdade de Expressão?**, Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, 2007.

de ser, inescapavelmente, delimitada pelo escopo da norma e pelas ideias jurídicas por detrás da regulação²⁵⁵.

Os padrões são úteis enquanto ferramenta para designação de alguns termos utilizados pelas fontes – o que não se confunde quanto a sua natureza distinta dos conceitos uma vez que são insuscetíveis de uma categorização por meio de notas próprias que aparecem inexoravelmente²⁵⁶.

1.1 Formação de padrões

Ao superar a designação de fenômenos jurídicos exclusivamente como conceitos e buscando enquadrar as hipóteses fáticas a padrões jurídicos, abre-se caminho para uma tutela mais adequada de problemas multifacetados como o discurso de ódio.

É oportuno reparar que, de fato, a discussão a respeito do conceito de discurso de ódio apresenta resultados insatisfatórios. Há uma vasta amplitude de dilemas a serem refletidos do ponto de vista dogmático, como o caso da neutralidade do conteúdo ou a prevalência de um ponto de vista, o direcionamento do discurso a um determinado grupo, a posição daquele que profere o discurso perante aquele que é atingido, etc. Todos esses dilemas quando postos diante da necessidade de um conceito juridicamente apto a abarcar toda multiplicidade de situações possíveis tornam impossível a tarefa do jurista de reunir notas e elementos que atendam a todos as referidas situações. É dizer: um conceito jurídico de discurso de ódio é impossível. Esta conclusão pode ser atestada pelo elevado grau de porosidade com que o fenômeno é referenciado tanto pela ciência política, quanto pelas reflexões jurídicas iniciais sobre o tema, conforme foi abordado na primeira parte do trabalho. Uma eventual tentativa de “forçar” para dentro de um conceito algo que apresenta a exuberância de significados sociais, políticos e antropológicos acabará por comprometer sua eficácia. Por exemplo, se um conceito de discurso de ódio levar em conta apenas o elemento caracterizador da incitação de violência iminente e provável (num transplante jurídico da doutrina americana do *Brandenburg test*) se excluiriam todas as situações nas quais a vítima do discurso de

²⁵⁵ Por isso, novamente, Larenz, inaugurando a aplicação da teoria dos tipos na ciência jurídica: “Na formação do tipo e, portanto, também na coordenação concreta ao tipo, entram tanto elementos empíricos quanto normativos; a união destes dois elementos constitui precisamente a essência deste tipo, que eu gostaria, por isso, de denominar do *tipo real normativo*” – (LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**. op. cit., p. 662).

²⁵⁶ Karl Larenz prossegue sua exposição dos tipos diferenciando os tipos reais normativos de tipos jurídicos estruturais, ínsitos na própria estrutura do sistema as quais o jurista apenas os “descobre” como no caso de relações que podem ser reunidas como “direitos subjetivos”. A teoria irá adiante para explicar como esses tipos jurídicos-estruturais são importantes para a formação do sistema (entendido como uma série de tipos); todavia prescindimos deste aprofundamento teórico para o objeto da dissertação.

ódio não esteja sujeita fisicamente presente, como é o caso frequente de ataques por meios virtuais. Por outro lado, se o conceito levar em conta uma intencionalidade do agente em agredir (moral ou psicologicamente) a vítima, abre-se mão de tutelar os casos em que o discurso de ódio é proferido de forma jocosa ou recreativa, como vem sendo objeto dos estudos raciais e feministas atualmente. Ainda mais tormentosa seria a tarefa de elencar conteúdos passíveis de se amoldarem ao discurso de ódio, implicando nos problemas já mencionados sobre a legitimidade do Estado em indicar e restringir os grupos protegidos.

1.2 Padrões do discurso de ódio

Tal conclusão não deve ter por consequência a resignação de não compreender ou não tutelar juridicamente o problema fático do discurso de ódio. É justamente por meio de uma “moldura” mais adequada ao fenômeno tal como ele se apresenta na realidade que a ciência jurídica pode entregar ao ordenamento jurídico instrumentos mais adequados à tutela jurisdicional.

Os padrões estabelecidos pela doutrina brasileira são aqueles extraídos da possibilidade de restrição do direito fundamental à livre manifestação de pensamento. Conforme exposto, os casos de discurso de ódio, especificamente enquadrado no âmbito eleitoral, são passíveis de restrição mediante (i) a ponderação da livre manifestação de pensamento com disposições constitucionais expressas, como no caso do objetivo de promoção ao bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3, IV); a punição sobre qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); o princípio protetivo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); o imperativo de normalidade e legitimidade das eleições (art. 14, §9º); (ii) normas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição, como a Lei 7.716/89 e as disposições normativas pertinentes do microssistema eleitoral: Lei 9.504/97 (Lei das eleições); Lei 4.737/65 (Código Eleitoral); e Lei Complementar n. 64/90 (Lei das Inelegibilidades); e (iii) por meio das colisões entre direitos fundamentais, conforme se verifica no conteúdo jurisprudencial do STF e do TSE.

Na doutrina americana, encontramos padrões diversos, elencados a partir das opiniões da Suprema Corte. Conforme analisado, a doutrina americana se vale de dois parâmetros assertivos para identificar condutas que, embora não ostentem o *nomen iuris* de discurso de ódio (*hatespeech*), são o padrão (*standard*) atualmente utilizado na regulação para este tipo de situação.

A partir de *Brandenburg v. Ohio* a identificação de um discurso não protegido pela liberdade de expressão era feita a partir do teste: (i) direcionada a “incitar ou produzir ação iminente desguarnecida pela lei” e (ii) “provável a produzir tal ação”. A superação desta doutrina veio com *Virginia v. Black*, no qual passou-se a considerar determinados discursos intimidatórios como *Fighting words*, um tipo de discurso igualmente não albergado pela Primeira Emenda. Segundo descrito no caso, a definição de *fighting words* seria: declarações em que o emissor pretende seriamente comunicar uma intenção de cometer um ato de violência ilegal a um indivíduo ou grupo de indivíduos em particular²⁵⁷.

Embora não seja o objetivo deste trabalho a análise de direito comparado, se trasladados para os institutos do direito brasileiro, de matriz romano-germânica, nota-se que a doutrina americana se vale de alguns elementos próprios para estabelecer o padrão (*standard*) do discurso não protegido pela Primeira Emenda. O *Brandenburg test* indica (a) um elemento subjetivo de “incitar ou produzir”, caracterizando um dolo do agente, e eliminando as condutas que tenham por efeito uma incitação não direcionada ou ainda acidental; (b) um elemento objetivo da “ação iminente desguarnecida pela lei”, caracterizado pela proibição legal de determinado ato, configurando um ilícito jurídico e (c) a de probabilidade de determinado fato ilícito ocorrer, o que só se poderia mensurar por meio da análise factual.

Se utilizada a doutrina das *fighting words*, tal como passou-se a conceber a partir de *Virginia v. Black*, teríamos um padrão composto por cinco notas: (a) declarações intencionais, igualmente prefigurando um dolo; (b) a seriedade da declaração, o que possivelmente abriria margem para declarações jocosas, porém ofensivas; (c) o ato de violência ilegal, determinado objetivamente pelo ordenamento; (d) o direcionamento à vítimas determinadas ou a um grupo de indivíduos determinados, o que eliminaria os discursos sem um destinatário identificável. A partir do julgado, foi acrescentado ainda (e) a necessária intimidação da vítima.

A discussão sobre o discurso de ódio permitiu elencar algumas conclusões parciais a respeito do fenômeno a partir da doutrina americana sobre o tema e, em seguida, discutir o tema sob uma metodologia a) deontológica; b) instrumental e c) empírica. Cada metodologia serve de base para a construção de um padrão que identifica o discurso de ódio e sugere os parâmetros para sua restrição.

²⁵⁷ No original: those statements where the speaker means to communicate a serious expression of an intent to commit an act of unlawful violence to a particular individual or group of individuals – (“Virginia v. Black.” Oyez, Disponível em: www.oyez.org/cases/2002/01-1107. Acesso em abril de 2020).

1.2.1 Padrões deontológicos

A reflexão da doutrina sobre o discurso de alto ou baixo valor (*high/low value*) também serve como padrão identificável da relevância do valor do discurso para o debate público. Conforme afirmamos, os discursos políticos são de alto valor, porque possuem uma alta pertinência para a sociedade, o que ganha ainda mais relevância no âmbito eleitoral. Os discursos de valor baixo, por outro lado, representam uma baixa pertinência para tomadas de decisão do âmbito público, determinantes para a sociedade. O discurso de ódio pode ser identificado como de valor baixo, uma vez que seu conteúdo não possui relevância para o debate público, porém, paradoxalmente, ele pode ter grande influência social, podendo inclusive transmitir ideias de alta aderência, ainda que eivadas de conteúdo ilícito e discriminatório. Um segundo padrão identificável no discurso de ódio diz respeito a sua qualidade nunca ser neutro (*content neutral*), mas sim de se basearem num conteúdo determinado (*content based*) ou num ponto de vista (*point of view content*). A partir dessas considerações, Sunstein elencou a conclusão de que (a) as restrições do ponto de vista estarão sujeitas a uma forte presunção de inconstitucionalidade e (b) as restrições baseadas em conteúdo enfrentarão uma presunção de invalidez. Elas serão permitidas somente se (b.1) envolverem uma categoria de fala desprotegida ou de “baixo valor” ou (b.2) puderem ser fortemente conectados a uma justificativa suficientemente geral e neutra e não envolverem discriminação de pontos de vista ou qualquer outra forma de seletividade inadmissível. A legitimidade do Estado em proibir ou sancionar o discurso de ódio é atendida na medida em que se conclui pelo seu conteúdo ser preenchido por um ponto de vista de baixo valor, cuja consequência para o debate público será ínfima ou remota. Ademais, é possível encontrar justificativas gerais e neutras que não implicam numa discriminação. O racismo é, possivelmente, o melhor exemplo. Discursos racistas não implicam nenhum acréscimo ao debate público (baixo valor), expressão um ponto de vista unilateral, e a justificativa para proibi-lo ou sancioná-lo é suficientemente neutra uma vez que não há um real conflito de opiniões, mas sim o desejo de ofender, humilhar e ultrajar determinado grupo. Assim, quando se restringe o discurso com características racistas há um interesse público geral em suprimir o dano pessoal e social que ele produz. Nesse caso, portanto, identifica-se um padrão deontológico representativo do discurso *de ódio*. Como contra-exemplo, pensemos num discurso voltado a determinada ideologia política. Não há como legitimar tal supressão ideológica uma vez que ela tem um potencial significativo para o

debate público (alto valor) e não há uma justificativa neutra e geral do Estado para suprimir este ponto de vista político (sob pena, inclusive, de tomar o ponto de vista oposto para si).

O segundo padrão deontológico apontado é a preservação da dignidade e reputação dos grupos que compõe uma democracia pluralista. Conforme apontado no debate de Dworkin e Waldron, há um necessário balanceamento entre a) a legitimidade do regime democrático – cuja formação das decisões políticas depende da integração de diversas opiniões – e b) a dignidade daqueles que podem ser atacados em meio ao debate, sendo indevidamente afastados.

O argumento central de Waldron é o dano causado pelo discurso de ódio ser uma afronta a dignidade, contrariando a expectativa de pertencimento do indivíduo na comunidade. É um dano distinto de uma ofensa, cujo constrangimento pode não significar uma desqualificação do ambiente social (embora frequentemente o dano e a ofensa se sobreponham). A dignidade é afetada diretamente, ao infligir a insegurança de que determinado grupo ou indivíduo faça parte de seu meio. No contraponto de Dworkin, esta insegurança não poderia ser alegada levemente sob o risco de impedir que uma opinião politicamente válida não seja debatida. Se trouxermos para a prática, em que medida o debate sobre a política migratória nos EUA é considerado discurso de ódio? A resposta representa a tarefa pontual de balancear a (a) dignidade do grupo atingido pelo debate e a (b) legitimidade democrática do grupo que possui opiniões à respeito.

1.2.2 Padrões instrumentais

Os padrões instrumentais do discurso de ódio se verificam em objetivos que podem ser atingidos por meio de sua regulação. Há casos em que uma restrição ao discurso é claramente benéfica. Citemos o exemplo da limitação temporal que se impõe nos debates eleitorais: com um tempo reduzido a poucos minutos previamente acordados, os candidatos precisam sintetizar suas falas e expô-las de modo convincente e contundente. Ao mesmo tempo, se preparam para receber a crítica adversária. Esse modelo só é possível devido a uma regulação prévia, demonstrando que é possível instrumentalizar a restrição ao discurso de modo a atingir desideratos benéficos a todas as partes envolvidas. Com uma restrição ao tempo, a qualidade do debate melhora.

Uma das mais antigas justificativas para a vedação ao discurso, conforme vimos, foi a de que em alguns casos determinados conteúdos provocam a intranquilidade social. Ainda que esta hipótese possa servir de pretexto ideológico para objetivos escusos da regulação, também é verdade que, em algum limite, toda sociedade possui regras contra discursos indiscutivelmente prejudiciais.

Citamos, como exemplo, a propaganda enganosa, as promessas de benefício ilícito, ameaças e chantagens. Proibir esses discursos implica menos um cerceamento da liberdade de expressão do que uma medida voltada ao bem comum. Dessa forma, questionamos se, e de que forma, a restrição ao discurso de ódio atende ao desiderato de se alcançar (a) um incremento ao regime democrático por meio do (a.1) um enriquecimento qualitativo do debate e da (a.2) diversidade dos pontos de vista; e (b) a verdade.

1.2.2.1 – Padrão instrumental democrático

A democracia, concebida enquanto regime viabilizado pelo convencimento argumentativo, sempre esteve condicionada à liberdade para que uma ampla variedade de argumentos fosse formulada. Ao contrário dos regimes anteriores pautados na pressuposição de um consenso político, a democracia é baseada num dissenso a ser superado pela autonomia dos participantes. A forma de solução clássica e comum para a superação é o voto, no qual a opinião mais convincente é validada pela manifestação da maioria. Por um lado, o discurso de ódio seria um dentre os pontos de vista que compõe o dissenso e precisa ser debatido; por outro, seria um tipo peculiar e extremo de ponto de vista cuja presença no debate público teria por efeito distorcer a natureza do debate, comprometendo os pontos de vista rivais. O padrão do incremento ao regime democrático é verificado se, ao analisarmos o discurso proferido, ele exprime um dos pontos de vista que pode ser validado por uma comunidade democrática. Se, por outro lado, o discurso distorce o debate, inculcando medo, humilhando ou de alguma forma afastando outros pontos de vista válidos, trata-se de um discurso *de ódio*. Nesse caso, restringir o discurso significa incrementar o regime democrático por meio de um enriquecimento qualitativo do debate e uma ampliação dos pontos de vista arguidos.

1.2.2.2 – Padrão instrumental pragmatista

Além do desiderato do incremento à democracia, a restrição ao discurso de ódio pode representar um avanço no estabelecimento ou descoberta da verdade. Ao adentrar em questões epistemológicas sobre o discurso de ódio, foi apontado que algumas distinções feitas para definir o discurso de ódio se revelam falsas.

Uma das formas de conceptualizar os fenômenos é sua progressiva distinção a partir de notas características, a fim de observar as mais frequentes e delas extrair um conceito. Conforme

defendemos, a mera tipificação penal ou conceptualização normativa do discurso de ódio não se adequa a este método. Um dos motivos é justamente o engodo que algumas notas podem apresentar, tornando o conceito uma forma dissimulada de exercício do poder. A partir dos argumentos de Wolfson a respeito da função do discurso como busca da verdade, podemos elencar um padrão instrumental do discurso de ódio.

Primeiramente, é necessário estabelecer o padrão *verdadeiro* para definição do discurso de ódio. Conforme a concepção pragmatista da verdade, discussões de cunho político são estabelecidas a partir de um “teste do tempo”, na qual o consenso se forma sobre determinadas ideias que prosseguem no debate, e servem de base para ideias futuras. Ideias falsas são descartadas. Mesmo que presentes, delas não se originam correntes de pensamento, permanecendo à margem do desenvolvimento do debate. O padrão que pode ser verdadeiramente identificado no discurso de ódio é: não há uma consolidação dos discursos de ódio no tempo. Os fatos, valores e opiniões que embasam o discurso de ódio, não constituem um consenso, não sustentam ideias que sobrevivem às críticas e não servem de base para ideias futuras, permanecendo como expressões estagnadas em seu próprio conteúdo. O padrão pragmatista estabelece, portanto, que o discurso de ódio não serve de instrumento à verdade.

Conforme analisado, há um *caveat* para a incorporação dos padrões pragmáticos como análise, podendo ser confundido com alguns falsos-padrões. Há distinções que aparentam certa legitimidade para definir o discurso de ódio, mas são falsas, pois não se legitimam dentro da própria análise pragmatista. Podemos resumi-las como falsas-distinções baseadas em (i) ódio vulgar/ ódio sofisticado; (ii) ódio agressivo/ ódio pacífico; (iii) ódio emocional/ ódio racional; (iv) ódio contra o indivíduo/ ódio contra um grupo; (v) ódio expresso por fato/ ódio expresso por opinião.

1.2.3 Padrões empíricos

Os padrões empíricos são verificáveis pela constatação do discurso de ódio surgindo de modo concreto e mensurável, com consequências identificáveis e baseadas na observação direta dos fenômenos. Tal como na teoria de Mill, apenas danos “temporais” (*temporal*), em oposição à espirituais, podem ser objeto de intervenção; logo só se identifica como discurso de ódio passível de restrição os danos concretos, tangíveis, materiais, físicos, econômicos ou, se emocionais, focados e diretos.

Um segundo padrão, partindo da análise econômica do direito, é verificável pela mensuração

comparativa de custos e benefícios. Conforme Posner, a veiculação do discurso deve ser permitida se, e somente se, os benefícios advindos igualem ou excederem os custos, descontando-se a probabilidade de materialização desses custos e o tempo que provavelmente transcorrerá até que essa materialização ocorra. Apesar de teoricamente robusta, a teoria claramente encontra problemas de aplicação prática enquanto padrão empírico de identificação do discurso de ódio, uma vez que a mensuração dos benefícios envolve o cálculo contrafactual (*se admitirmos o discurso de ódio então A/ se não admitirmos o discurso de ódio então B*).

Estes padrões genéricos reunidos em deontológicos, instrumentais e empíricos permitem identificar o discurso de ódio em quaisquer circunstâncias. São padrões que devem ser adaptados para a identificação de um discurso de ódio da espécie *eleitoral*, considerando as diferenças específicas.

1.3 Padrão do discurso de ódio eleitoral

A partir da análise feita a respeito dos padrões do discurso de ódio em geral, a análise pode ser transposta para o âmbito eleitoral segundo a seguinte proposta:

Uma alternativa simples de diferenciar o discurso de ódio em geral do discurso de ódio eleitoral seria delimitar o marco temporal do início das campanhas. Na eventualidade de uma legislação sobre o assunto, este pode ser um critério pertinente, mas uma vez que não há marco legislativo sobre o assunto, é necessário tomar por base a aplicação das considerações feitas sobre o discurso de ódio em geral e correlaciona-la com o conteúdo que é próprio dos discursos eleitorais.

Num primeiro nível de análise deve-se constatar qual o desígnio principal do discurso proferido do âmbito eleitoral e qual sua razão de ser. Naturalmente, se tratando de um discurso com uma finalidade eleitoral, o bem mais valioso ao candidato e aos eleitores é a expressão de sua vontade política. Considerando, inicialmente, esta vontade como idônea e sua expressão como desejável, temos a seguinte aplicação do padrão deontológico: deve haver uma gradação que relacione, de um lado o direito de se manifestar e, do outro, o valor do conteúdo do discurso. Assim, (a) discursos que expressem pontos de vista, cujo debate público encontre contraposições de outros pontos de vista, são de alto valor e sua restrição está sujeita a presunção de inconstitucionalidade; (b) discursos em cujo conteúdo se encontre propostas eleitorais e posições políticas também são de alto valor, e suas restrições enfrentarão, igualmente, presunção de inconstitucionalidade, contudo

pode ser excepcionada em dois casos.

O discurso de ódio corresponde a um padrão que (b.1) envolve uma categoria de fala desprotegida, ou de “baixo valor”, pois não se relaciona a propostas eleitorais nem exprime posições políticas; ou (b.2) uma categoria de fala que pode ser fortemente conectada a uma justificativa suficientemente geral e neutra para ser restrita, que não envolve a discriminação de pontos de vista ou qualquer outra forma de seletividade. Como exemplo de b.1 temos discursos que são meros ataques verbais e xingamentos, desvinculados a qualquer plataforma ou programa. Como exemplo de b.2 temos a incitação de violência generalizada, sem distinção entre grupos ou partidos.

O segundo padrão deontológico trata da verificação do (c) desbalanceamento entre dignidade do grupo “A” atingido pelo debate e a legitimidade democrática do grupo “B”, que possui opiniões a respeito do grupo “A”. No caso do discurso de ódio em geral, a legitimidade democrática se caracteriza politicamente como um potencial de influência no debate público. No caso eleitoral, podemos determinar esse potencial de influência do convencimento do eleitor. Ainda que se trate de uma relação causal difícil de ser determinada, o padrão serve para legitimar a restrição dos discursos que, além de afrontar a dignidade, também não sejam relevantes para a convicção do voto. É dizer, se determinado grupo tem sua dignidade afrontada de um modo que em nada contribui para a adesão ao próprio candidato que representa aquele discurso, têm-se a confirmação de um padrão do discurso de ódio eleitoral. Do contrário, se o discurso representa um aspecto essencial do programa do candidato e é um elemento relevante da convicção de seus eleitores para preferirem-no, haverá de ser igualmente relevante a afronta à dignidade do grupo alvo do discurso de ódio eleitoral para que haja uma restrição. Por este motivo, ofensas remotas, como o escárnio dos eleitores da oposição ou pequenos chistes não são suficientes para se enquadrarem no discurso de ódio eleitoral.

De modo similar, baseando-se no padrão instrumental de incremento à democracia (d), não há o discurso de ódio eleitoral se, ao analisarmos o discurso proferido, verificarmos que ele exprime um dos pontos de vista que pode ser validado por uma comunidade cuja vontade política é legitimamente expressa em termos democráticos. Se, por outro lado, o discurso distorce o debate eleitoral, de alguma forma afastando outros pontos de vista válidos enquanto proposta ou vontade política, inclusive com o efeito silenciador sobre outros discursos de outros partidos ou candidatos, trata-se de um discurso de ódio eleitoral. Nesse caso, a restrição goza de constitucionalidade uma

vez que limitar o discurso silenciador significa incrementar o regime democrático por meio de um enriquecimento qualitativo do debate e uma ampliação dos pontos de vista arguidos.

Esse padrão instrumental permite verificar um interessante paradoxo a respeito de um eventual confronto de dois discursos eleitorais, contrários um ao outro, que buscam distorcer o debate público, desrespeitando a premissa democrática do pluralismo e almejando a destruição do outro. Nesse caso, em se tratando de dois discursos de ódio eleitorais, um frente ao outro, o interesse público de assegurar a viabilidade democrática torna-se dispensável. É dizer: não caberá ao Estado regular discursos de ódio que contendem entre si. Anulando-se mutuamente, o papel do Estado em garantir a democracia também se torna supérfluo. No embate entre extremismos antidemocráticos, não cabe ao Estado intervir, uma vez que ele só pode assegurar a defesa dos interesses democráticos que, nesse caso, não figuram entre nenhuma das partes. Na soma zero do radicalismo polarizado, o Estado não pode agir. Se estes dois polos se tornam, eventualmente, as únicas alternativas eleitorais, está-se diante do colapso da democracia.

Pelo padrão instrumental pragmatista (e), o que pode ser identificado no discurso de ódio eleitoral é a falta de uma consolidação das informações, relatos, narrativas, acusações ao longo do tempo. Mesmo que considerando o curto espaço temporal das campanhas, os fatos, valores e opiniões que embasam a propaganda e não se mostram suficientemente fortes para atingir um consenso nem mesmo dentro do próprio conjunto de eleitores de um mesmo partido ou candidato, correspondem a um padrão do discurso de ódio. São ideias que não sobrevivem às críticas internas, sendo rapidamente dispensadas ou, se persistem isoladamente em algumas facções, não se sustentam frente ao juízo geral após o pleito. O exemplo mais claro são as mentiras e notícias falsas, cujo conteúdo pode ser atentatório a dignidade humana. O padrão pragmatista estabelece, portanto, que o discurso de ódio eleitoral não serve de instrumento à formação de convicções consensuais duráveis.

Há os falsos padrões pragmatistas, que não podem ser utilizados como fonte de identificação. São falsas-distinções pois correspondem a critérios que podem ser contornáveis a fim de se afastar a caracterização do discurso de ódio eleitoral. São ilegítimas as distinções de (e.1) ódio vulgar/ ódio sofisticado, pois torna a mera elaboração frasal ou o requinte teórico como artimanha para disfarçar o conteúdo; (e.2) ódio agressivo/ ódio pacífico, uma vez que o estado com que o emissor profere o discurso não deve ser levado em conta, podendo infligir igualmente quem é atingido; (e.3) ódio emocional/ ódio racional, ainda que a emoção seja frequentemente utilizada,

a persuasão racional pode servir da mesma forma, considerando as fontes com que cada um forma sua convicção ao votar; (e.4) ódio contra o indivíduo/ ódio contra um grupo, uma vez que todo indivíduo representa, em alguma medida, o grupo em que se insere, tornando inviável uma mensuração quantitativa para se estabelecer “quantas pessoas devem ser atingidas para se configurar o discurso de ódio eleitoral”; (e.5) ódio expresso por fato/ ódio expresso por opinião, uma vez que a distinção feita entre opinião e fato é, em grande medida, discutível mesmo sob os rigores da filosofia – de modo prático, o dano do discurso frente a dignidade não é suavizado com a alegação de que se trata de mera opinião ou de que o fato não ocorreu.

Por fim, o padrão empírico (f) identifica como discurso de ódio eleitoral apenas danos concretos; logo, se identifica como discurso de ódio eleitoral passível de restrição os danos tangíveis, materiais, físicos, econômicos ou, se emocionais, focados e diretos. Nisso se inclui a violência física, subtrações econômicas, depredações patrimoniais, ataques verbais e ameaças nas formas de incitação ou conivência por candidatos, partidos e eleitores de determinado segmento.

Em suma, considera-se discurso de ódio eleitoral o discurso da exclusão do outro, que agridem genericamente, desvinculados a qualquer programa ou proposta política, cujo a ação é voltada à perturbação pessoal por meio do sentimento de não pertencimento, a insinuação da falta de condições de se integrar na democracia, sem adesão ou elementos de convicção do eleitorado, sem consolidação de consensos duráveis, e ainda a produção (pela incitação ou conivência à violência) de dano aos opositores. Todos aspectos que malferem a dignidade e interferem na normalidade e regularidade do pleito.

Para que se constate que o discurso de ódio pode vir a ser matéria de deliberação, cabe ainda discutir se há legitimidade para esta restrição e se ela encontra amparos institucionais para ser realizada.

2. CABE À JUSTIÇA ELEITORAL COIBIR O DISCURSO DE ÓDIO NAS ELEIÇÕES?

A escolha dos representantes, num Estado Democrático de Direito, é feita por meio de uma escolha livre, pautada da autodeterminação soberana do eleitor, marcando o inegável desconforto institucional a cada vez que se cogita restrições que podem culminar, no limite, à sanção de cassação do mandato eletivo. Por este motivo, a identificação do discurso de ódio eleitoral deve obedecer a princípios mais específicos que o discurso de ódio em geral. É preciso considerar que

se trata de uma limitação com potencial de restrição aos direitos políticos.

A concepção contemporânea de direitos políticos não se reduz a “votar e ser votado”, mas abrange os direitos de efetiva participação e influência nas atividades de governo. É o que postula Teori Zavascki, ao definir os direitos políticos como participações realizadas “através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais”²⁵⁸. Em se tratando de uma alteração dos direitos políticos, tanto ativos dos eleitores, quanto passivos do eleito, a primeira reflexão deve levar em conta a possibilidade de restrição a direitos fundamentais²⁵⁹. Dentre os direitos fundamentais, é necessário incluir os direitos políticos por duas razões: em primeiro lugar, eles formam a base do regime democrático; em segundo, é pela possibilidade de votar e ser votado que se assegura a preservação de todos os demais direitos fundamentais, uma vez que o processo de deliberação política sobre eles depende de cidadãos eleitos. Há ainda uma imbricação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que presume uma dimensão essencial da política como composta por indivíduos livres e iguais²⁶⁰, todos aptos, portanto, a serem os representantes da sociedade que compõe. Logo, por serem fundamentais, há sempre um polêmico debate quando se cogita a possibilidade de restrição dos direitos políticos.

A primeira premissa para a restrição deve ser, por conseguinte, do reconhecimento de uma imposição de limites a um direito político somente justificável mediante uma contraposição a um valor ou princípio constitucional igualmente dotado de fundamentalidade²⁶¹. Ao verificar a proteção dada ao candidato e seu eventual mandato eletivo, nota-se que a própria Constituição estabelece que as eleições devem estar lastreadas por uma garantia fática e jurídica de sua legitimidade e normalidade (art. 14, §9), opondo-se ao abuso de poder, e erigindo a liberdade do

²⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. **Revista de Processo**, ano 22, n. 85, p. 181-189, jan/mar. 1997). A título de exemplo, incluem-se nos direitos políticos o direito de propor ação popular, a participação em processo de criação de partidos políticos, a subscrição em projeto de iniciativa popular.

²⁵⁹ Norberto Bobbio aponta que, a partir da Revolução Francesa, houve uma mudança de perspectiva à respeito dos direitos fundamentais: se no ancien régime, pensavam-se os direitos como uma forma de conservação do todo (concepção organicista), a partir daquele movimento passou-se a considerar o indivíduo como um sujeito de direitos inalienáveis, frente aos quais cabe a proteção pelo próprio Estado – (BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 103-108).

²⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfo contra a maioria**. Coimbra Editora, 2006, p. 19-20.

²⁶¹ GUEDES, Néviton. Comentários aos artigos 14 a 16. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 669).

voto como cláusula pétrea²⁶².

Têm-se aí uma antinomia de comandos normativos de *status* constitucional. Embora legítima, a Constituição não oferece critérios automáticos para a decisão sobre a prevalência dos direitos políticos ou da normalidade do processo eleitoral. Evidentemente, a riqueza na composição de fatores, causas e detalhamentos que só a realidade política prática possui não seria facilmente traduzida nos comandos abstratos dos enunciados constitucionais. Por esse motivo, há sempre uma indelével participação humana na ponderação das antinomias normativas, fundamentada racionalmente²⁶³, observando ainda critérios basilares de todo o ordenamento, tais como a proporcionalidade e a segurança jurídica²⁶⁴. Finalmente, é indispensável considerar que a participação de cidadãos livres e iguais, com igual direito à participação política, é um valor constitucional que deriva da opção pelo regime democrático²⁶⁵.

A representação democrática integra os direitos políticos, conforme dispõe nosso texto constitucional no artigo 14, “caput”, marcando a opção do poder constituinte por este regime. Porém, a democracia é um regime político diverso, cujo conceito não se amolda prontamente às características de diferentes povos e culturas²⁶⁶, mantendo certa polissemia²⁶⁷, inclusive sob o risco de transformar-se em mera platitude²⁶⁸. A simples somatória de votos, congregando uma maioria,

²⁶² Assim, o direito político ao mandato só é legítimo se embasado em regras constitucionais. Tais regras são estabelecidas também de modo infraconstitucional, principalmente, pela Lei das Inelegibilidades, Lei das Eleições, Código Eleitoral e Lei dos Partidos Políticos, perfazendo um microssistema legislativo eleitoral.

²⁶³ Argumenta-se, de plano, que a opção por cassar um mandato é uma medida de caráter excepcional, demandando um ônus argumentativo mais elevado, Cf. FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. Revisitando o direito eleitoral: direitos fundamentais, democracia e o novo constitucionalismo. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito Constitucional Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 93-108, Tratado de Direito Eleitoral, v. 1, p. 108.

²⁶⁴ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 667.

²⁶⁵ Conforme Jorge Miranda, o Estado de Direito ganha o caráter de democrático na medida em que o poder político pertence ao povo e é exercido pela regra da maioria, mas subordinado – material e formalmente – à Constituição, permitindo a interação entre os princípios da soberania do voto e os direitos fundamentais – (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Portugal, Coimbra, 1998, p. 177).

²⁶⁶ Conforme acentua Robert Dahl, há um dinamismo por trás do termo, o que demanda uma constante reflexão sobre seus elementos – (DAHL, Robert. **Sobre a democracia**, op. cit., p. 13).

²⁶⁷ As eleições são um dos elementos centrais, como nota André Ramos Tavares, independentemente da corrente (procedimental, populista, liberal, substancialista, deliberativa, participativa) – (TAVARES, André Ramos. Há uma crise de legitimação eleitoral no mundo? **Revista de Estudos Eleitorais**, v. 5, n. 1, jan./abril 2010, pp. 21-36, Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, p. 23).

²⁶⁸ Kelsen criticava o uso abusivo do termo, o que acabava por esvaziar o conteúdo, transformando-o em mera “palavra de ordem” – (KELSEN, Hans. “Essência e valor da democracia”, In: **A Democracia**. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25.

seria uma definição demasiado estreita. Desde as revoluções americana²⁶⁹ e francesa do século XIX, há por trás do conceito democrático o reconhecimento do poder popular, o governo instituído por meio do livre convencimento, marcando a esfera de autonomia e a liberdade do cidadão. Porém, mesmo salientando-se o caráter popular, os regimes democráticos hoje enfrentam perigos internos, como o aparelhamento de instituições, órgãos fiscalizadores, profissionais da mídia e discursos radicais com viés antidemocrático²⁷⁰.

Sob o viés democrático, o embate de princípios vinculados à deliberação sobre a liberdade de expressão dos candidatos se torna mais nítido: há, por um lado, a manifestação de autonomia, igualdade e liberdade do cidadão, por outro, a necessidade de normalidade e legitimidade do pleito. Esse delicado equilíbrio só pode ser mantido com a existência de um órgão imparcial, desinteressado e apolítico²⁷¹, que no caso brasileiro é a Justiça Eleitoral.

No Brasil, a história de uma justiça especializada para regular as eleições começa com a Constituição de 1934, elaborada no bojo da revolução constitucionalista. Tendo como um dos reclamos mais notórios as fraudes eleitorais²⁷², era necessário desenvolver mecanismos que conferissem maior transparência e lisura aos pleitos²⁷³.

A legitimidade de um direito eleitoral sancionador é justificada constitucionalmente como

²⁶⁹ A Constituição Americana inovou ao criar um modo de governo no qual o povo, e não mais o rei ou uma forma institucional de governo, era expressamente declarado como soberano. As deliberações não deveriam mais serem baseadas num critério de autoridade ou privilégios, mas no conjunto de argumentos (*arguments set*) de maior persuasão – (SUNSTEIN, Cass R., **Democracy and the problem of Free-Speech**. op. cit., p. 14).

²⁷⁰ Tais apontamentos são delineados por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, demonstrando que é possível aos regimes democráticos funcionarem regularmente, com um processo eleitoral periódico, porém infiltrado por vieses autoritários e estratégias sutis de dominação que podem descambar para o autoritarismo – (LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies dies*, trad. port. Aguiar, Renato. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018).

²⁷¹ CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 214.

²⁷² A história das fraudes eleitorais poderia ensejar uma dissertação à parte. O período imperial contava com comissões do próprio Poder Legislativo para averiguar a “legitimidade” das eleições, o que acaba por compor um mero requisito procedimental aos resultados pré-determinados. Assim, os métodos utilizados contavam com a votação “à bico de pena”, na qual eleitores inexistentes, desaparecidos ou falecidos eram inclusos; a “degola”, pela negativa de outorga do diploma aos eleitos; o “fósforo”, que eram eleitores não inscritos que “riscavam em qualquer urna”; o “curral”, que eram estabelecimentos físicos que abrigavam eleitores (a maioria gente do campo), dando-lhes comida e mantendo-os incomunicáveis até o dia do pleito; os “capangas” que eram responsáveis pela intimidação de quem manifestasse oposição ao candidato que o contratava – sobre o tema v. PORTO, Walter Costa. **O voto no Brasil: Da colônia à 6ª República**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002; LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**, 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012; ZILIO, Rodrigo López. **Decisão de cassação de mandato: um método de estruturação**. Salvador: Editorial JusPdivm, 2019.

²⁷³ Necessário, porém, que se faça um aparte para a consideração atual sobre o perigo das judicializações eleitorais como instrumento político. Segundo Dieter Nohlen, um abuso da judicialização dos pleitos pode atrapalhar uma cultura de adesão às regras do jogo, de mútua aceitação dos deveres e compromisso com a honestidade nas campanhas, preferindo-se levar os conflitos aos tribunais – (NOHLEN, Dieter. *La Justicia Electoral y sus desafios actuales em América Latina*. **Elecciones y democracia: la experiencia latino-americana**. Conferencias internacionales em la ONPE. Lima: ONPE, OEI, 2007a, p. 28).

um “garantidor das regras do jogo”, na expressão de Rodrigo López Zilio, que descreve três perspectivas da necessidade de sanção: em primeiro lugar, há a necessária proteção aos valores essenciais do regime democrático, quais sejam, a legitimidade da eleição, a igualdade dos candidatos e a liberdade do eleitor; em segundo lugar, a necessária estruturação de um regime próprio de responsabilização (diverso da seara penal, da responsabilidade civil, ou ainda da improbidade administrativa), que tenha por efeito restaurar os bens jurídicos eleitorais corrompidos por meio de sanções eleitorais próprias; em terceiro lugar, a opção por um controle jurisdicional da regularidade das eleições sob competência de uma justiça especializada, com corpo técnico e sistemas de informação autônomos, aptos a lidar com as questões de cunho eleitoral²⁷⁴. Vale lembrar que o Direito Eleitoral possui uma autonomia frente aos principais ramos do direito, ainda que conte com uma sistematização próxima do processo civil para as ações eleitorais e uma estrutura de processo penal para os crimes eleitorais. Grande parte do conteúdo sancionatório diz respeito a medidas de reparação da propaganda irregular, compreendida como mácula ao bem jurídico da igualdade de condições entre candidatos. Dentre as punições, destacamos a retirada da propaganda, restauração do bem, a perda do tempo no horário eleitoral gratuito, a suspensão do acesso a conteúdo irregular na internet, a suspensão do repasse de cotas do fundo partidário, a cassação do registro ou do diploma, a inelegibilidade e, em casos de crimes eleitorais apenas, se cogita das penas restritas de liberdade, sendo a todas elas individualmente insuficientes para ensejar o estabelecimento de pena a ser cumprida em regime fechado. Vale lembrar, também, que a deliberação sobre imputabilidade dos ilícitos não segue a lógica da responsabilidade civil, nem tampouco as teorias de imputação subjetiva do Direito Penal ou da Lei n. 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa), tornando o modelo sancionatório do direito eleitoral um objeto de estudo à parte.

Se é certo que decisões sancionatórias não podem dispensar o exame de um órgão judicial especializado, com sanções próprias e com um modelo próprio de aplicação, o conteúdo desta decisão deve ser pautado nos direitos fundamentais. Tal opção pela ponderação judicial dos conflitos políticos é um dos momentos de superação do positivismo pós-segunda guerra, dando início a fase de constitucionalização dos direitos, incorporando amplamente os princípios fundamentais nas relações jurídicas²⁷⁵. E o princípio constitucional que mais se adequa às sanções

²⁷⁴ ZILIO, Rodrigo López. **Decisão de cassação de mandato: um método de estruturação**. Salvador: Editorial JusPdivm, 2019, p. 87.

²⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 201.

eleitorais acaba por ser, paradoxalmente, a própria soberania popular: é justamente por meio da técnica processual adequada, com o juízo deliberativo da Justiça Eleitoral, que se restauram as violações democráticas que pervertem a vontade popular²⁷⁶. Logo, as responsabilidades, condenações e eventuais cassações de candidatos, ao contrário de colidir com a soberania popular, a reafirmam e privilegiam, atribuindo legitimidade apenas ao representante votado conforme a regras do jogo eleitoral²⁷⁷.

Se concebemos o discurso de ódio eleitoral como um fenômeno que se caracteriza por um desejo de exclusão do outro, criando-lhe o sentimento de não pertencimento e a falta de condições de se integrar na democracia, temos um ataque a direitos coletivos e individuais que se relacionam diretamente a valores e bens jurídicos eleitorais. Se confirmada a hipótese central deste trabalho de que o discurso de ódio é um ilícito eleitoral, não pode ser outra a resposta da Justiça Eleitoral senão a tutela dos bens eleitorais por meio da coibição do discurso de ódio.

Para investigar tal hipótese é necessária: a) a identificação dos direitos coletivos e individuais atingidos pelo discurso de ódio; b) demonstração da relação de tais direitos com os bens jurídicos eleitorais. Nesta segunda parte do trabalho, dedicada à tarefa dogmática de circunscrever o fenômeno do discurso de ódio eleitoral nos institutos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro. A hipótese de trabalho investiga a concepção o discurso de ódio como um crime eleitoral, passando, em seguida, para a hipótese de conceber a vedação ao discurso de ódio na legislação específica sobre propagandas eleitorais.

3. É O DISCURSO DE ÓDIO UM ILÍCITO ELEITORAL?

Para responder se o discurso de ódio é um ilícito eleitoral investigaremos, inicialmente, de

²⁷⁶ Conforme Luiz Fernando Casagrande Pereira, as decisões de cassação “não se dão em desprestígio da soberania popular”, mas sim conferem-lhe legitimidade plena, uma vez que “a cassação é técnica processual para restabelecer a verdadeira soberania popular, violada toda vez que a eleição se der mediante a prática de abusos capazes de inverter a própria vontade popular”; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Cassação de mandato, o novo efeito suspensivo automático do Código Eleitoral e a tutela de evidência do NCPC. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 15, p. 61-83, jul./dez. 2016; conforme aponta López Zilio, “A ideia de contramajoritariedade, como uma qualificativo das ações de cassação, é justamente para reforçar a legitimidade dessa espécie de decisão judicial” - ZILIO, Rodrigo López. **Decisão de cassação de mandato: um método de estruturação**. Salvador: Editora JusPdivm, 2019, p. 18.

²⁷⁷ Em mesmo sentido, Luís Roberto Barroso destaca o papel do Supremo Tribunal Federal de proteger e promover direitos fundamentais ao resguardar as regras do jogo democrático, salientando inclusive a possibilidade de cassação como uma afirmação, não contradição, à democracia – **(O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 238)

que forma é feita a tutela de bens jurídicos eleitorais. A seguir, investigaremos a hipótese de criminalização do discurso de ódio e se há previsões de vedação ao discurso de ódio na propaganda eleitoral pela via dos instrumentos sancionatórios próprios do Direito Eleitoral.

Há, inicialmente, dois tipos penais eleitorais que parecem se amoldar ao discurso de ódio. São eles a difamação eleitoral e a injúria eleitoral (arts. 325 e 326 do Código Eleitoral). Para verificar se as hipóteses penais se equiparam ao discurso de ódio enquanto padrão de conduta encontrado no mundo dos fatos será necessário um aprofundamento na dogmática penal-eleitoral, examinando os bens jurídicos tutelados, a natureza dos crimes eleitorais e a legitimidade para a penalização. Em seguida, com base nas conclusões extraídas da dogmática, faremos apontamentos sobre a difamação e a injúria enquanto espécies criminais-eleitorais e, ao final, apontaremos se o discurso de ódio se equipara normativamente aos tipos.

Em seguida, a análise será feita a partir das disposições expressas no microsistema eleitoral a respeito das vedações sobre a propaganda eleitoral. Será abordada a presença do ódio (tomando por sinônimos a ira ou a cólera) desde os primórdios da política grega, com sua incorporação histórica ao repertório de símbolos na política brasileira, desde a colonização, culminando nos eventos eleitorais de 2018. A tarefa dogmática de considerar o discurso de ódio como hipótese vedada na legislação eleitoral investigará os institutos de restrição à propaganda do Código Eleitoral e da Lei n. 9.504 de 1997.

3.1 A tutela de bens jurídicos eleitorais

O poder de punir (*ius puniendi*) do Estado decorre de sua Constituição das garantias do artigo 5º, XXXIX, XXV, LIII, LIV. As condutas puníveis, porém, não estão sempre indicadas no texto constitucional, levando ao problema do conceito material de delito, a qualidade enquanto conteúdo da atuação punível²⁷⁸. A partir do princípio da subsidiariedade, ou proteção subsidiária dos bens jurídicos, têm-se que nem todos os bens jurídicos devem ser protegidos pela via penal. É necessário que se investigue qual o critério para seleção de bens jurídicos a fim de que se verifique, por consequência lógica, se o discurso de ódio malfere algum bem resguardado.

A discussão sobre os bens jurídicos é extensa. Vale mencionar, a título de concretização conceptual, que o paradigma inicial buscava encontrar alguns bens cujo valor fosse expressão do

²⁷⁸ ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre, trad. esp. Diego Peña et. Al., **Derecho Penal**, Parte General, Tomo I, Fundamentos: Estructura de la teoría del Delito, Madrid: Civitas, 1997, p.51.

interesse social, da comunidade ou do indivíduo, cabendo o direito proteger-lhe²⁷⁹. Porém a constatação de que há valores por trás de bens seria tautológica se não amparada por algum critério anterior. Sobre a necessidade de uma anterioridade lógica de uma justificativa da escolha dos bens jurídicos, Roxin argumenta, inicialmente, que a adoção de um conceito metodológico acabaria por esvaziar o conceito, transformando em mero princípio de interpretação teleológica. Por isso infere que bens jurídicos devem ser mantidos como escolha conceptual de política criminal. Sua proposta será toma-los como uma postura limitadora do Direito Penal, derivados necessariamente da norma superior doadora de sentido para as garantias dos cidadãos frente ao Estado, ou seja, as normas constitucionais. A Constituição ganha relevância para a atribuição de legitimidade do Estado ao marcar os limites de sua potestade punitiva. Na definição de Roxin, bens jurídicos seriam “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base desta concepção dos fins para o funcionamento do próprio sistema”²⁸⁰. Os termos “circunstâncias” e “finalidades” servem para demarcar pressupostos que não se aliam necessariamente aos interesses governamentais de ocasião. Os “fins para funcionamento do próprio sistema” indicam que bens jurídicos incluem tanto bens da realidade quanto as normas criadas pelo próprio Estado (afastando-se, nesta concepção, o princípio da transcendência).

A fim de que se verifique a legitimidade do Estado em punir criminalmente o discurso de ódio eleitoral, partiremos de três teses de Roxin que ampliam a compreensão sobre uma criteriológica básica, pautada em limitações, sobre os bens jurídicos:

Em primeiro lugar, o autor constata que cominações penais arbitrárias não protegem bens jurídicos. Roxin afirma que as próprias punições devem ter por fim uma liberdade dos cidadãos, bem como ampliar a capacidade funcional do sistema social. No caso do Direito Eleitoral, quaisquer normas cuja patente arbitrariedade seja verificada estariam lesando ao bem jurídico que busca proteger. Assim, como se vê em diversas espécies penais eleitorais, há situações tipificadas passíveis de crítica pela gravidade da pena cominada diante da pouca relevância do fato, como por exemplo, no Artigo 309, “Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem” ou no

²⁷⁹ A noção inicial de bem jurídico (Rechtsgut) de Birnbaum serviu ao propósito ainda anterior de distinguir a violação ao bem propriamente dito, como a vida, a propriedade, a honra, do direito em si, superando o paradigma iluminista do crime como violação a um direito subjetivo. (v. D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Editora Coimbra, 2005, p. 74).

²⁸⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, op. cit., p. 56.

Artigo 311, ao cominar detenção e multa para aquele que “votar em seção eleitoral em que não está inscrito”. Nos casos de crimes contra a honra, no âmbito eleitoral, verifica-se que não houve arbitrariedade na opção do legislador ao tipificá-los, se mantendo consoante aos desígnios do Código Penal de tutela da honra e integridade do indivíduo, mas restringindo a aplicação às circunstâncias do momento eleitoral. Em segundo, a punição não pode ter por finalidade motivos ideológicos. Como as constituições (em sua maioria) não indicam uma fórmula ideológica a ser seguida, não há fundamento para criminalizar com base ideologias – *e.g.* “a manutenção da pureza étnica”. No específico caso do discurso de ódio eleitoral, a ponderação a ser feita é se sua conceptualização não atende a propósitos ligados a determinada ideologia – mesmo que de forma escusa – terminando por se tornar instrumento de perseguição política. Em terceiro, Roxin aponta que “meras imoralidades” não lesionam bens jurídicos. Seu conceito de condutas imorais é estrito: são aquelas que apenas afetam a liberdade individual. Punir a imoralidade pessoal teria por efeito estigmatizar determinados comportamentos e criar conflitos sociais desnecessários. A punição de atos imorais fica condicionada a perturbação da paz pública. No caso do discurso de ódio eleitoral, a análise do bem jurídico deve separar condutas que não tenham efeitos sociais: se intimamente um sujeito pensa tal qual o discurso de ódio (*i.e.*, de modo imoral), não pode haver punição.

Se conformados ao âmbito do Direito Penal comum, o discurso de ódio é aferido quando viola os bens jurídicos da honra, correlacionada constitucionalmente à dignidade da pessoa humana. No caso do discurso de ódio no direito eleitoral, há outros bens jurídicos que são objeto de tutela deste ramo. Como definição inicial de bens jurídicos eleitorais, José Jairo Gomes aponta a proteção dos interesses necessários à configuração da legítima ocupação dos cargos político-eletivos. Dentre os elementos de tal configuração, o autor inclui a lisura e legitimidade do processo eleitoral; o livre exercício da cidadania e dos direitos políticos (ativos e passivos); o resguardo ao sufrágio; a regularidade da campanha política, da propaganda eleitoral, da arrecadação e do dispêndio de recursos; a veracidade do voto e o instituto da representação democrática²⁸¹. López Zilio aponta que “pelo fato de exercer a função de densificação dos ilícitos eleitorais, a normalidade e a legitimidade das eleições, a isonomia e a liberdade do eleitor são princípios que também são concebidos como bens jurídicos eleitorais”²⁸².

Os traços de anacronismo e desorganização sistemática da legislação devem ser levados em

²⁸¹ GOMES, José Jairo. **Crimes e Processo Penal Eleitoral**. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p.3.

²⁸² ZILIO, Rodrigo Lopez, **Crimes eleitorais**, 3ª. ed. ver. ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 20.

conta no processo hermenêutico de definição dos bens jurídicos tutelados²⁸³. Nota-se, de início, a possibilidade de que um mesmo enunciado possa admitir uma releitura sobre o bem jurídico a que se refere, transformando este objeto a partir a hermenêutica constitucional. Em linhas gerais, se a Constituição estabelece os bens jurídicos como limites e garantias do poder punitivo do Estado, é possível que um dispositivo normativo infraconstitucional talhado inicialmente para uma tutela possa servir à outra, conforme o entendimento que se dá às normas superiores doadoras de sentido. É o que se busca demonstrar neste trabalho ao afirmar que, mesmo não tendo sido introduzido o instituto do discurso de ódio, com este específico *nomen iuris*, no direito pátrio, ainda assim deve haver uma tutela do Direito Eleitoral, de vez que bens jurídicos deste ramo são violados.

Não é uma proposta inusitada. O caso em que talvez esse fenômeno se mostre com mais nitidez é a moderna doutrina penal ter admitido a proteção ao chamado bem jurídico penal difuso, segundo o qual, não obstante a eventual lesão de bens jurídicos pertencentes a pessoa(s) determinada(s), diante da concreta possibilidade de também atingir o sistema social, o interesse deste último (toda a coletividade) deverá prevalecer, e é, justamente, nesta última categoria que se inserem o ilícitos penais eleitorais. Nesse sentido o ensinamento de Gianpaolo Poggio Smanio:

“A evolução da doutrina vem acompanhando o desenvolvimento da Teoria do Bem Jurídico e a perspectiva social do crime, deixando de lado cada vez mais o exclusivo individualismo na concepção do Direito Penal, para reconhecer a importância do sistema social na caracterização do bem jurídico. Não se trata de ignorar o interesse humano ou personalista na concepção do bem jurídico [...], cujas garantias individuais estão constitucionalmente garantidas, mas sim reconhecer a evolução social e a importância da manutenção do sistema social, em que os indivíduos encontram sua realização e o desenvolvimento de sua personalidade, para a conceituação do bem jurídico”²⁸⁴.

Conforme afirmamos, os padrões normativos da doutrina brasileira sobre a liberdade de expressão permitem restringir discursos que contrariem disposições constitucionais expressas, como no caso do objetivo de promoção ao bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3, IV); a punição sobre qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e o princípio protetivo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Tais compromissos constitucionais estão

²⁸³ São, segundo Rodrigo Zilio, tipos penais arcaicos, legislação desencontrada e assistemática, alguns tipos estereis e inúteis, traduzidos em sensação de inefetividade - ZILIO, Rodrigo Lopez, **Crimes eleitorais**, 3ª. ed. ver. ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 14 e ss.

²⁸⁴ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O conceito de bem jurídico penal difuso**. Doutrina Adcoas, São Paulo, v. 7, n. 20, out. 2004, p. 393-394.

conjugados ao Direito Eleitoral se concebidos numa visão da integridade do pleito.

Dieter Nohlen destaca o conceito de integridade no Direito Eleitoral como uma forma de conceber o processo eleitoral como, ao mesmo tempo, uma visão global sobre os procedimentos que o compõe e a qualidade do pleito²⁸⁵. Segundo o autor alemão, a integridade eleitoral “se determina como um postulado ético, dirigido ao processo eleitoral como um todo, aos indivíduos e coletivos envolvidos, de comportar-se de forma íntegra, é dizer, honesta, conforme os valores e normas que sustentam as eleições democráticas”²⁸⁶. Assim, o imperativo de normalidade e legitimidade das eleições (art. 14, §9º) é uma noção vinculada a estreita relação entre a vontade dos eleitores e o resultado do pleito; mas não seria exagero supor que este resultado também venha a ser maculado se no desenrolar das campanhas os objetivos constitucionais venham a ser violados.

Uma eleição baseada na discriminação e atentatória a dignidade humana jamais poderia ser vista como legítima uma vez que fere princípios que se sobrelevam à própria ideia de democracia. Conforme analisado, se, ao analisarmos o discurso proferido, ele exprime um dos pontos de vista (ainda que radical) que pode ser validado por uma comunidade, há um incremento no valor democrático. Se, por outro lado, o discurso compromete os pontos de vista rivais, incutindo medo, humilhando ou de alguma forma afastando outros pontos de vista válidos, trata-se de um discurso de ódio. Têm-se aí uma violação às premissas de igualdade, uma vez que o discurso de ódio oblitera as possibilidades equânimes de cada um expressar seu ponto de vista; e a de liberdade, uma vez que a liberdade de sufrágio é pautada numa compreensão autêntica sobre os candidatos em disputa.

Pensemos na hipótese de um candidato que se arvora no papel de representante de determinada etnia e, a partir de então, passe a afirmar seu grupo como superior aos demais. Diferente de uma pauta meramente polêmica ou um posicionamento radical sobre determinado assunto, o discurso de ódio possui uma finalidade precípua de atingir grupos ao apontar que, em alguma medida, eles não pertencem ou não deveriam pertencer àquela comunidade. De pronto, temos uma dimensão violadora da democracia, em seu caráter de pluralidade. No aspecto mais próprio do Direito Eleitoral há ainda um segundo efeito. O discurso de ódio terá necessariamente por efeito pautar o debate: seja para os que corroboram tal visão, seja para criar uma negação veemente de tal fato, é necessário que parte dos esforços argumentativos se volte para a premissa

²⁸⁵ NOHLEN, Dieter. Integridad Electoral. **Diccionario electoral**. Serie Elecciones y democracia. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: IIDH, 2017 apud ZILIO, Rodrigo López. **Decisão de cassação de mandato: um método de estruturação**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 67.

²⁸⁶ Id. Ibid.

da superioridade étnica. Assim, o candidato conseguiu atrair para si a atenção e o tempo de todos os eleitores. Esse subterfúgio desequilibra o pleito de forma indevida. Pode-se argumentar que frequentemente os candidatos buscam estabelecer pautas que lhes interessam, “dominando” a discussão pública e isso não poderia ser objeto de regulação do Direito Eleitoral. Todavia, o discurso de ódio não traduz nenhuma das expectativas democráticas, nem possui o valor de contribuição significativa para o desenvolvimento pragmático do debate. É uma “perda de tempo” do ponto de vista do real comprometimento com a exposição de ideias políticas, comprometendo não apenas os integrantes do grupo atingido, mas a também aos demais candidatos que precisam abrir mão de suas ideias para combater um discurso danoso.

O Brasil possui um sistema eleitoral pautado no modelo concorrencial igualitário das disputas. Esse modelo é verificado nas normas que tratam da propaganda eleitoral e do financiamento de campanha. As normas de propaganda serão tratadas pormenorizadamente adiante; sobre o financiamento de campanha vale notar que a adoção ao modelo de distribuição de recursos públicos por meio do Fundo Partidário e do Fundo Eleitoral buscou equiparar candidatos de diversos potenciais econômicos, estabelecendo-se ainda as ações eleitorais próprias para coibir os abusos de poder entre candidatos de posições sociais distintas²⁸⁷. Essas normas correspondem a um esforço de minimizar os fatores que distorcem o resultado das eleições e acabam por comprometer a autenticidade do pleito. Conforme Óscar Sánchez Muñoz²⁸⁸, o princípio da igualdade nas eleições possui uma dupla dimensão: negativamente, proíbe-se que candidatos possuam vantagens abusivas por meio de situações de superioridade (proibindo-se, na prática, contribuições de pessoas jurídicas, compra de eleitores, uso de prerrogativas de agentes públicos, etc.); positivamente, há um imperativo de ação do próprio Estado para que a disputa se dê de forma equânime, ainda que com isso haja custos necessários (como o uso do financiamento público, a concessão de horário gratuito em emissoras de rádio e televisão, etc.).

A liberdade de voto, por sua vez, é consagrada na ideia de sufrágio universal, consagrado

²⁸⁷ Dessa forma, a Lei Complementar n. 64/90 indica o rito da Ação Judicial de Investigação Eleitoral buscando tutelar a legitimidade e normalidade das eleições; a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo é sinalizada no art. 14, §10 da CF. A primeira cuida de estabelecer sanções para os abusos de poder e econômico; a segunda voltada para condutas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. Vale lembrar ainda das ações de Representação por condutas vedadas aos agentes públicos (arts. 73, 74, 75 e 77 da LE) que buscam minorar os efeitos vantajosos do uso da coisa pública nas eleições.

²⁸⁸ MUÑOZ, Óscar Sánchez. La igualdad de oportunidades em la competición electoral. **Direito Eleitoral – Debates Ibero-americanos**. Compiladores: Ana Cláudia Santano e Eneida Desirré Salgado. Curitiba: Ithala, 2014, p. 349-362 apud ZILIO, Rodrigo López. **Decisão de cassação de mandato: um método de estruturação**. Salvador: Editora JusPdivm, 2019, p. 67.

como cláusula pétrea²⁸⁹. A todos é garantido o direito de influenciar nos rumos do Estado, tomando o voto como um mecanismo de “autoexpressão”²⁹⁰. É, portanto, pautado numa livre compreensão sobre a escolha dos representantes políticos adequados para os cargos eletivos. Conforme nota López Zilio, é “indispensável que esse processo de escolha pessoal seja edificado a partir da recepção de todas as informações necessárias sobre temas essenciais ao debate público, ou seja, a liberdade de sufrágio é naturalmente vinculada a ideia de liberdade de informação e de livre manifestação de pensamento”²⁹¹. O conceito da liberdade do voto não se limita, vale lembrar, à coação física do eleitor, como em ameaças e intimidações pela força; mas também pode ser violado mediante ações psicológicas²⁹², como abusos de agentes públicos ao perfazerem condutas vedadas ou atos ilícitos do ponto de vista econômico. Se é assim, podemos apontar que o discurso de ódio também interfere no livre convencimento. Algumas considerações sobre a doutrina americana sobre restrições da liberdade de expressão podem nos ajudar a compreender a relação entre a liberdade de voto, enquanto premissa democrática, e o discurso de ódio. Conforme estabelecido na discussão sobre a doutrina americana, os discursos políticos são de alto valor (*high value*), porque possuem uma alta pertinência para que a sociedade compreenda os rumos do Estado, o que ganha ainda mais relevância no âmbito eleitoral, em que se decide os representantes pela tomada de decisão política. Os discursos de valor baixo, por outro lado, são aqueles que representam uma baixa pertinência para tomadas de decisão do âmbito público (discussões que afetam a política apenas de modo remoto). O discurso de ódio, conforme destacamos, é paradoxalmente um discurso de valor baixo, uma vez que seu conteúdo não possui relevância para o debate público, mas que pode ter grande influência social, transmitindo ideias de alta aderência na pauta do dia, eivadas de conteúdo ilícito e discriminatório. O discurso de ódio pode, portanto, alterar drasticamente o livre convencimento do eleitor. Ele se apresenta com uma aparência de verdade e de alto valor (*high value*), como quando, por exemplo, se vincula determinada etnia ao terrorismo e à barbárie. Porém

²⁸⁹ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (*omissis*). Adiante: Art. 60 (*omissis*): § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] II - o voto direto, secreto, universal e periódico [...].

²⁹⁰ Conforme Margarete de Castro Coelho, o voto possui uma “implicação moral”, ainda que seu efeito numérico individual seja pequeno – COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da Justiça Eleitoral brasileira para cassações de mandatos eletivos**. Belo Horizonte: Forum, 2015.

²⁹¹ ZILIO, Rodrigo López. **Decisão de cassação de mandato: um método de estruturação**. Salvador: Editora JusPdivm, 2019, p. 75.

²⁹² Conforme Canotilho, o princípio da liberdade do voto se traduz em “garantir ao eleitor um voto formado sem qualquer coação física ou psicológica exterior de entidades públicas ou entidades privadas” – CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Livraria Almedina, 7ª ed. 2003, p. 291.

o valor é pragmaticamente baixo, uma vez que há um consenso identificável de que a) o discurso de ódio nunca se sustenta cientificamente, e b) ele não apresenta nenhum desenvolvimento ao tema envolvido.

Do mesmo modo, no curso das eleições devem ser respeitadas as normas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição, como a Lei 7.716/89 e as disposições normativas pertinentes do microsistema eleitoral. De destaque, temos os tipos penais da difamação e injúria eleitoral que, conforme apontaremos, não se resumem a tutela da honra (objetiva e subjetiva) dos candidatos, mas alcançam desideratos de maior amplitude, como a igualdade de condições no pleito²⁹³.

3.2 Hipótese de criminalização de discurso de ódio eleitoral

Torna-se forçoso admitir que qualquer proposta de definição de crime eleitoral, bem como a escolha para seu regramento processual, levará diretamente ao problema do bem jurídico tutelado e sua potencial transformação para adequar-se às normas constitucionais. Para examinar a hipótese de criminalização do discurso de ódio eleitoral, investigaremos cinco teses: a) se a criação do tipo penal do discurso de ódio é legítima; b) se a natureza dos crimes eleitorais é condizente com o discurso de ódio; c) se há fontes no ordenamento brasileiro que justificam a introdução do discurso de ódio no âmbito penal; d) se os crimes eleitorais contra a honra servem para coibir o discurso de ódio; e) se as características processuais dos crimes contra a honra sustentam sua aplicação nos casos de discurso de ódio.

3.2.1 A legitimidade da criação do tipo penal

Para adentar aos tipos penais é preciso considerar, inicialmente, que a penalização do discurso de ódio trabalha com a incorporação de um conceito novo a institutos consolidados, havendo aí um maior ou menor grau de congruência a depender do tipo de conceito estabelecido previamente para o discurso de ódio. Esta incorporação, por ser nova e trabalhar diretamente com a ampliação do poder punitivo do Estado, deve se justificar como legítima, sob pena de carecer de um fundamento racional para sua existência.

²⁹³ Ainda, têm-se ainda um terceiro tipo de restrição constitucionalmente válida à liberdade de expressão se constatado que o discurso de ódio venha a comprometer outros bens jurídicos verificáveis por meio das colisões entre direitos fundamentais que só podem ser vislumbradas na prática.

A legitimação da criminalização do discurso de ódio estaria ligada a comprovação de uma coerência interna da operacionalização do tipo dentro do Direito Penal e seus efeitos na realidade. Sendo que o Direito Penal, como os demais ramos do direito, atende ao desígnio de cumprir valores almejados pelo homem, a criminalização só se torna legítima se o tipo criado atende concretamente àquele valor. Em outras palavras, se o Direito Penal se vale do exercício do poder estatal para proteger a dignidade de pessoas, deve ser comprovável seu potencial de reduzir os efeitos indesejáveis do discurso de ódio. Se a tipificação amplia os conflitos, ela é ilegítima.

Este paradigma de legitimação com base na concretude de resultados se antepõe a legitimações baseadas na mensagem simbólica do Estado por meio da criminalização. Conforme descreve Jacson Zilio²⁹⁴:

O risco disso é legitimar o poder político pela existência de uma simples mensagem geradora da sensação de que algo se está a fazer, além de, na realidade, manter um direito penal seletivo e desigual, inclusive na caracterização do que se tem como discurso de ódio, contra as próprias classes marginalizadas do sistema de capital.

A função expressiva da criação de tipos penais é, por um lado, justificada na teoria da pena pela ideia de prevenção geral. Indivíduos potencialmente racistas ou propagadores de mensagens de ódio receberiam uma sinalização negativa do Estado a respeito de suas condutas. Por outro, oferece os riscos do arbítrio estatal para delimitação das condutas (conforme os argumentos do tipo *slippery-slope*) e a desconfiança sobre a legitimidade do próprio Estado em estabelecer quais os limites do debate democrático.

No caso do discurso de ódio propagado em âmbito eleitoral, a legitimidade para a criação (ainda que aproveitando institutos dos crimes eleitorais contra a honra) deve igualmente estar ligada a uma comprovação fática de seu potencial de reduzir os efeitos danosos à dignidade da pessoa humana. Neste ponto, há um grande ônus argumentativo em tornar legítima a criação de tipos penais eleitorais se olharmos para a franca ineficácia destes institutos.

Sob uma perspectiva crítica, reafirmando o caráter acessório e subsidiário do direito penal, que José Edvaldo Pereira Sales²⁹⁵ aponta a inadequação sistêmica de terem sido criados tipos penais para regular as condutas nocivas no âmbito eleitoral sendo que preexistem alternativas

²⁹⁴ ZILIO, Jacson. Direito Penal e Discurso de Ódio, In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 181-204, jan./jun. 2017, p. 194.

²⁹⁵ SALES, José Edvaldo Pereira. As (im)possibilidades de um direito penal eleitoral brasileiro, In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.): **Direito Penal e Processo Penal Eleitoral** – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 35 (Tratado de Direito Eleitoral, vol. 8).

sancionatórias. Além disso, o autor chega a conclusão paradoxal de que são as sanções eleitorais não-penais se mostram ainda mais graves do que a *ultima ratio* penal: é que as penas cominadas para crimes eleitorais são “ninharias”, dois terços dos tipos podem ser classificados como de menor potencial ofensivo e, na prática, nenhuma delas alcança penas que seriam aplicadas na modalidade de reclusão em regime fechado. Por outro lado, sanções como a inelegibilidade por oito anos ou a cassação do registro ou diploma representam a interrupção da carreira política dos réus, incluindo o dispêndio de tempo e recursos irrecuperáveis. A rigor, a pena mais grave que sucede aos condenados por crimes eleitorais não é reclusão, mas a inelegibilidade reflexa em decorrência da aplicação da Lei Complementar n. 64 de 1990²⁹⁶. Ainda mais problemática é a legitimação da existência dos crimes eleitorais sob a análise da teoria da pena: conforme indaga José Edvaldo, a que se presta a punição dos réus? A ressocialização? Intimidação? Gerar o temor da coletividade? Punir retributivamente?

Tais questionamentos denotam a fragilidade do escopo e do objeto de tutela do direito penal eleitoral. Todavia, não se pode recusar a possibilidade de investigação do discurso de ódio, quando ocorrido no âmbito eleitoral, em se enquadrar sob uma das modalidades tipificadas uma vez que, sob os aspectos da necessidade de resguardo a bens difusos, os bens jurídicos eleitorais guardam relações com os padrões de discurso de ódio. Uma primeira aproximação deve averiguar a natureza jurídica dos crimes eleitorais para que se compreenda há equiparação dos institutos do direito penal comum ou se se tratam de crimes políticos.

3.2.2 Natureza jurídica dos crimes eleitorais

A natureza jurídica dos crimes eleitorais é compreendida pela jurisprudência (HC 65.406 e 42.108/PE) como uma espécie dos crimes comuns, reservando a categoria de crimes políticos apenas aos crimes listados na Lei n. 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional)²⁹⁷. José Jairo Gomes acentua que o sentido técnico dos crimes eleitorais se afasta da coloração ideológica que motivam

²⁹⁶ A partir da modificação pela Lei Complementar n. 135 de 2010, o art. 1º, inciso I, alínea “e”, passou a ter a seguinte redação: Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; [...].

²⁹⁷ A discussão se baseia no caráter distintivo dos crimes políticos, voltados a uma ação disruptiva do ambiente político-institucional do Estado. Por esse motivo, a jurisprudência do STF indicou que somente são crimes políticos àqueles referidos na Lei n. 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional) – (STF – RC n. 1468/RJ, p. 88). A doutrina, todavia, não é isenta de discordâncias quanto a qualidade política dos crimes eleitorais. V. por todos, DELMANTO, Celso, et. al. Código penal comentado, 8ª ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 299.

os crimes políticos, não havendo nos tipos elementos que permitam concluir a motivação dos autores como direcionada a uma desestruturação ou desarticulação da organização política do Estado²⁹⁸. A hipótese de configuração dos crimes eleitorais como crimes políticos se sustenta por uma relação remota entre o desígnio estrutural das eleições para a organização do Estado e o potencial risco que as condutas tipificadas teriam de alterar tal organização. Todavia, a própria conceptualização dos bens jurídicos tutelados pelo direito eleitoral dá conta de afastar essa hipótese, indicando que não busca proteger a organização do Estado, enquanto instituição, mas sim bens que integram o processo eleitoral, como a lisura do alistamento, a formação do corpo eleitoral, a liberdade do eleitor, a veracidade da votação e a representatividade do eleito. A ligação de tais bens como a organização estatal, conforme afirmamos, é demasiado remota para que se equipare aos crimes políticos. Conforme argumenta, José Jairo, se tal ilação fosse permitida praticamente todos os tipos penais prefigurariam um atentado ao Estado em alguma medida, acabando por esvaziar o conceito de crime político²⁹⁹.

A distinção é relevante pois a competência para o julgamento do crime político pertence à Justiça Federal (CF, art. 109, IV), com possibilidade de recurso ordinário ao STF (CF, art. 102, II, b). Por força do artigo 287³⁰⁰ do Código Eleitoral, os fatos incriminados no âmbito eleitoral recebem aplicação do regramento dogmático do Código Penal. É dizer: as teorias, sistematizações, interpretações e princípios penais incidem sobre a aplicação dos tipos indicados na norma. É possível, portanto, que se aproveite os institutos de extinção de punibilidade, exclusão de ilicitude, erros de tipo e de proibição, relação de causalidade, tentativa, imputabilidade, tempo e lugar do crime³⁰¹. Feitas estas ponderações, não seria difícil concluir pela aplicação do processo penal dos crimes comuns no âmbito eleitoral. Todavia, como veremos em sequência, tal equiparação de institutos não é tão simples.

3.2.3 Interpretação extensiva conforme entendimento do STF

Dispor sobre um conceito criminal prévio para ajustá-lo a um novo fenômeno é sempre uma tarefa delicada. Há, por um lado, a necessidade de sempre readequar os tipos penais consolidados ao tempo do legislador à novas circunstâncias sociais, econômicas e políticas; por outro, há o

²⁹⁸ GOMES, José Jairo. **Crimes e Processo Penal Eleitoral**. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p.9.

²⁹⁹ GOMES, José Jairo. **Crimes e Processo Penal Eleitoral**. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p.9.

³⁰⁰ Art. 287. Aplicam-se aos fatos incriminados nesta lei as regras gerais do Código Penal.

³⁰¹ GOMES, José Jairo. **Crimes e Processo Penal Eleitoral**. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p.10.

imperativo de legalidade estabelecido no art. 5º, XXXIX, garantindo que não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Sendo a matéria penal sujeita à reserva legal absoluta, apenas uma lei em sentido formal daria conta de estabelecer um crime perfeitamente amoldado à conduta que classificamos conforme os padrões do discurso de ódio³⁰².

Num primeiro paradigma, temos que a possibilidade de criminalização de condutas não previstas em lei também desobedece a garantia firmada pelo Estado brasileiro por meio de tratados internacionais, como é o caso do Artigo 9 da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁰³ e do art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁰⁴, todos reafirmando a indispensabilidade da existência de lei em sentido estrito para que seja viável a punição penal de determinada conduta. Inviável também que, por meio de tratados internacionais, se admita a reinterpretação de tipos penais, conforme estabelecido no RHC 12.1835/PE de 2014, no qual firmou-se o entendimento de que a Convenção de Palermo³⁰⁵ não poderia ser utilizada para suprir a omissão legislativa quanto à definição jurídica de organização criminosa.

Por outro lado, a interpretação extensiva de tipos penais teve um segundo paradigma inaugurado com a ADO n. 26/DF, na qual se entendeu viável a interpretação do art. 1º da Lei n. 7.716/89. A tese consolidada foi:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém,

³⁰² Da mesma forma, o STF já se pronunciou a respeito conforme ementa: Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF) - (RHC 121.835 Agr/PE, Rel. Min. Celso de Mello).

³⁰³ O Decreto n. 678 de 1992, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assim dispõe em seu Artigo 9: Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

³⁰⁴ O Decreto n. 592 de 1992 que promulga Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dispõe em seu Artigo 15 que: ninguém poderá ser condenado por atos omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.

³⁰⁵ Admitida no ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 5.015 de 2005, trata-se de convenção realizada no âmbito das Nações Unidas para o combate ao crime organizado transnacional. O STF decidiu que os crimes ali elencados não podem constitui sucedâneo à promulgação do tipo penal por meio de lei formal e direta - (RHC 121835/PE. Relator: Min. Celso de Mello, 2ª Turma. DJ Nr. 60 do dia 27/03/2014).

por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”) [...].

Assim, com o ajuste jurisprudencial feito pela interpretação constitucional da Lei nº 7.716 de 1989, surge uma abertura conceitual, dogmaticamente sustentável, para que o discurso de ódio, em que pese a ausência do *nomen iuris* no ordenamento, possa ser criminalizado. Resta, agora, apontar a adequação do discurso de ódio a espécies já normatizadas no âmbito eleitoral.

3.2.4 Crimes eleitorais contra a honra

Conforme estabelece o art. 5º, inciso X, a honra integra os direitos fundamentais do homem. Sua normatização infraconstitucional é encontrada no Código Penal, no Código Penal Militar, no Código Eleitoral, dentre outros instrumentos. Uma das características que divisam a honra de outros bens está no fato de ser, a princípio, sujeita a um dano irreversível. Sua reparação só pode ser feita, como o é por meio de institutos do direito civil, por meio de indenização pecuniária; ou pelo restabelecimento pela retratação do ofensor. Todavia, conforme adverte Pontes de Miranda, a reparação natural é quase sempre impossível, uma vez que as circunstâncias em que há violação da honra jamais são completamente restabelecidas ao *status quo ante*³⁰⁶.

Do ponto de vista penal, a criação de tipos para proteger a honra esbarravam no problema dogmático de se punir “atos” que são, a rigor, manifestações de pensamentos, sentimentos e se propagam, na maioria das vezes, pelo discurso. Não somente a calúnia, difamação e injúria, mas também os tipos penais da ameaça, falso testemunho, apologia, incitação à discriminação ou preconceito e as participações por instigação têm de levar em conta a que tipo de ato se referem. Os delitos de palavras não se adaptavam bem a teoria dos causalistas, para os quais a ação era um conceito pré-jurídico que se dava a partir de uma vontade interna que alterava o mundo exterior; então, o insulto verbal, segundo Liszt³⁰⁷, era identificado como “provocação de vibrações no ar e processos fisiológicos no sistema nervoso do agredido”. Evidente que faltava aí o mais relevante, que era o sentido social que as palavras possuíam, mas, sendo naturalista-causal, a teoria se

³⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 54, § 5536, p. 61

³⁰⁷ VON LISZT, F. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin; Leipzig, 1884, p. 107 apud ZILIO, Jacson. Direito Penal e Discurso de Ódio, In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 181-204, jan./jun. 2017, p. 187.

mostrava inadequada para uma correta conceptualização do crime. O finalismo de Welzel se mostraria mais apto, uma vez que era o significado que atingia a vítima, com o sujeito do crime tendo em vista o desencadeamento de atos e possíveis consequências a partir da ação de injuriar. Finalmente, numa etapa final das teorias sobre o conceito de ação no direito penal, o significado passaria não mais a ser extraído dos discursos, mas sim a ser um significado atribuído pela própria norma. A ação se torna um agir comunicativo. Conforme explica Jacson Zilio³⁰⁸, ações (dentre as quais o discurso proferido pelo agente) são interpretações que são dadas a determinado comportamento humano; sendo necessária a interpretação proveniente da norma, as ações não dependem mais das categorias naturais ou finalísticas, mas do significado intersubjetivo que se atribui.

O Código Penal cuida da atribuir sanções a condutas que violem a honra, a saber, os tipos penais da calúnia, difamação e injúria. Esta honra deve ser concebida como aspecto integrante da dignidade pessoal e, conforme aponta Juarez Tavares, como função social destinada à pessoa: “desse binômio dignidade/função social é que será possível alcançar o conteúdo do conceito de honra, desvinculando-o tanto de seus aspectos empírico-objetivos de constatação, quanto de sentimentos pessoais e emocionais”³⁰⁹. Essa dignidade, portanto, abstraída da divisão clássica entre honra objetiva e subjetiva, é derivada na concepção kantiana de sujeito autônomo, impassível de ser instrumentalizado e autocompetente para agir e orientar-se valorativamente. É sob este aspecto de violação a dignidade que o discurso de ódio se configura como atentatório ao mesmo bem jurídico dos crimes contra a honra.

Persiste, porém, a necessidade de uma criteriologia própria do discurso de ódio para se configurar como crime eleitoral, mesmo que já previamente ínsito na categoria dos crimes contra a honra e deles extraindo a legitimidade. A doutrina³¹⁰ sobre os crimes contra a honra tipificados nos artigos 324 a 326 do Código Eleitoral os distingue dos crimes comuns por duas circunstâncias: o elemento temporal do tipo, com o fato inserido no período de campanha eleitoral ou visando fins

³⁰⁸ ZILIO, Jacson. Direito Penal e Discurso de Ódio, In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 181-204, jan./jun. 2017, p. 188.

³⁰⁹ TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra. RBCCrim: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 94, jan./fev. 2012, p. 89-132 apud ZILIO, Jacson. Direito Penal e Discurso de Ódio, In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 181-204, jan./jun. 2017, p. 187.

³¹⁰ REMÉDIO, José Antônio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; KIM, Richard Pae. Crimes contra a honra e a verdade nas campanhas eleitorais na internet: uma necessária revisitação em uma sociedade em rede. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 214. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 8).

de propaganda eleitoral (dolo específico) – bastando a ocorrência de apenas um desses elementos alternativamente. Não faria sentido, portanto, atribuir o sentido extraído da norma pelo agir comunicativo correspondente a violação da honra ou da dignidade humana. Por consequência e apesar do nome, os crimes eleitorais contra a honra devem ter por objeto de tutela o bem jurídico diverso da honra. Corroborar esta hipótese de pensarmos que, sendo a honra um aspecto indelegável e constantemente presente na esfera de direitos pessoais do indivíduo, bem como é sua dignidade, o marco temporal do início das eleições (seja o início das convenções ou da campanha) não poderia ter o condão de estabelecer uma honra “extra”, na qual os sujeitos são investidos de um bem jurídico diverso daquele que já é tutelado pelo Direito Penal comum.

A jurisprudência eleitoral corrobora a tese de que não se trata de uma tutela da honra. No julgamento do Habeas Corpus nº 187.635-MG, em 14 de dezembro 2000, o TSE entendeu que não é requisito subjetivo da difamação eleitoral (art. 325) que ela seja direcionada a um dos candidatos, uma vez que a norma descreve a conduta sem especificar legalmente a quem ela se dirige. Se é assim, não há uma “honra dos candidatos” diversa da “honra dos eleitores”; ao abrir mão da exclusividade do requisito subjetivo para a consumação do crime fica claro mais uma vez que não se trata de uma violação à pessoa, mas a bens jurídicos difusos, como a normalidade e regularidade das eleições. O mesmo entendimento foi firmado para a injúria eleitoral, inscrito no art. 326 do CE, em sede de julgamento do TSE no HC nº 186.635-MG, em 14 de dezembro de 2010: candidatos não são exclusivamente as vítimas, o que desmente a tese de que haveria uma honra existente no período eleitoral.

O HC n. 186.819-PR elencou mais argumentos em favor da relação entre a difamação eleitoral e a tutela das eleições e não aos sujeitos. Neste caso, havia uma página anônima criticando a Administração municipal durante o período eleitoral; ao ser descoberto, o réu invocou o direito constitucional a livre manifestação de pensamento, mas o TSE considerou que o princípio constitucional não se sobrepunha a reserva legal dos art. 325 do CE, tornando o fato punível. Assim, foi firmado o entendimento que “o eleitor que cria página anônima no Facebook para fomentar críticas à administração municipal em exercício e aos candidatos da situação responde por seu conteúdo, não sendo possível invocar a garantia constitucional relativa à livre manifestação do pensamento, em razão do anonimato empreendido”, e que “o direito de crítica não é absoluto e, portanto, não impede a caracterização dos crimes contra a honra quando o agente parte para a ofensa pessoal”. As ofensas perpetradas recaíram inclusive sobre as coligações, que sequer são

peessoas de direito: “o que se verifica no caso de referências feitas ao prefeito municipal, ao candidato que disputa a sua sucessão e à formação de coligações, demonstrando o propósito do agente de influir na propaganda eleitoral de forma negativa”. Este entendimento reforça a tese de que o crime de difamação do art. 325 do Código Eleitoral não tutela a honra de indivíduos, mas a normalidade do pleito.

3.2.5 Características processuais

Outro indício de que não se trata da honra (objetiva ou subjetiva) o objeto da tutela dos tipos penais inscritos nos artigos 324, 325 e 326 é a categoria processual a que pertencem. São, como todos os crimes eleitorais, de ação penal pública incondicionada. Ao contrário dos crimes comuns contra a honra, não há o direito da própria vítima solicitar a persecução penal do Estado por meio da queixa-crime, em ação penal privada³¹¹. Tal opção legislativa se justifica porquanto o bem jurídico tutelado por todos os ilícitos eleitorais, em última análise, é a regularidade e higidez do próprio regime democrático. Em consequência, independentemente do ilícito eleitoral que tenha sido levado a efeito, a sociedade será a maior lesada, pois se vê inserida em um pleito viciado e ilegítimo, seja porque houve inscrição ou transferência fraudulenta de eleitores, pela violação da honra de outrem na propaganda eleitoral, seja porque se perpetrou a famigerada corrupção eleitoral, dentre outros.

Assim, nota-se uma tutela processual voltada para bens coletivos e difusos³¹². Por exemplo, pelo princípio da indisponibilidade, proíbe-se que o Ministério Público eleitoral desista da ação

³¹¹ É possível que o cidadão relate a ocorrência a autoridade policial pela notícia de fato (notícia-crime), um termo circunstanciado de ocorrência, uma apuração já formalizada no âmbito de um inquérito policial, um procedimento investigatório criminal (PIC), um inquérito judicial ou o relatório de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). Normativamente, a apuração de crimes eleitorais é tratada na Resolução nº 23.396 de 2013. Há alguns pontos polêmicos nesta resolução que merecem destaque. Um deles é discussão sobre a prerrogativa do Ministério Público iniciar o inquérito de ofício, dispensando a autorização do Juízo competente. No art. 8º da referida Resolução, em sua redação original, dispunha que o inquérito policial eleitoral somente seria instaurado por determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante. Logo se notou a exclusão do Ministério Público, que possuía poder de requisição investigatória na Resolução anterior. Com isso questionou-se se haveria aí inconstitucionalidade, haja vista o art. 129, VIII da CF tratar como uma das funções institucionais do MP a possibilidade de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. O tema foi objeto da ADI nº 5104, que suspendeu a eficácia da norma pacificado em 2014 com a alteração da Resolução, passando a estabelecer em seu art. 8º que o inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante requisição do Ministério Público Eleitoral ou determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante.

³¹² Evandro Capano aponta para a existência de um Sistema de Tutela Penal Eleitoral, reconhecendo um sistema próprio de valores fundamentais a serem tutelados, como o voto universal, direto, secreto, igual e livre, a soberania e o pluralismo político – (CAPANO, Evandro Fabiani, Tutela Penal Eleitoral, in: **Direito Eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo**, HERMAN, Monica Caggiano, coord, São Paulo: Saraiva, 2013, p.228 e ss).

penal eleitoral (artigo 42 do CPP) ou do recurso interposto (artigo 576 do CPP). O Ministério Público Eleitoral pode renunciar à interposição do recurso, mas não pode desistir, pois a renúncia ocorre antes da interposição do recurso. Pode haver somente a suspensão condicional do processo por força das disposições da Lei 9.099/95, obedecidos os requisitos do artigo 89 da referida lei e do artigo 77 do Código Penal.

Há casos, porém, que permitem a atuação do ofendido na inércia do Ministério Público por meio de ação penal privada subsidiária da pública. Assim, nos ilícitos eleitorais em que houver um indivíduo mediamente atingido pela conduta ilícita – por exemplo, nos crimes contra a honra praticados no âmbito da propaganda eleitoral, caso o representante do Ministério Público não requeira a realização de diligências complementares ou, diante da prova da existência do crime bem como de indícios suficientes da respectiva autoria, não promova a competente ação penal no tempo e modo oportunos –, estará a pessoa também atingida autorizada a manejar queixa-crime subsidiária. Nesse sentido decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, formulando a tese de que “Na medida em que a própria Carta Magna não estabeleceu nenhuma restrição quanto à aplicação da ação penal privada subsidiária, nos processos relativos aos delitos previstos na legislação especial, deve ser ela admitida nas ações em que se apuram crimes eleitorais”³¹³.

Assim, nos crimes contra a honra praticados no âmbito da propaganda eleitoral, caso o representante do Ministério Público não requeira a realização de diligências complementares ou, diante da prova da existência do crime bem como de indícios suficientes da respectiva autoria, não promova a competente ação penal no tempo e modo oportunos –, estará a pessoa também atingida autorizada a manejar queixa-crime subsidiária³¹⁴. Nesse caso, diferente da ação pública instaurada pelo MP, há a Queixa-crime com os mesmos requisitos, podendo ainda ser aditada pelo MP, segundo o artigo 45 do Código de Processo Penal³¹⁵.

As diferenças entre a ação penal eleitoral subsidiária da pública incondicionada e ação penal eleitoral *privada* subsidiária da pública incondicionada são sutis, conforme Francisco Barros³¹⁶ aponta:

³¹³ REspe n. 21.295, Acórdão n. 21.295 de 14.8.2003, rel. min. Fernando Neves da Silva. Publicação: DJ, volume 1, 17 out. 2003, p. 131, RJTSE, volume 14, Tomo 4, p. 227.

³¹⁴ REspe n. 21.295. Se, todavia, há diligências sendo cumpridas ou pedido de arquivamento, não é possível intentar a Ação Penal privada subsidiária.

³¹⁵ Art. 45: A queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subsequentes do processo.

³¹⁶ BARROS, Francisco Dirceu. **Direito processual eleitoral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.40-45.

A origem das duas ações são a mesma, qual seja, inércia do Ministério Público Eleitoral, mas há duas importantes diferenças; o prazo de interposição: a) na ação penal eleitoral privada subsidiária da pública incondicionada, há um prazo decadencial³¹⁷; b) na ação penal eleitoral pública subsidiária da pública incondicionada, não há um prazo decadencial e sim um prazo prescricional. Segunda diferença: a) na ação penal eleitoral privada subsidiária da pública incondicionada, a legitimidade é do ofendido ou seu representante legal; b) na ação penal eleitoral pública subsidiária da pública incondicionada, a legitimidade é do Ministério Público Eleitoral (PRE ou PGE).

Ainda que seja disponível a interpelação do Estado para dar início à persecução penal pela ação penal privada subsidiária da pública, a opção processual padrão pela ação pública incondicionada embasa o argumento de que não se trata da tutela da honra, mas de interesses difusos sobre a eleição.

Cabe mencionar que, paradoxalmente, a honra do indivíduo (vítima) pode ser ainda mais afetada. Luiz Carlos Gonçalves descreve o efeito processual de colocar o Ministério Público Eleitoral na posição de “árbitro da honra alheia”, “tirando da vítima direta qualquer possibilidade de dispor sobre a realização do inquérito e do processo”³¹⁸.

Há algumas ressalvas no entendimento do total alheamento da vítima. A Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime) alterou as disposições do artigo 28 do CPP, afastando o poder decisório do juiz em se negar a arquivar. Na prática, se pensarmos que o juiz recalcitrante em relação ao arquivamento já era impotente, uma vez que se obrigava diante da manifestação ministerial do Procurador (ou Câmara de Coordenação e Revisão, no caso do Direito Eleitoral), vemos que as alterações tornaram o procedimento autônomo, reforçando a dualidade entre quem acusa e quem julga. Francisco Barros defende que tal medida tenha contribuído para consolidar o princípio acusatório no Processo Penal brasileiro, uma vez que “antes de deflagrada a ação penal, a inércia do juiz em relação à persecução penal deve ser absoluta, não sendo possível a adoção de medidas que promovam ou incentivem a decisão de acusar, sob pena de quebra do princípio da imparcialidade objetiva”³¹⁹. A decisão de não acusar torna-se autônoma, insuscetível de intervenção do juiz, oferecendo uma garantia ao réu de não ser colocado numa disputa de forças entre órgãos distintos. Ademais, impede

³¹⁷ Em se tratando de ação penal pública incondicionada, não há falar-se em decadência, instituto inerente aos crimes de ação privada ou de ação pública condicionada.” (STF – HC 76.398/SP – 2a Turma; RTJ 174/179).

³¹⁸ GONÇALVES, Luiz Carlos. **Crimes eleitorais e processo eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 81

³¹⁹ BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. **O arquivamento do inquérito policial pelo ministério público após a Lei Anticrime**, disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/>. Acesso em mar. de 2020.

que o juiz recalcitrante se apresente desde logo como um acusador mais veemente que o próprio acusador ministerial. A decisão do arquivamento exigirá apenas que o órgão ministerial superior (no caso eleitoral, a Câmara de Coordenação e Revisão) reitere a opinião do promotor natural realizando a homologação ou, se entender de modo diverso, exija a revisão, com substituição de seu pronunciamento em favor da realização de diligências complementares ou da deflagração imediata da ação penal. Esse novo encadeamento assegura de um lado o princípio acusatório e, de outro, mantém a supervisão dos atos iniciais pela instância ministerial superior, que poderá certificar o resguardo do interesse público, da vítima e orientar a política criminal da instituição. Tal técnica veio a prestigiar a unidade orgânica do Ministério Público, atendendo ao preceito constitucional do art. 127, §1º da Constituição Federal³²⁰. Foi, além disso, salutar no sentido de promover estratégias de aperfeiçoamento da segurança jurídica, conforme nota Francisco Barros³²¹:

O novo mecanismo do art. 28 do CPP permite consolidar entendimentos institucionais coerentes e objetivos para todos os inquéritos arquivados em um Estado ou na Justiça Federal. Não se trata apenas de um enriquecimento do patrimônio informacional da instituição, do ponto de vista estatístico e qualitativo, mas de uma ferramenta de boa gestão de recursos humanos e materiais para os fins da persecução criminal, permitindo à instância superior orientar o Parquet em relação ao princípio da oportunidade da ação penal, em torno da insignificância, ou no tema da justiça pactuada ou da justiça restaurativa, por exemplo, com elevado proveito para a segurança jurídica e o correto emprego das verbas do orçamento orgânico.

A mudança trouxe ainda uma nova forma de se evitar o arquivamento, introduzindo a participação da vítima nesta fase procedimental. Ao arquivar o caso, o promotor ou procurador deve determinar a intimação do ofendido ou de seu representante legal, pessoalmente, por escrito ou por comunicação digital, para que exerça seu direito de recorrer em 30 dias, com apresentação de suas razões ao órgão revisional do Ministério Público. A vítima, ou seu representante legal, passam a figurar ativamente na fase inquisitorial podendo obter a reparação pelo crime que sofreu

³²⁰ As modificações da Lei Anticrime foram internamente introduzidas, com detalhe, estabelecendo a prevalência da nova fórmula para o arquivamento, segundo os padrões da nova lei, por meio da Resolução CNMP 183/2019 do Conselho Nacional do Ministério Público.

³²¹ BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. **O arquivamento do inquérito policial pelo ministério público após a Lei Anticrime**, disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/>. Acesso em mar. de 2020.

e ver o responsável processado e punido, com vistas, inclusive, à indenização civil³²².

Neste momento, se impõem as observações sobre a legitimidade da criação do tipo ser verificável apenas quando da concreta operacionalização na consecução de valores almejados: é que com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, a vítima se torna passível de figurar indesejavelmente no processo, podendo ser exposta ainda mais pela repercussão das audiências, oitivas, defesas, etc. Este fenômeno da vitimização secundária corresponderia a uma violação ainda maior da honra. A operacionalização prática se torna ainda mais dubitável se levado em conta que, com as redes sociais, as ofensas propagadas nas eleições serão em quantidades inverificáveis ou mesmo dificilmente investigáveis se feitas por meio de aplicativos de mensagens instantâneas.

Há ainda que se questionar o risco de enviesamento dos atores do processo, uma vez que os interesses políticos estão abertamente em jogo. A deliberação judicial sobre crimes de forte teor ideológico deve levar em conta que o juiz, sendo também cidadão e eleitor, não está imune às influências psicológicas do pleito. A reforma de 2008 do Código de Processo Penal alterou o § 2º do art. 399 do CPP, trazendo para o processo penal o instituto da identidade física do juiz – já há muito tempo previsto no ordenamento processual civil – por meio do qual determina-se que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Esta alteração supunha conferir maior eficiência à atuação jurisdicional, aproximando o juiz da realidade dos fatos, uma vez que o magistrado que esteve fisicamente presente à audiência (que passou a ser una, na qual se produzem todas as provas) e que teve contato direto com as testemunhas e como réu teria melhores condições de proferir sentença. A doutrina considerou tal medida de efeito garantista, considerando, por exemplo, que melhor seria um juiz presente nas audiência “do que o juiz que simplesmente tem contato com os depoimentos transcritos [...], ou mesmo aquele que se limitou a assistir ao vídeo da audiência; pois, obviamente, este último método, apesar de mais eficiente que o primeiro (mera transcrição dos depoimentos), não é capaz de transmitir as mesmas impressões do contato pessoal”³²³. Trata-se aí de uma opinião que encontra críticas da criminologia, que considera o juiz presente na audiência uma fonte de dissonância cognitiva, comprometedora da imparcialidade.

³²² Importante salientar, ainda, que a decisão pelo arquivamento faz coisa julgada formal, pois pode o inquérito ser desarquivado, diante do aparecimento de novas provas, nos termos do artigo 18 do CPP e da Súmula 524 do STF. Impossível desarquivar se houve fundamento na extinção de punibilidade do indiciado ou na atipicidade penal da conduta a ele imputada.

³²³ MELO JUNIOR, José William, **Aplicação do Código de Processo Penal ao processo criminal eleitoral**, Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 14 – n. 46, p. 275-310 – Edição Especial 2015, p. 283.

Como explica Luiz Greco, baseado na doutrina do jurista alemão Bernd Schünemann³²⁴, existe não apenas uma ‘cumulação de papéis’, mas sim um ‘conflito de papéis’ entre o juiz que preside a audiência e o juiz que julga. De modo geral, ocorre a chamada dissonância cognitiva. Esse conceito, desenvolvido na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável. Quando são apresentadas duas ideias, como por exemplo, culpa e inocência do réu, isso gera um conflito interior que é inconscientemente resolvido pelo apego a uma das ideias e ficando-se nos argumentos que a confirmam. Como efeito, torna-se custoso ao inconsciente abandonar a ideia inicial. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas. No âmbito do processo penal (assim como no processo penal eleitoral), o juiz que passa os atos iniciais do processo sob fluxo de informações que privilegiam a acusação e, além disso, recebe as informações do inquérito, deixa a defesa numa posição de desvantagem cognitivamente ao ser ouvida somente nos atos finais. Este juiz torna-se, naturalmente, propenso a estabelecer um juízo prévio de culpa, sujeitando-se a influência da dissonância cognitiva. Apenas com muito esforço poderá “desenganar” sua consciência a fim de julgar imparcialmente o réu. É certo que, *in contrario*, há também a vantagem estratégica da defesa ser ouvida por último, após a acusação, como forma de não ser alvejada por argumentos contra os quais não terá oportunidade de replicar.

De todo modo, o que a argumentação de Greco e Schünemann busca demonstrar é a necessidade de diferenciação do juiz que aprecia os atos instrutórios iniciais e o juiz que julgará o caso. Sem entrar na atual e relevante discussão do juiz de garantias, a crítica pode, ainda, ser transposta ao direito eleitoral uma vez que os juízes eleitorais não raramente trabalham com hipóteses de impacto político na própria circunscrição onde trabalharão pelo resto do mandato do autor ou réu.

No contexto da identidade física do juiz, há ainda a crítica de cumulação de funções civis e penais dos magistrados no pleito eleitoral, podendo inclusive tratar sobre os mesmos fatos. Casos de difamação podem, a um só tempo, serem civis e penais, podendo ambas ações serem recebidas pelo mesmo magistrado. No caso dos crimes contra a honra envolvendo o discurso de ódio, haverá

³²⁴ GRECO, Luis, **Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito**. Org. Luís Greco. Ed. Marcial Pons, 2013.

igualmente a possibilidade de Representação eleitoral por propaganda irregular (como será apresentado no tópico a seguir), tornando o juiz propenso a ser influenciado pelo procedimento instrutório penal. O tema já foi objeto de análise do advogado e ex-juiz o TRE-SP, Alberto Zacharias Toron. Poderia, pergunta-se o jurista, o juiz eleitoral que julga uma Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) por compra de votos e julgar, cumulativamente, a mesma ação penal por Corrupção Eleitoral (art. 299)? Responde que não, uma vez que juízo cognitivo naquela ação civil já estaria evidentemente comprometido, faltando-lhe a imparcialidade³²⁵. Em mesmo sentido, o STF determinou que o magistrado que julgou processo administrativo não pode participar do posterior julgamento de ação penal sobre os mesmos fatos³²⁶, mas o tema ainda é incerto no âmbito da Justiça Eleitoral.

3.2.6 Conclusão da hipótese

Conforme estabelecido no início deste tópico, buscamos avaliar cinco teses: a) se a criação do tipo penal do discurso de ódio é legítima; b) se a natureza dos crimes eleitorais é condizente com o discurso de ódio; c) se há fontes no ordenamento brasileiro que justificam a introdução do discurso de ódio no âmbito penal; d) se os crimes eleitorais contra a honra servem para coibir o discurso de ódio; e) se as características processuais dos crimes contra a honra sustentam sua aplicação nos casos de discurso de ódio.

A legitimidade de criar um tipo penal que não possua indícios de sua operabilidade no âmbito eleitoral é questionável. Conforme apresentamos, os tipos penais eleitorais acabam por ser sanções mais amenas que as penas de cassação e inelegibilidade. No caso da aplicação dos crimes contra a honra para coibir o discurso de ódio, tem de se observar que o máximo da pena abstratamente cominada aos delitos não excede dois anos, permitindo classifica-los como infrações de menor potencial ofensivo, passíveis de transação penal e não gerando a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, da Lei de Inelegibilidades (LC nº 64/90, art. 1º, §4º). Não há, nesse sentido, nenhuma justificativa sob a ótica da prevenção geral, o que só justificaria uma tipificação simbólica.

Ficou constatado também que a natureza dos crimes eleitorais é comum, não política, o que afasta deles a coloração ideológica que se correlaciona, por vezes, ao discurso de ódio. É dizer, não

³²⁵ TORON, Alberto Zacharias. Reflexões de um juiz novato In: DALLARI, Adilson Abreu et. al., **Direito Eleitoral: estudos em homenagem ao desembargador Mathias Coltro**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p.40; também no voto do Recurso Criminal nº 967-50.2012.6.26.0080 no TRE-SP.

³²⁶ HC nº 86.963, voto do relator, Ministro Joaquim Barbosa.

havendo interesses de desagregação do Estado na maior parte dos crimes em espécie, a doutrina manteve a classificação de crimes comuns (tal como aqueles expostos no Código Penal) e apenas diversificou seu âmbito de julgamento ao atribuir sua competência à Justiça Eleitoral.

A tese de que haveria fontes para a incriminação do discurso de ódio no direito brasileiro se confirma. Apesar da ratificação de tratados internacionais que tornam a tipificação em lei formal um requisito indispensável para a punibilidade, há um novo paradigma inaugurado pela ADO n. 26/DF que permite a interpretação extensiva da Lei n. 7.716 de 1989, que poderia vir de reserva hermenêutica para preencher o sentido de tipos penais voltados a punição do discurso de ódio. Porém, sendo que o compromisso constitucional que sustenta a interpretação extensiva da Lei n. 7.716 de 1989 é a vedação à discriminação, não se sustenta que este valor se justifique no âmbito eleitoral. Como vimos, é difícil apontar qual bem jurídico eleitoral em espécie é protegido pelos arts. 324, 325 e 326. Se estão postas as dúvidas de que se trata da honra, também não se trata de nenhum aspecto subjetivo.

Nas observações processuais da tutela da honra, ficou novamente claro que a opção legislativa pela ação penal pública incondicionada indica que nos casos dos crimes eleitorais não caberia prioritariamente à vítima apresentar queixa-crime desencadeando a persecução penal contra o ofensor, mas sim o manejo do Ministério Público Eleitoral da mencionada ação de modo a tutelar interesses difusos. Some-se a isso o risco de possibilitar o enviesamento do juiz por meio do processo instrutório penal e, depois, cumulá-lo com o julgamento de Representação por propaganda irregular.

Sendo que o interesse de toda sociedade está voltado para uma eleição transparente, isenta de fraudes e coerente com a vontade dos eleitores, os bens jurídicos tutelados pelo direito penal eleitoral se encontram para além dos direitos subjetivos das eventuais vítimas. Trata-se, na concepção de Antonio Carlos da Ponte e Luiz Aoki³²⁷, de bens jurídicos difusos, uma vez que os ataques não são suportados apenas pelo eleitor, mas contra toda a sociedade. De modo a definir o conceito do bem jurídico difuso temos que seu caráter é metaindividual, não podendo ser atribuídos quantitativamente ou qualitativamente a determinadas parcela da população; são indivisíveis e tal

³²⁷ DA PONTE, Antonio Carlos; AOKI, Luiz Gustavo De Oliveira Santos. O alcance e os bens jurídicos resguardados pelo direito eleitoral, In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.): **Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. – Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 55 e ss (Tratado de Direito Eleitoral, vol. 8).

como sua lesão prejudica a todos, sua reparação também a todos interessa³²⁸.

A partir do trabalho de Waldron, surgiu no debate americano sobre o discurso de ódio a ideia de que não se deveria ter em conta como aspecto principal do dano a consequência psicológica. O dano do discurso de ódio é seu alto potencial socialmente destrutivo ao criar impressões de que a posição de igualdade dos membros de alguns grupos vulneráveis é menos segura do que aquela sociedade buscou estabelecer em seus fundamentos. E nesse sentido, ainda que inadvertidamente e partindo de reflexões da *common law*, o pensamento de Waldron se correlaciona a tutela de bens jurídicos segundo a teoria de Claus Roxin. Assim como Waldron buscou superar a ideia de que o discurso de ódio era atentório primordialmente a moral ou ao estado psicológico dos indivíduos, Roxin também afasta a ideia de que o Direito Penal busca proteger estatutos morais³²⁹. Haveria, portanto, uma ideia de proteção difusa aos grupos e indivíduos que tivessem sua dignidade violada.

A dogmática, porém, apresenta ressalvas quanto a aplicabilidade dos institutos penais para bens jurídicos difusos Conforme aponta Guilherme Gouvêa de Figueiredo³³⁰, sendo bens que não pertencem propriamente a ninguém, sua lesão também é dificilmente mensurada, o que causa transtornos para a delimitação dos elementos objetivos do crime, da determinação conceitual dos tipos e da justificação para uma aplicação da pena³³¹.

Veja-se, a título de exemplo, que dificilmente uma definição criminal para o discurso de ódio se sustenta. Dentre os requisitos que Jacson Zilio apresenta para a configuração penal do discurso de ódio estão: “1. Abuso de direito oriundo da posição de poder hegemônico do falante;

³²⁸ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O conceito de bem jurídico penal difuso**. Doutrina Adcoas, São Paulo, v. 7, n. 20, out. 2004, p. 393-394.

³²⁹ Desta correlação, afirma Jacson Zilio que a criminalização do discurso de ódio não pode, portanto, se justificar com base em bens jurídicos de índole moral, convicções políticas ou religiosas, excluindo do conceito de discurso de ódio a negação de fatos históricos (como o Holocausto e outros genocídios). Tampouco, afirma Jacson Zilio, o discurso das minorias contra grupos em posições hegemônicas teria o condão de afetar qualquer bem jurídico – (ZILIO, Jacson. **Direito Penal e Discurso de Ódio**, In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 181-204, jan./jun. 2017, p. 187).

³³⁰ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 141.

³³¹ De fato, observa-se no direito penal eleitoral um atravancamento que não é apenas fruto da má técnica legislativa, mas uma legitimação que por vezes soa forçada na concepção de alguns crimes (e.g. tipo penal do Art. 306 do CE: “Não observar a ordem em que os eleitores devem ser chamados a votar”). Por isso, conforme aponta René Ariel Dotti, as fórmulas sintéticas e racionais da tipificação dos crimes do direito penal comum não se adaptam a grande relação de bens jurídicos tutelados pelo direito eleitoral - DOTTI, René Ariel. **Anatomia do crime eleitoral**. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 77-92. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 8.)

2. Espaço amplo de difusão de ideias aptas ao enfraquecimento ou destruição de grupos historicamente vitimizados”³³². É necessário examinar estes requisitos. Na discussão a respeito da aptidão do discurso de ódio para influenciar o debate público, a ideia de exclusividade do poder hegemônico para proferir discursos não albergados pela liberdade de expressão foi problematizada, apontando o argumento de que a hegemonia de cada grupo depende da construção histórica da legitimação democrática de cada país. No caso brasileiro, a própria vedação ao racismo estabelecido na Constituição Federal e a Lei n. 7.716 de 1989 atestam para uma atribuição de sentido que conclama a proteção que o direito pátrio deve conferir a minorias. Há, nesse sentido, um bem jurídico constitucional que determina a proteção de minorias, além da interpretação do STF conferindo sentido extensivo aos casos de violência de gênero. Quanto ao amplo espaço de difusão de ideias como requisito para a criminalização do discurso de ódio, há que se levar em conta que, mesmo segundo o pensamento de Waldron, a dignidade que venha a ser afetada no limite de apenas um indivíduo não pode ser desprezada. Tal critério levaria, ainda, a uma incontornável determinação quantitativa sobre a quão ampla deve ser a difusão de uma ideia racista, ou a manifestação de outras formas de preconceito para que se configure o discurso de ódio.

Se considerarmos que a aplicação do direito penal (do qual o direito penal eleitoral faz parte) deve ser fragmentaria e selecionar apenas os bens jurídicos mais relevantes para sua tutela, haverá um ônus argumentativo para a justificação de crimes eleitorais que se baseiem em interesses difusos, ainda mais se constatada a pré-existência de todo um microssistema sancionatório eleitoral, conforme demonstramos, que busca tutelar a normalidade e regularidade das eleições com penas civis e aquelas tipicamente eleitorais (cassação do registro e do diploma).

Assim, pelos argumentos esboçados neste tópico, a criminalização do discurso de ódio eleitoral se mostra ilegítima, por não conferir confiabilidade operacional da realização dos valores pretendidos; inapta para enquadrar-se na categoria de crime político, uma vez que estes se diferenciam dos crimes eleitorais; passível de receber a interpretação extensiva se crime penal comum fosse, mas sendo crime eleitoral, não haveria o mesmo objeto de tutela. Buscou-se demonstrar que crimes eleitorais contra a honra não tutelam a honra, mas bens jurídicos difusos, o que cria o transtorno secundário de admitir uma tutela penal destes bens no âmbito eleitoral sendo que já existem instrumentos consolidados não-penais com estes desígnios de tutela.

³³² ZILIO, Jacson. Direito Penal e Discurso de Ódio, In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 181-204, jan./jun. 2017, p. 192.

Nosso próximo passo será investigar um destes instrumentos, que é a vedação sobre a propaganda irregular.

3.3. O discurso de ódio veiculado em propaganda eleitoral

Uma vez afastada a hipótese de criminalização do discurso de ódio nas eleições pela via dos dispositivos do Código Eleitoral, faz-se necessário averiguar se há vedações a partir da legislação sobre propaganda. Inicialmente, é necessário compreender o papel e a relevância das campanhas eleitorais no contexto democrático. É o momento no qual candidatos e partidos organizam-se para transmitir suas ideias e convencer a população a conceder-lhes o voto. Seguindo a divisão de Javier del Rey Morató, é possível indicar os objetivos em quatro linhas de força, quais sejam: (i) a cognição dos candidatos e seus respectivos programas; (ii) a persuasão por meio do endereçamento de valores e projetos; (iii) o teste dos candidatos, permitindo aos eleitores averiguarem sua credibilidade e confiança; (iv) e a legitimidade do pleito, igualando formalmente as condições para que haja uma segurança jurídica em torno da apresentação de ideias e busca pelo convencimento do eleitorado³³³.

Em regimes democráticos, as campanhas eleitorais são baseadas na argumentação. Por ser o voto uma manifestação de livre convencimento, há o desejo pela adesão do eleitor-interlocutor ao programa, às propostas, etc. Sem propaganda, não há convencimento; sem convencimento, resta à força. A relação entre a ausência do convencimento racional e o radicalismo contra a política já era denunciado como prenúncio de conflitos na década de 30 por Ortega y Gasset³³⁴:

Por isso, o "novo" é na Europa "acabar com as discussões", e detesta-se toda forma de convivência que por si mesma implique acatamento de normas objetivas, desde a conversação até o Parlamento, passando pela ciência. Isso quer dizer que se renuncia à convivência de cultura, que é uma convivência sob normas, e retrocede-se a uma convivência bárbara. Suprimem-se todos os trâmites normais e se vai diretamente à imposição do que se deseja. O hermetismo da alma, que, como vimos antes, propõe a massa para que intervenha em toda a vida pública, leva-a também, inexoravelmente, a um procedimento único de intervenção: a ação direta.

A ação direta significa abrir mão do convencimento racional, partindo para vias do

³³³ MORATÓ, Javier del Rey. **Comunicación Política, internet y campañas electorales**: de la teledemocracia a la ciberdemocracia. Madrid: Editora Tecnos, 2007.

³³⁴ ORTEGA y GASSET. José. *Rebelión de las Massas*, trad. esp. H. Filho. **A rebelião das massas**. São Paulo: Ruriak Ink, 2013. p. 148.

apolitismo ou a *ultima ratio* da força. Ortega anteviu o embotamento da razão como forma insuspeita da ascensão de regimes totalitários. Nestes, a disputa pelo convencimento foi desprezada: a propaganda política não tinha por objetivo um convencimento – uma vez que não havia opção – mas sim estabelecer a legitimação simbólica dos regimes ditatoriais, frequentemente buscando a intimidação interna e externa. Por esse motivo, a propaganda política e eleitoral tem bases democráticas: sua apresentação ao cidadão representa uma concessão do poder. A crítica vulgar de que o processo eleitoral é envolto por falsas promessas e mentiras – como se fossem formas institucionalizadas de logro ao eleitor – ignora a realidade de afirmação do poder do próprio povo ao permitir ser convencido. Enquanto cidadão, há compromissado em deliberar, o que também fundamenta a democracia³³⁵. Reflexões sobre a realidade brasileira por vezes partem do pressuposto errôneo da desqualificação dos eleitores. Conforme nota Angela de Castro Gomes, trata-se de um equívoco³³⁶. O eleitor brasileiro, como os dos demais países democráticos, votam baseando-se em sua vivência, em contato com as estratégias de campanha, mas também munidos de informação da mídia. O que preocupa é justamente a perversão dos instrumentos de informação com notícias falsas (*fake news*) ou financiadas de maneira ilícita. São desvios que têm sido estudados academicamente e já integram uma das preocupações da Justiça Eleitoral para os pleitos municipais de 2020³³⁷.

A regulação da propaganda eleitoral deve ser feita de modo a estabelecer condições democráticas de disputa. Além dos direitos assegurados à livre manifestação de pensamento e, conseqüentemente, a possibilidade de expor opiniões, programas e propostas, é necessário também que o Estado atue de modo a garantir uma competitividade entre os candidatos. Conforme Ribeiro

³³⁵ Walber Agra aponta a relevância democrática da propaganda uma vez que: “[...] corrobora com o pluralismo político e a democracia, porque enseja que tanto a população possa conhecer a proposta dos aspirantes a mandatários políticos como possibilita a estes as oportunidades de conseguir a adesão de um maior número de cidadãos às suas ideias. Ela ainda fomenta o debate político, fazendo com que, diante do choque de programas, a população possa escolher as melhores propostas para solucionar problemas que lhe afligem” – (AGRA, Walber; VELLOSO, Carlos. **Elementos de Direito Eleitoral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204).

³³⁶ GOMES, Angela de Castro. A política brasileira em tempos de cólera. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019, p. 107.

³³⁷ Veja-se, a título ilustrativo, a campanha de julho de 2020 sobre a transmissão de fake-news: “O combate à desinformação é um dos compromissos da gestão do ministro Barroso, que enfatiza o papel da Justiça Eleitoral em assegurar a democracia brasileira e a preocupação da Corte com campanhas de desinformação, de difamação e de ódio na internet. Para o ministro, “as mídias sociais, as plataformas de internet, os veículos de imprensa e a própria sociedade são os principais atores no enfrentamento da desinformação”, uma vez que, segundo sua avaliação, a Justiça Eleitoral tem um papel importante, porém residual, no enfrentamento das *fake news*, pois o Judiciário não tem nenhuma intenção de se tornar censor da liberdade de expressão das pessoas” – Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Julho/tse-faz-campanha-contr-a-desinformacao-201cse-for-fake-news-nao-transmita201d>. Acesso em 2 de ago. de 2020.

de Almeida³³⁸:

O Estado deve garantir três condições: um regime de liberdades, como de expressão, informação e reunião, conforme dispõe a Constituição Federal no rol de direitos fundamentais; a manutenção da neutralidade e imparcialidade dos entes públicos que possam influir no resultado das eleições; buscar a promoção de uma simetria de condições a candidatos e partidos de diferentes potenciais, ou seja, promovendo ativamente uma equiparação a despeito das desigualdades, tal como é proposto no ramo administrativo das ações afirmativas.

A adequação da promoção de meios destinando a equalizar a disputa é passível de crítica, verificando-se que a igualdade de acesso a recursos de financiamento e meios de propaganda não é equânime; pelo contrário, o tempo distribuído para a expressão por meios propagandísticos obrigatórios favorece partidos e candidatos “maiores”, assim como o faz a cobertura dada pela imprensa. Nada obstante, as eleições de 2018 mostraram o potencial da reação contra os espaços midiáticos consolidados, como grandes jornais e programas de televisão já consolidados pela audiência. O uso de meios informais de mídia, como as redes sociais e canais de comunicação pessoal por aplicativos, até então praticamente incólumes a qualquer intervenção estatal, renovou as perspectivas de captação de voto e meios propagandísticos eleitorais. A reforma de 2017 passou a admitir o uso do impulsionamento de propaganda pelas redes sociais – notadamente o Facebook – tornando a propaganda um desafio renovado para aferição e regulamentação pela Justiça Eleitoral. A internet tem apresentado questões ainda não deliberadas em sede de lei ou Resolução, mas que já permeiam o debate acadêmico sobre a propaganda eleitoral. Com a introdução de ferramentas seletivas de conteúdo, os provedores – como Facebook e Instagram – tornaram a atenção dos usuários uma espécie de bem econômico. Esta “economia da atenção”, conforme trata Neisser, Bernadelli e Machado em artigo sobre o tema³³⁹, corresponde a um novo paradigma de produtividade: o conteúdo deve atrair a atenção, independentemente da qualidade ou da pluralidade. A partir disso, os dados que atraem a atenção de determinado usuário são identificados e conteúdos similares ganham destaque no seu uso da plataforma. O perigo aí está na retroalimentação de informações sempre de um mesmo teor, criando “bolhas digitais” dentro das quais o usuário permanece infenso à pluralidade. Se o conteúdo é político, sua visão política passa

³³⁸ ALMEIDA, Renato Ribeiro de. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p.175.

³³⁹ NEISSER, Fernando; BERNARDELLI, Paula; MACHADO, Raquel. A mentira no ambiente digital: impactos eleitorais e possibilidades de controle. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Propaganda Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 55. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 4.)

a predominar na plataforma; estudos sobre o tema indicam que uma vez induzido a retroalimentar-se da mesma ideologia e relacionar-se com grupos sempre concordantes, o indivíduo acaba por se tornar mais intolerante, radical em suas posições e agressivo na reação contra o pensamento contrário³⁴⁰. O ódio se dissemina. O uso do impulsionamento (*boost*) alavanca ainda mais a presença do conteúdo na experiência do usuário; se usado para fins eleitorais, seu efeito pode ser direcionado para os eleitores já propensos a acatar determinada ideologia, comprometendo o pluralismo e a diversificação de ideias no debate público. Atualmente, a ferramenta do impulsionamento não encontra rigores na legislação para além dos aspectos do financiamento e transparência na contratação. Todavia, é possível que o tema se desenvolva para dimensões éticas quanto a necessidade de coibir a propagação desenfreada e sem a transparência devida³⁴¹.

Para que se compreenda os liames entre a propaganda nos seus mais variados meios e a inserção do discurso de ódio será necessário adotar uma linha investigativa que adentrará a) no conceito e definição de propaganda no direito eleitoral brasileiro; b) a facultatividade da propaganda eleitoral e suas modalidades, dentro de um paradigma da liberdade de propaganda; c) os limites desta liberdade, correspondentes às restrições legais; d) feita a separação do lícito e ilícito, abordaremos os institutos ligados propriamente ao discurso de ódio.

3.3.1 A ausência de definição legal de propaganda

Do ponto de vista normativo adotado pelo Direito Eleitoral brasileiro, não há uma definição legal da propaganda³⁴². A discussão, todavia, é relevante especialmente para a identificação da chamada propaganda antecipada. O controle é feito inicialmente ao tratar daquilo que, mesmo

³⁴⁰ PARISER, Eli. O filtro invisível: O que a internet está escondendo de você. Zahar, 2012. p. 10 apud NEISSER, Fernando; BERNARDELLI, Paula; MACHADO, Raquel. A mentira no ambiente digital: impactos eleitorais e possibilidades de controle. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Propaganda Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 56. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 4.)

³⁴¹ É o caso do Projeto de Lei nº 2630 de 2020. Tem como cabeçalho a proposta de instituir a “Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet”. Possui pontos meritórios de facilitação do combate a desinformação e incrementa as possibilidades de investigação de campanhas eleitorais. Um olhar mais aprofundado, porém, revela vieses autoritários, com implicações para a censura de conteúdo e violações de privacidade do usuário, como a criação de um Conselho composto por nomeações políticas para averiguar conteúdos digitais.

³⁴² Segundo Lenine Póvoas de o legislador não consignou no ordenamento jurídico a definição de propaganda eleitoral: “Pelo contrário, só consta o que não seria propaganda eleitoral (Art. 36-A da Lei 9.504/97),³⁰ deixando transparecer que o controle desse instituto é negativo, e não positivo” – (ABREU, Lenine Póvoas de. **Os limites da liberdade de expressão em matéria eleitoral**. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Propaganda Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 15-29. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 4.)

sendo propaganda *de facto*, é repudiado pelo ordenamento por ser veiculada de modo extemporâneo e, portanto, irregular³⁴³. Conforme aponta Alexandre Basílio Coura³⁴⁴:

Cada doutrinador tratou de discorrer sobre o seu próprio conceito de propaganda eleitoral, no entanto, prevaleceu por muitos anos o conceito jurisprudencial segundo o qual a propaganda eleitoral seria uma manifestação publicitária levada a conhecimento geral com a pretensão de revelar ao eleitorado, simultaneamente ou não, o cargo político cobiçado pelo candidato, suas propostas de ação para o cargo e sua aptidão ao exercício para a função pública.

Dentre as conceptualizações da doutrina, Olivar Coneglian³⁴⁵ utiliza o critério finalístico, compreendendo a propaganda eleitoral como aquela “feita com objetivo exclusivo de conquistar o eleitor e seu voto, nas eleições que se aproximam”. No mesmo sentido finalístico, José Jairo Gomes³⁴⁶, define como “aquela adrede preparada para influir na vontade do eleitor, em que a mensagem é orientada à atração e conquista de votos”. Verifica-se que a utilização do critério finalístico é útil, inclusive para diferenciar o gênero “propaganda” da publicidade institucional. Conforme descreve Henrique Neves³⁴⁷:

A publicidade pressupõe a mera divulgação de uma informação, vale dizer, é o ato de tornar pública a informação de forma neutra, sem tentar persuadir o destinatário da mensagem. Ainda que o receptor possa ser influenciado pelo dado divulgado, não há o patrocínio ostensivo nesse sentido. A propaganda, por sua vez, revela, em si, a utilização de técnicas e meio de comunicação como o propósito específico de convencer o destinatário da mensagem a tomar determinada posição ou adotar um tipo de comportamento específico. Ela pode positiva, quando realizada em benefício do objeto anunciado, ou negativa, quando se pretende que o destinatário se afaste ou rejeite o assunto tratado.

Ainda que seguindo o modelo prescricional negativo (ou seja, pautado em proibições, não

³⁴³ Segundo o art. 36-A da LE: Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet (...).

³⁴⁴ COURA, Alexandre Basílio. Propaganda eleitoral antecipada: teoria funcionalista sistêmica versus teoria clássica da propaganda eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Propaganda Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 180. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 4.)

³⁴⁵ CONEGLIAN, Olivar. **Lei das Eleições Comentada**. Juruá, 2002. p. 250

³⁴⁶ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 482.

³⁴⁷ SILVA, Henrique Neves da. Propaganda eleitoral na imprensa escrita e a liberdade editorial de apoio político. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Propaganda Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 201. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 4.)

faculdades) a propaganda eleitoral obedece a uma legalidade estrita aos ditames de leis e resoluções. Ainda que não se trate de uma tipicidade, tal qual os atos públicos, podendo haver inovações e formas inusitadas de propaganda, como a própria natureza do marketing inspira, a legalidade da propaganda eleitoral incide nos casos em que a propaganda desrespeita diretrizes legais de prazo, forma e/ou conteúdo, passando a ser controlada por meio do poder de polícia da Justiça Eleitoral.

3.3.2 A liberdade e as restrições na propaganda

A liberdade constitui um dos elementos primordiais da competitividade dos diferentes partidos e candidatos, sendo-lhes conferida a possibilidade de expressar seus projetos e objetivos na linha do que a Constituição Federal estabelece enquanto liberdade de manifestação de pensamento. Este princípio é extraído, dentre outros dispositivos, do artigo 248 do Código Eleitoral, que diz: *“Ninguém poderá impedir a propaganda eleitoral, nem inutilizar, alterar ou perturbar os meios lícitos nela empregados”*. Tomando por pressuposto que sejam empregados meios lícitos para a realização da propaganda, a conduta de tentar obstruí-la é tipificada na qualidade de crime e se sujeita às penas previstas pelos artigos 331 e 332 do Código Eleitoral. Também no artigo 39 da Lei 9.504 de 1997, a liberdade é pressuposto do teor normativo que estabelece que *“a realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia”*.

Desta liberdade surge uma miríade de possibilidades. A chamada propaganda “clássica” envolve o uso da propaganda veiculada em emissoras de rádio e televisão, bem como materiais impressos, como placas, adesivos, volantes e os populares “santinhos”. De especial destaque, temos o uso cada vez mais profícuo da internet, o que requer algumas considerações.

A partir de 2009 teve início o debate a respeito da possibilidade de regulação das redes, cujo resultado foi a Lei nº 12.965, aprovada em 2014, o chamado Marco Civil da Internet. O objetivo da lei era a neutralidade da rede, promover a cidadania e proteger o interesse dos usuários, com regras que atuam desde as relações de consumo e responsabilidade, até princípios de natureza política; no art. 2º, inciso II, declara que a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, assim como a

pluralidade e a diversidade³⁴⁸.

No âmbito eleitoral, as regulações sobre a propaganda na internet foram paulatinamente buscando a atender aos desafios da constante inovação trazida pelas redes sociais. Até 2009 o tema da propaganda na internet era algo inusitado, não demandando atenção do direito para regular as condutas ocorridas no meio digital. Com a Lei n. 12.034 foram incorporados à Lei n. 9.504 os artigos 57-A a 57-I, impondo algumas regras: tratou do início legal da campanha na Internet, a forma como deve ser feita, a contratação do impulsionamento, a livre manifestação de pensamento com o direito de resposta, vedações sobre a cessão de cadastros eletrônicos, responsabilidade dos provedores, mecanismos de descadastramento e as respectivas sanções. Devido a mutabilidade dos recursos e o caráter disruptivo das ferramentas digitais, o art. 57-J delegou poderes para o TSE editar Resoluções que acompanhem a inovação da propaganda na Internet³⁴⁹.

A veracidade do conteúdo é um tema recorrente nos debates quanto à propaganda. A verdade por apresentar três inversões: o erro, a mentira e a falsa promessa.³⁵⁰ Pelo princípio da veracidade, proíbe-se a divulgação de fatos falseados. É devido ao cidadão ter acesso à informação apurada para formação de seu livre convencimento. Com a discussão sobre o problema das fake News, a ameaça veracidade da propaganda forçava a uma resposta do sistema eleitoral³⁵¹. Foi o que ocorreu com o advento da Lei n. 13.834/2019, a qual criou a tipificação penal da denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. O novo crime foi incluído no Código Eleitoral, no artigo 326-

³⁴⁸ Art. 2º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: [...] II – os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; [...].

³⁴⁹ Art. 57-J. O Tribunal Superior Eleitoral regulamentará o disposto nos arts. 57-A a 57-I desta lei de acordo com o cenário e as ferramentas tecnológicas existentes em cada momento eleitoral e promoverá, para os veículos, partidos e demais entidades interessadas, a formulação e a ampla divulgação de regras de boas práticas relativas a campanhas eleitorais na Internet.

³⁵⁰ O romano Quintus Cícero assim aconselhava sobre promessas: *“Lembraí de prometer tudo a todos, a menos que alguma obrigação o impeça, mas apenas mantenha as promessas que te beneficiem”* – (CÍCERO, Quintus Tullius; FREEMAN, Philip. **How to win an election: An ancient guide to modern politicians**. New Jersey: Princeton University Press, 2012. p. 69).

³⁵¹ Há regras eleitorais esparsas aplicáveis à propagação de fake news, como a que veda o anonimato (art. 57-D da Lei n° 9.504/97), a que considera crime a contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação (art. 57-H, §1º da Lei n° 9.504/97) e a que determina a remoção do conteúdo (art. 57-D, §3º da Lei n° 9.504/97) e impõe sanção pecuniária a quem divulga propaganda e impulsiona conteúdo em desacordo com a lei (art. 57-C, §2º da Lei n° 9.504/97). É possível, ainda, a aplicação de sanção eleitoral da perda do mandato caso a mentira chegue a configurar abuso de poder ou fraude eleitoral - – (NEISSER, Fernando; BERNARDELLI, Paula; MACHADO, Raquel. A mentira no ambiente digital: impactos eleitorais e possibilidades de controle. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Propaganda Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 66. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 4).

A³⁵², estabelecendo aumento de pena em caso de anonimato; diminuição se o fato imputado for mera contravenção; e a imputação sobre aquele que divulga ou propala o fato falsamente atribuído, tendo ciência de sua falsidade. Sobre este artigo, cabem algumas críticas – tal como feito sobre a eventual criminalização do discurso de ódio – sobre a legitimidade da criminalização da conduta, sem que haja indícios de sua operabilidade. Tampouco se pode afirmar que o bem jurídico tutelado seja a idoneidade subjetiva ou objetiva do candidato, levantando as mesmas dificuldades quanto a tutela do bem jurídico difuso da normalidade e regularidade das eleições.

3.3.3 Estados emocionais e difamação: o ódio na propaganda

Uma aproximação possível do discurso de ódio na propaganda eleitoral é sua correlação com eventuais efeitos de sua veiculação. O Código Eleitoral busca coibir meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, conforme prevê a legislação “*estados mentais, emocionais ou passionais*”. A redação do dispositivo foi dada pela Lei n. 7.476 de 1986, alterando o artigo 242 do CE. Pode ser lido como uma primazia da razão sobre os sentimentos “*emocionais ou passionais*”, muito embora seja de difícil mensuração ou aplicação; mas pode-se interpretar, igualmente, sob o viés político: em 1986 o país estava na iminência da abertura democrática, com admitido temor do resultado das eleições diretas, conforme se nota na relutância de sua viabilização, só atingida em 1989. As intenções do legislador não são claras, como sói ocorrer em material eleitoral. Há algumas pistas que reforçam a leitura do dispositivo como uma manifestação de receio e conseqüente recrudescimento do rigor das vedações sobre a propaganda eleitoral. Uma delas é sua proximidade com a Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170 de 1983), que motivou, em 2002, o TSE a manifestar o entendimento de que “deve ser cautelosa a leitura do art. 242 do CE e de sua reprodução literal no art. 6º da Resolução nº 20.988 do TSE, quando guardar o dispositivo legal alguma semelhança com o art. 2º da Lei de Segurança Nacional”³⁵³.

Com efeito, é um dispositivo aparentemente contraditório *in re*, uma vez que a própria

³⁵² Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto. § 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção. § 3º Incurrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou o fato que lhe foi falsamente atribuído.

³⁵³ REspe nº 587/DF, Rel. Min. Gerardo Grossi, de 21.10.2002.

redação do dispositivo legal em comento parece ignorar que a natureza de toda propaganda (inclusive a não eleitoral) é justamente chamar atenção do público alvo, retirando-o da zona de passividade, e provocando-lhes “*estados mentais, emocionais ou passionais*”. Quanto mais envolvente, apaixonante e persuasiva for essa propaganda, mais terá atingido seu propósito de conseguir votos.

Observa-se que a jurisprudência tem feito sopesamento diante de propagandas com intuito flagrantemente abusivo, das quais podemos incluir a incitação ao ódio e a revoltas sociais. Frederico Alvim aponta a vedação contida num comando que “*suprima do eleitor a racionalidade para sufragar exercendo a consciência*”³⁵⁴. Nesse sentido, há o voto do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto³⁵⁵:

Com efeito, não se pode emprestar ao caput do (vetusto) art. 242 do Código Eleitoral uma interpretação que desnature a liberdade de expressão, mormente a partir da compreensão puramente gramatical de dispositivo legal que ostenta redação defeituosa ou no mínimo dúbia, que, se aplicada a ferro e fogo, acaba por esvaziar a própria utilidade das propagandas eleitorais, as quais têm por escopo precípua criar estados emocionais, mentais ou passionais favoráveis a determinadas candidaturas, forradas por ideias mais ou menos atraentes.

Além da concepção do discurso de ódio como uma propaganda que altere os estados mentais e passionais do eleitor, é possível relacioná-lo a prescrição legal sobre a propaganda negativa.

Considera-se sancionável apenas a conduta de propaganda negativa extemporânea, ou seja, os ataques contra os pré-candidatos, ainda antes do início legal das campanhas. A prática, evidentemente, é dificilmente regulada³⁵⁶, havendo pouca clareza quanto ao posicionamento da jurisprudência quanto aos limites da crítica antecipada³⁵⁷.

³⁵⁴ ALVIM, Frederico Franco, **Curso de Direito Eleitoral**, op. cit., p.297.

³⁵⁵ Representação nº 1211-77/DF, PSESS de 24.9.2014.

³⁵⁶ A permanência histórica das difamações se observa desde as instruções de Quintus Cícero “Não custa lembrar ao povo o tipo de canalhas são seus oponentes, e espalhar rumores de crimes, escândalos sexuais e corrupção” - (CÍCERO, Quintus Tullius; FREEMAN, Philip. **How to win an election**, op. cit., p. 79).

³⁵⁷ Cita-se como exemplo, a Representação 165.865 no TSE, quando das limitações ao enfoque negativo das propagandas: “Nos programas eleitorais gratuitos, as campanhas devem ser programáticas e propositivas, visando ao esclarecimento do eleitor quanto a temas de interesse público. Não é permitido o uso do horário eleitoral gratuito para a veiculação de ofensas ou acusações a adversários, decorrentes de manifestações de terceiros ou de matérias divulgadas pela imprensa [aqui, a jurisprudência em comento diz respeito a alusões da campanha de Aécio Neves aos escândalos de corrupção do partido adversário, o PT]. Eventuais críticas e debates, ainda que duros e contundentes, devem estar relacionados com as propostas, os programas de governo e as questões de políticas públicas”. O precedente mais recente do tema é o REspe nº 186819, de relatoria do Min. Henrique Neves da Silva, em que se estabelece a tese: 1. Em regra, as limitações impostas à propaganda eleitoral na internet são voltadas aos candidatos, partidos políticos e coligações, não atingindo a livre expressão do pensamento do eleitor, que, como verdadeiro componente da soberania

Estudos sobre o assunto buscam atribuir o critério do interesse público, impedindo que sejam aceitas informações que, mesmo não sendo difamatórias, não trazem ao eleitor nenhum acréscimo de conteúdo político à convicção do eleitor. Dessa forma, entendem Aline Moreira e Joana Sierra que deve haver “limites à divulgação de informações que, privadas, não sejam dotadas de qualquer interesse público ou, também, que tenham conteúdo puramente vexatório, porquanto ultrapassam o âmbito de proteção da liberdade de expressão e, pior, desvirtuam o propósito da propaganda eleitoral”³⁵⁸.

Ainda, como destaque, pode-se mencionar o artigo 45, II da Lei Eleitoral, que impede a utilização de meios degradantes para o propósito de campanha eleitoral: “*usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito*”. Trata-se do uso de propaganda que se vale da manipulação de vídeos e imagens, como forma de atingir os candidatos adversários. Considerado pelo legislador como lesivo ao processo democrático de escolha, este modo de propaganda pode ser relacionado à propagação do ódio mediante o humor, potencializando os efeitos por meio da satisfação recreativa ao degradar os adversários.

popular, não pode ter suas manifestações censuradas. A regra geral, contudo, sofre exceção quando a manifestação do pensamento do eleitor extrapola para o campo da ofensa à honra de terceiros, bem jurídico tutelado pela Constituição da República (CF, art. 5º, V e X) [...] 3. O eleitor que cria página anônima no Facebook para fomentar críticas à atual administração municipal e aos candidatos da situação responde por seu conteúdo, não sendo possível invocar a garantia constitucional relativa à livre manifestação do pensamento, em razão do anonimato empreendido. Além disso, o direito de crítica não é absoluto e, portanto, não impede a caracterização dos crimes contra a honra quando o agente parte para a ofensa pessoal. 4. A configuração do delito de difamação eleitoral, previsto no art. 325 do Código Eleitoral, exige que a ofensa ocorra na propaganda eleitoral ou para os fins desta. As referências feitas ao prefeito municipal, ao candidato que disputa a sua sucessão e à formação de coligações são suficientes para demonstrar o propósito do agente de influir na propaganda eleitoral de forma negativa. A filiação partidária do agente, aliada à assessoria por ele prestada aos candidatos da oposição, reforça o caráter eleitoral da ação. 5. Nos termos da parte final do inciso IV do art. 57-B da Lei nº 9.504, de 1997, as redes sociais, cujo conteúdo é de iniciativa de qualquer pessoa natural, constituem meio de propaganda eleitoral. 6. Nos termos do acórdão regional, ‘afirmar que determinada obra do Alcaide seria um ‘Símbolo Pagão’ ou mesmo a ‘Árvore do Capeta’ tem o efeito de associar o fato e seu autor aos aspectos negativos das facetas religiosas, importando em indubitável ofensa à honra objetiva’. 7. A adulteração de charge antiga para que dela passasse a constar diálogo entre o prefeito e o candidato, de modo a indicar que o primeiro sabia que o segundo pagava imposto a menor, mas que, se cobrado, poderia pagá-lo com recursos recebidos indevidamente, não revela mera crítica ‘de inaptidão para administrar a coisa pública, mas sim de asserção do uso errado e ilícito da coisa pública para favorecimento de alguns cidadãos, traço esse que causa repúdio a todos os cidadãos da República e denigre a forma como os municípios locais vêem a ambos os ofendidos’. 8. Está correto o acórdão regional ao considerar tipificado o delito de difamação na espécie [...]”.

³⁵⁸ MOREIRA, Aline B.; SIERRA, Joana de S. Propaganda eleitoral negativa nas eleições: limitações à liberdade de expressão dos candidatos e dos eleitores. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS**, v. 9, n.2, 2014, p. 18.

Porém, tanto o inciso II quanto o III³⁵⁹ do artigo 45 foram objeto da ADI 4.451 proposta pela Associação Brasileira de Emissora de Rádio e Televisão (ABERT) em 2010. A partir dela, com acórdão publicado em 2019, afirmou-se a liberdade de imprensa na produção e exibição de programas humorísticos, bem como opiniões críticas.

O art. 53, §1º, ainda da LE, veda “*a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sujeitando-se o partido ou coligação infratores a perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte*”. É um comando cuja sanção já encontra estipulada no próprio enunciado, complementando no §2º que a requerimento de partido, coligação ou candidato, a Justiça Eleitoral impedirá a reapresentação de propaganda ofensiva à honra de candidato, à moral e aos bons costumes. A necessidade de celeridade processual fica clara, uma vez que o tempo de televisão requer o cálculo e preparação do conteúdo de mídia entre um dia e o seguinte. Já o artigo 58 do mesmo diploma normativo dispõe sobre o direito de resposta: “*A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social*”. Novamente, busca-se evitar a judicialização massificada, considerando que o direito de resposta será instrumento hábil para pacificação do conflito.

Especialmente no que diz respeito ao objetivo desta dissertação, o Código Eleitoral fornece o critério de vedação à propaganda eleitoral relacionada ao discurso de ódio. Em seu art. 243, indica que não será tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes (inciso I); que provoque animosidade entre as Forças Armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis (inciso II); de incitamento de atentado contra pessoa ou bens (inciso III); de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública (inciso IV); que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública (inciso IX)³⁶⁰.

³⁵⁹ Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário: (...) III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

³⁶⁰ Não se relacionam a análise os incisos V – que implique em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza; VI – que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; VII – por meio de impressos ou de objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda; VIII – que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito.

Se aplicarmos a identificação de padrões argumentativos elaborados no item 1.3 ao art. 243 do CE, podemos obter algumas conclusões sobre a dogmática do Direito Eleitoral sobre o discurso de ódio.

Conforme foi estabelecido, há uma vontade presumidamente idônea e uma expressão desejável dos discursos eleitorais. Na aplicação do padrão deontológico deve haver uma gradação que relacione, de um lado o direito de se manifestar e, do outro, o valor do conteúdo do discurso. Assim, conforme exposto *supra*, (a) discursos que expressem pontos de vista, cujo debate público encontre contraposições de outros pontos de vista, são de alto valor e sua restrição está sujeita a presunção de inconstitucionalidade; (b) discursos em cujo conteúdo se encontre propostas eleitorais e posições políticas também são de alto valor, e suas restrições enfrentarão, igualmente, presunção de inconstitucionalidade, contudo pode ser excepcionada em dois casos. Dificilmente se poderá encontrar um ponto de vista válido na propaganda de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes, na animosidade entre as Forças Armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis, no incitamento de atentado contra pessoa ou bens, ou ainda na instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública; nem tampouco se poderá atribuir qualquer valor propositivo a estes tipos de propaganda. A propaganda vedada no inciso IX (caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública), correspondem a um tipo de discurso de ódio na medida em que (como em b.1 do item 1.3) envolvem um discurso de “baixo valor”, pois não se relaciona a propostas eleitorais nem exprime posições políticas, considerados temos discursos que são meros ataques verbais e xingamentos, desvinculados a qualquer plataforma ou programa.

O segundo padrão deontológico estabelecido, trata da verificação do (c) desbalanceamento entre dignidade do grupo “A” atingido pelo debate e a legitimidade democrática do grupo “B”, que possui opiniões a respeito do grupo “A”. É um padrão que se identifica no inciso I do art. 243, ao vedar a propaganda que envolva preconceitos de raça ou de classes. Trata-se de discurso de ódio, pois viola a dignidade por meio do preconceito de raça e classe, com potencial de influência do convencimento do eleitor. Se esta propaganda um elemento relevante para a convicção dos eleitores, fica clara a prática do discurso de ódio eleitoral.

Como critério de verificação do incremento à democracia, foi estabelecido que (d), não há o discurso de ódio eleitoral se verificarmos que o discurso exprime um dos pontos de vista que

pode ser validado por uma comunidade cuja vontade política é legitimamente expressa em termos democráticos. Não se pode afirmar que há legitimidade democrática de grupos que favoreçam propostas de nenhum dos incisos do art. 243, uma vez que nenhuma delas encontra resguardo dentro dos direitos fundamentais expostos na Constituição Federal.

O discurso que distorce o debate eleitoral afastando outros pontos de vista válidos enquanto proposta ou vontade política, desencadeando o efeito silenciador sobre outros discursos de outros partidos ou candidatos, é também discurso de ódio eleitoral.

Pelo padrão instrumental pragmatista (e), o que pode ser identificado no discurso de ódio eleitoral é a falta de uma consolidação das informações, relatos, narrativas, acusações ao longo do tempo. O padrão pragmatista estabelece que o discurso de ódio eleitoral não serve de instrumento à formação de convicções consensuais duráveis. Não há institutos de vedação a propaganda eleitoral ligados ao discurso de ódio que atendam a este padrão³⁶¹. A persistência do discurso não é legislativamente concebida como um critério dogmático para a vedação da propaganda. Tal não exclui, porém, que este padrão possa ser utilizado na aplicação judicial.

Quanto aos falsos padrões pragmatistas – que não podem ser utilizados como fonte de identificação – observamos que o art. 243 do atual CE não comete os erros teóricos de atribuir-lhes relevância na análise da propaganda. Corretamente, não se distingue (e.1) ódio vulgar/ ódio sofisticado; (e.2) ódio agressivo/ ódio pacífico; (e.3) ódio emocional/ ódio racional; (e.4) ódio contra o indivíduo/ ódio contra um grupo; (e.5) ódio expresso por fato/ ódio expresso por opinião. O art. 242, contudo, estabelece que a propaganda não deve empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais. Incorre no erro teórico do falso padrão da distinção entre o ódio emocional e o ódio racional e, justamente por isso, a doutrina e a jurisprudência tecem críticas a seu respeito (conforme exposto *supra*).

Por fim, o padrão empírico (f) identifica como discurso de ódio eleitoral aqueles capazes de produzir danos tangíveis, materiais, físicos, econômicos ou, se emocionais, focados e diretos. É o padrão que demonstra a correlação mais nítida com o art. 243. A propaganda de guerra, processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes são todos evidentemente danosos de modo tangível, podendo funcionar como gatilho para crises

³⁶¹ Este padrão argumentativo está adequado às considerações sobre o crime eleitoral do art. 323 do CE, que veda a disseminação de informações inverídicas, responsabilizando inclusive os meios de imprensa. O referido artigo, em congruência ao padrão estabelecido, embora não trate do discurso de ódio, possui como elemento essencial do crime que o fato seja capaz de exercer influência perante o eleitorado.

políticas graves. A animosidade entre as Forças Armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis, o incitamento de atentado contra pessoa ou bens, a instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública enunciam vedações de propaganda cujo convencimento do eleitor fica vinculado a uma “ação direta”, a uma ação concretamente violenta. Por fim, a propaganda com teor de calúnia, difamação ou injúria a quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública representa o dano emocional, focado e direto. Conforme abordado no item 3.2, este inciso do art. 245 atende de modo legítimo e eficaz à proteção de bens jurídicos eleitorais.

A partir da constatação da formação de padrões do discurso de ódio em geral, foi possível transpor os padrões para o caso específico do discurso de ódio eleitoral. Tendo em vista a formulação prática de um resumo esquemático da aplicação, é apresentada uma lista de verificação dos padrões. Propõe-se que este quadro sirva de técnica judicial para casos eleitorais que envolvam o discurso de ódio (ver Apêndice I).

4. CONCLUSÃO

“Canta-me a cólera - ó deusa”, diz Homero. Não se pode, sob pena de tentar repreender a natureza humana, buscar a anulação do ódio. Por residir no órgão emocional humano (*thymós*), a ira constitui uma força integrante não somente do comportamento humano, mas também da atuação deste na história. Agindo com ira, o herói canaliza a vontade (própria, cosmológica, divina), como se seu furor fosse capaz de retorcê-la em favor de sua vitória. A ira dos antigos, porém, não pode ser inadvertidamente utilizada para explicação dos fenômenos políticos em sociedades democráticas. A ira contemporânea corresponde mais propriamente a sua fórmula de doação do sofrimento, pela percepção (equivoca ou não) de que o outro carece da dor, devendo este desequilíbrio ser reparado. Para essa correção coletiva da carência de sofrimento no mundo, é necessário que a ira se estabilize na forma de *ódio* e encontre meios de acumulação e distribuição, em projetos vingativos de longo prazo, culminando, conforme observa Sloterdijk, numa cultura do ódio.

As reflexões sobre as eleições brasileiras de 2018 conduziram à constatação de que houve uma polarização social, marcada nitidamente pelas opções de candidatos à Presidência da República. As campanhas eleitorais foram marcadas pela instrumentalização do ódio como

plataforma de ataque, culpabilização, insinuações e ridicularizações dos oponentes. Foi possível diagnosticar causas múltiplas para a estratégia de veiculação do ódio, em especial pela mudança legislativa das regras de financiamento público de campanhas, o que forçava o uso das redes sociais como ferramenta principal da propaganda política. Os contornos da legislação eleitoral eram, em 2018, permissivos a estes tipos de ataques, indicando a necessidade de uma reflexão jurídica sobre a possibilidade do enquadramento do discurso de ódio no âmbito no direito eleitoral.

Antes da avaliação dos dispositivos eleitorais para coibir o discurso de ódio, era necessário estabelecer duas premissas. A primeira trataria da possibilidade de restrição à liberdade de expressão segundo os limites da Constituição Federal de 1988. Sendo uma forma de discurso, o discurso de ódio poderia ser protegido pelo direito fundamento a livre manifestação de pensamento; todavia, se verificou que o texto constitucional admite restrições: direitos fundamentais podem ser restringidos por (i) uma disposição constitucional expressa; (ii) uma norma legal promulgada com fundamento na Constituição (decorrente da autorização delegada ao legislador infraconstitucional) e (iii) por meio das colisões entre direitos fundamentais, ainda que não haja a limitação expressa ou a autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador. As fontes restritivas do discurso de ódio eleitoral foram identificadas como a contraposição a princípios constitucionais como no caso do objetivo de promoção ao bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3, IV); a punição sobre qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); o princípio protetivo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); o imperativo de normalidade e legitimidade das eleições (art. 14, §9º); a Lei n. 7.716 de 1989 (que obteve interpretação extensiva por meio da ADO 26/DF); dispositivos próprio do sistema eleitoral, como os crimes de injúria e difamação eleitoral e no âmbito da propaganda eleitoral (estas fontes foram reavaliadas na Parte Dois); e por meio das colisões entre direitos fundamentais, cujo resultado só pode ser averiguado na prática por meio de entendimento jurisprudencial do STF e do TSE (não encontrados até o término do trabalho).

A segunda premissa trataria de apontar que o uso de conceitos jurídicos não se adequa a proposta de uma regulação eficaz do discurso de ódio no âmbito eleitoral, sendo preferível a alternativa de *padrões* de argumentação. Para que esses padrões fossem revelados, foi necessário investigar a discussão sobre o tema.

No estudo dogmático, foi necessário investigar a dogmática americana. Foram obtidas as

conclusões que a compreensão originária da liberdade de expressão surge nesse sistema apresentando uma linha de evolução que se inicia com preocupações concentradas na esfera pública, entrevedo o autoritarismo remanescente de períodos anteriores à democracia americana, como a necessidade de permissão para publicar e o supostos riscos de sedição, de modo semelhante às leis inglesas. O autoritarismo semelhante ao regime monárquico da metrópole dá lugar à preocupação com a defesa incontestada do regime democrático frente a ameaças (concretas ou não) de regimes rivais – como o comunismo, tornando proibida sua apologia. A liberdade de expressão é representada como uma categoria própria da democracia, mas passível de contradição se esta mesma democracia é posta em debate. Com o crescimento populacional e o incremento à diversidade pelas ondas migratórias, o próprio conceito de liberdade de expressão sofre uma transformação nos votos da Suprema Corte: a partir da década de 30, o regime não é mais baseado em premissas morais, mas na aceitação do pluralismo de ideias e valores. A liberdade de expressão passa consagrar a possibilidade de cada grupo participar da política do país, tornando o pluralismo a principal característica da democracia. No momento histórico seguinte, surge a sociedade de massas e a ampliação dos meios de comunicação: os fatores limitantes do instituto avançam para a esfera privada, tornando a privacidade um limite possível, bem como um retorno a possibilidade de interferência nos padrões morais estabelecidos, daí o resguardo para com a obscenidade e a pornografia. Mais propriamente ligado ao tema do *hatespeech*, foram apresentados os casos em que a Suprema Corte Americana lidou com temas em que os casos mais se aproximavam no fenômeno (ainda que o *nomen iuris* não tenha aparecido). São os casos: *Chaplinsky v. New Hampshire* (tratando das *Fighting words*), *Beauharnais v. Illinois*, *Brandenburg v. Ohio*, *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* e *Virginia v. Black*. O termo *hate speech* só aparece em 1989 com a polêmica envolvendo o a proibição de certos discursos e atos considerados ofensivos no meio universitário. Nesse ano foi decidido por uma das cortes federais americanas que o *speech code* da Universidade de Michigan era inconstitucional. Essa decisão vinculou universidades públicas, mas deixou a questão em aberto nos campi privados nos quais códigos similares foram impostos, tendo em vista a aplicação da teoria da *State Action*. Obtidas essas conclusões a respeito do trajeto dogmático do tema, a pesquisa apontaria para a necessidade de uma reflexão zetética, considerando as discussões a respeito do discurso de ódio.

Separamos as reflexões de acordo com a natureza do debate, ou seja, do âmbito metodológico que se insere a maior parte dos argumentos tratados por cada autor. A linha baseada

nos valores (deontológica) considerou a liberdade de expressão em contraste com outros valores que podem ser ameaçados pelo discurso de ódio. O debate de natureza instrumental estabeleceu modelos para atingir determinados fins ou metas. O debate de natureza empírica mostrou evidências concretas do dano causado pelo discurso de ódio. Estas três linhas metodológicas permitiram obter conclusões parciais a respeito do discurso de ódio e sua possibilidade de restrição.

Pelo primeiro padrão deontológico, afirma-se que discurso de ódio pode ser identificado como de valor baixo, uma vez que seu conteúdo não possui relevância para o debate público, porém, paradoxalmente, ele pode ter grande influência social, podendo inclusive transmitir ideias de alta aderência, ainda que eivadas de conteúdo ilícito e discriminatório. Dentre os tipos possíveis de restrição, há aquelas que restringem um conteúdo determinado na discussão e aquelas que restringem um ponto de vista. As restrições do ponto de vista estarão sujeitas a uma forte presunção de inconstitucionalidade e as restrições baseadas em conteúdo enfrentarão uma presunção de invalidez. Só se admite a restrição a determinados conteúdos se envolverem uma categoria de fala desprotegida ou de “baixo valor” ou se puderem ser fortemente conectados a uma justificativa suficientemente geral e neutra e não envolverem discriminação de pontos de vista ou qualquer outra forma de seletividade inadmissível.

O segundo padrão deontológico apontado é a preservação da dignidade e reputação dos grupos que compõe uma democracia pluralista. Parte-se da premissa de que o dano causado pelo discurso de ódio é uma afronta a dignidade, contrariando a expectativa de pertencimento do indivíduo na comunidade. É um dano distinto de uma ofensa, cujo constrangimento pode não significar uma desqualificação do ambiente social. Todavia, esta insegurança não pode ser alegada levemente sob o risco de impedir que uma opinião politicamente válida não seja debatida. Esta ponderação indica a necessidade de um balanceamento entre a dignidade daqueles que são atacados e a necessidade de uma democracia pluralista reconhecer pontos que se oponham a alguns grupos.

Os padrões instrumentais discurso de ódio se verificam em objetivos que podem ser atingidos por meio de sua regulação. O padrão instrumental do incremento ao regime democrático é verificado se o discurso proferido exprime um dos pontos de vista que pode ser validado por uma comunidade democrática. Se, por outro lado, o discurso distorce o debate, incutindo medo, humilhando ou de alguma forma afastando outros pontos de vista válidos, trata-se de um discurso de ódio. Nesse caso, restringir o discurso significa incrementar o regime democrático por meio de um enriquecimento qualitativo do debate e uma ampliação dos pontos de vista arguidos. O segundo

padrão instrumental que serve de identificação para o discurso de ódio é: não há uma consolidação dos discursos de ódio no tempo. Os fatos, valores e opiniões que embasam o discurso de ódio, não constituem um consenso, não sustentam ideias que sobrevivem às críticas e não servem de base para ideias futuras, permanecendo como expressões estagnadas em seu próprio conteúdo. O padrão pragmatista estabelece, portanto, que o discurso de ódio não serve de instrumento à verdade. Em paralelo ao padrão instrumental pragmatista, foram apontadas falsas-distinções baseadas em (i) ódio vulgar/ ódio sofisticado; (ii) ódio agressivo/ ódio pacífico; (iii) ódio emocional/ ódio racional; (iv) ódio contra o indivíduo/ ódio contra um grupo; (v) ódio expresso por fato/ ódio expresso por opinião.

Finalmente, os padrões empíricos identificam o discurso de ódio apenas pela manifestação de danos concretos e mensuráveis, com consequências identificáveis e baseadas na observação direta dos fenômenos, afastando consequências de caráter moral ou espiritual. Partindo da análise econômica do direito, é verificável pela mensuração comparativa de custos e benefícios: a veiculação do discurso deve ser permitida se, e somente se, os benefícios advindos igualem ou excederem os custos, descontando-se a probabilidade de materialização desses custos e o tempo que provavelmente transcorrerá até que essa materialização ocorra.

A mera identificação do discurso de ódio e sua eventual restrição seguindo a teoria dos padrões não seria, contudo, suficiente para se estabelecer uma dogmática própria do tema. Em primeiro lugar, foi necessário averiguar se o ordenamento eleitoral brasileiro possuía razões autorizativas de uma tutela do discurso de ódio, incluindo aí a legitimidade sancionatória. Concluiu-se que o imperativo de normalidade e legitimidade das eleições (art. 14, §9º da CF) é uma noção vinculada a estreita relação entre a vontade dos eleitores e o resultado do pleito. Um discurso que compromete os pontos de vista rivais, incutindo medo, humilhando ou de alguma forma afastando outros pontos de vista válidos, é um discurso de ódio, violador das premissas de igualdade, uma vez que oblitera as possibilidades equânimes de cada um expressar seu ponto de vista. Também malfere a liberdade, uma vez que a liberdade de sufrágio é pautada numa compreensão autêntica sobre os candidatos em disputa. O discurso de ódio pode alterar drasticamente o livre convencimento do eleitor. Ele se apresenta com uma aparência de verdade e de alto valor (*high value*), como quando, por exemplo, se vincula determinada etnia ao terrorismo e à barbárie. Porém o valor é pragmaticamente baixo, uma vez que há um consenso identificável de que o discurso de ódio nunca se sustenta cientificamente, e ele não apresenta nenhum

desenvolvimento ao tema envolvido. Dessa forma, concluiu-se que é legítima a tutela do discurso de ódio no âmbito eleitoral. Apresentamos duas propostas de enquadramento legal do discurso de ódio eleitoral na legislação vigente: a hipótese de criminalização e a vedação enquanto propaganda.

A primeira delas utilizou-se dos tipos penais da injúria e difamação eleitoral como institutos viáveis de tutela jurídica do discurso de ódio. Concluiu-se, porém, que tais institutos não são adequados pois a criminalização do discurso de ódio eleitoral se mostra ilegítima, por não conferir confiabilidade operacional da realização dos valores pretendidos; inapta para enquadrar-se na categoria de crime político, uma vez que estes se diferenciam dos crimes eleitorais; passível de receber a interpretação extensiva se crime penal comum fosse, mas sendo crime eleitoral, não haveria o mesmo objeto de tutela. Buscou-se demonstrar que crimes eleitorais contra a honra não tutelam a honra, mas bens jurídicos difusos, o que cria o transtorno secundário de admitir uma tutela penal destes bens no âmbito eleitoral sendo que já existem instrumentos consolidados não-penais com estes desígnios de tutela.

A segunda hipótese – de enquadrar o discurso de ódio como propaganda vedada – confirmou-se com a adequação dogmática dos institutos jurídicos presentes no ordenamento eleitoral brasileiro. A propaganda política deve ser tomada como elemento fundamental de regimes democráticos, levando-se em conta a igualdade pressuposta entre candidatos e eleitores em busca do convencimento e da escolha, respectivamente. Constatou-se que o uso das redes sociais como propaganda potencialmente lesiva a compromissos constitucionais e eleitorais foi previsto pelas reformas de 2017, posto que a doutrina aponte para desafios que a Justiça Eleitoral ainda terá de lidar. Embora identificável enquanto fenômeno, a propaganda eleitoral não possui definição jurídica, atendendo ao propósito prático de abertura conceitual – uma vez que seria impraticável tentar abarcar a totalidade de formas e conteúdos do marketing das campanhas políticas. Por esse motivo, identifica-se que as regulações de propaganda são feitas de modo negativo, sob a forma de proibições. Em breve resumo, foram apresentadas as restrições quanto a propaganda negativa extemporânea e a nova tipificação das *fake News* por meio do art. 326-A do Código Eleitoral.

Uma correlação possível entre os dispositivos do Código Eleitoral e o discurso de ódio é a proibição de meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, conforme prevê a legislação “estados mentais, emocionais ou passionais, conforme o art. 242. É, porém, um dispositivo passível de crítica, tanto pela contradição *in re* de proibir justamente os estados mentais que são mais valorizados pela publicidade eleitoral, quanto pela falta de operacionalidade da

proibição tendo em vista a dificuldade de prova. Outra correlação possível seria por meio dos incisos II e III do art. 45, que proíbem a trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito – foram, contudo, declarados inconstitucionais em 2010 pela ADI 4.451. Permanece válida apenas a sanção de perda do tempo de TV, conforme o art. 53, §1º da Lei das Eleições, para a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos.

A relação mais próxima entre o discurso de ódio e a vedação de propaganda são os incisos I, II, III, IV e IX do art. 243 do Código Eleitoral. Concluiu-se que estes incisos atendem adequadamente aos padrões argumentativos de identificação e restrição do discurso de ódio eleitoral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS³⁶²

ABRANCHES, Sergio et. al. **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019.

ABREU, Lenine Póvoas de. **Os limites da liberdade de expressão em matéria eleitoral**. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Propaganda Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 15-29. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 4.

ADAMS, Scott. **Win Bigly: Persuasion in a World Where Facts Don't Matter**. New York: Portfolio Penguin, 2017.

AGRA, Walber; VELLOSO, Carlos. **Elementos de Direito Eleitoral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*, trad. port. Z. Hutchinson, **Teoria da argumentação jurídica, São Paulo**, Landy, 2001.

ALMEIDA, Renato Ribeiro de. Agentes públicos em campanha eleitoral: como fica o controle na campanha virtual?. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Abuso de poder e perda de mandato**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 320. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 7

_____. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Quartier Latin, 2020,

ALONSO, Angela. A comunidade moral bolsonarista. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019.

ALVIM, Frederico Franco, **Curso de Direito Eleitoral**, 2ª ed. rev. E atual. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. Gravidade como parâmetro para a cassação de mandatos: o arranjo brasileiro diante dos pressupostos axiológicos do sistema e da cena internacional. In: **Revista Justiça Eleitoral em Debate**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 94-106, 2. sem. 2018.

APPIAH, Kwame Anthony, **Lies that Bind: Rethinking Identity**. Nova York: Liveright, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

BAKER, Edwin. Hate Speech. **Legal Scholarship Repository – University of Pennsylvania Law School**, v. 198. 2008.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito processual eleitoral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

³⁶² De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT NBR 6023/2018).

_____.; ARAS, Vladimir. **O arquivamento do inquérito policial pelo ministério público após a Lei Anticrime**, disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/>. Acesso em mar. de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão no Brasil**. Disponível em: <noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2006/05/liberdade-de-expressao-no-brasil-parte-1-36968.html> Acesso em jul. de 2020.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BEATTY, David M., **The Ultimate Rule of Law**, trad. port. A. Aguiar Cotrim, “A Essência do Estado de Direito”. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

BERLIN, Isaiah. Four essays on liberty, trad. port. Ferreira, Wumberto Hudson. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Ed. da UNB, 1981.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England: In Four Books**, vol. 2, Nova York: W. E. Dran Printer, 1832.

BOBBIO, Norberto. L’età dei Diritti, trad. port. Carlos Nelson Coutinho, **A era dos Direitos** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORK, Robert H., **Neutral Principles and Some First Amendment Problems**, 47 Indiana L.J. 1, 1971.

BÜHLER, Karl. Sprachtheorie, 1934, trad. ingl. D. F. Goodwin, **Theory of language: the representational function of language**, Philadelphia, John Benjamin Publishing Co., 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Livraria Almedina, 7ª ed. 2003.

CAPANO, Evandro Fabiani, Tutela Penal Eleitoral, in: **Direito Eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo**, HERMAN, Monica Caggiano, coord, São Paulo: Saraiva, 2013.

CARR, Edward Hallet, Twenty year of crisis, 1919-1939, trad. Port. L. A. Figueiredo Machado, **Vinte anos de crise: 1919-1939**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª ed., 2001.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora. In: **Boletim da Faculdade de Direito** – Universidade de Coimbra, 2003.

CÍCERO, Quintus Tullius; FREEMAN, Philip. **How to win an election: An ancient guide to modern politicians**. New Jersey: Princeton University Press, 2012.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª edição, Belo Horizonte: Fórum,

2014.

COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada**: reflexões acerca da legitimidade democrática da Justiça Eleitoral brasileira para cassações de mandatos eletivos. Belo Horizonte: Forum, 2015.

COLIVER, Sandra. **Striking a Balance**: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination. Londres: Article 19, London and Human Rights Centre, and University of Essex, 1992.

CONEGLIAN, Olivar. **Lei das Eleições Comentada**. Juruá, 2002.

COURA, Alexandre Basílio. Propaganda eleitoral antecipada: teoria funcionalista sistêmica versus teoria clássica da propaganda eleitoral . In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Propaganda Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 180. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 4.)

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

DA PONTE, Antonio Carlos; AOKI, Luiz Gustavo De Oliveira Santos. O alcance e os bens jurídicos resguardados pelo direito eleitoral, In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.): **Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. – Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 55 e ss (Tratado de Direito Eleitoral, vol. 8).

DAHL, Robert. On Democracy. trad. port. Sidou, Beatriz, **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 100.

DE BOLLE, Monica Boumgarten. Em nome do quê? A política econômica do governo Bolsonaro. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019.

DOTTI, René Ariel. Anatomia do crime eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 77-92. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 8.)

DUNKER, Christian Ingo Lenz. Psicologia das massas digitais e análise do sujeito democrático. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019.

DWORKIN, Ronald. “Foreword”. In: WEINSTEIN, J.; HARE, I, **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution, trad. port. Marcelo Brandão Cipolla, “**O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana**”Martins Fontes, São Paulo, 2006.

FAYT, Carlos Santiago. **Derecho político**. 12ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, Tomo II.

FELDMAN, Stephen M. "Hate Speech and Democracy", In: **Criminal Justice Ethics**, 32:1, 78-90, DOI: 10.1080/0731129X.2013.777254. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/0731129X.2013.777254>. Acesso em jul. de 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas S.A. 1988.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico penal**: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRIM.

FISS, Owen M., The Irony of Free Speech, trad. port. G. Binenbojm, C. Mário da Silva Pereira Neto, **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREGE, Gottlob, *Schriften zur Logik und Sprachphilosophie*, 1904, trad. port. de P. Alcoforado, Sobre o conceito e o objeto In: **Lógica e Filosofia da Linguagem**, 2ª ed, São Paulo, Edusp, 2009.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. Revisitando o direito eleitoral: direitos fundamentais, democracia e o novo constitucionalismo. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito Constitucional Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 93-108, Tratado de Direito Eleitoral, v. 1.

GARDBAUM, Stephen. **The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights**, 102 MICH.L. REV.387 (2003). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol102/iss3/2>. Acesso em mai. 2020.

GIANNOTTI, José Arthur. Savanarolas oficiais. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019.

GOMES, Angela de Castro. A política brasileira em tempos de cólera. In: **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das letras. 2019.

GOMES, José Jairo. **Crimes e Processo Penal Eleitoral**. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

_____. **Direito Eleitoral**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Luiz Carlos. **Crimes eleitorais e processo eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012.

GRECO, Luis, **Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito**. Org. Luís Greco. Ed. Marcial Pons, 2013.

GUEDES, Néviton. Comentários aos artigos 14 a 16. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

HAI DT, Jonathan. **The Righteous Mind: Why Good People are Divided by Politics and**

Religion. Nova York: Vintage, 2013.

HAJE, Lara, Debatedores discordam sobre melhor forma de combater discurso de ódio na internet. **Agência Câmara Notícias**, Brasília, 28 nov. 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/549849-DEBATEDORES-DISCORDAM-SOBRE-MELHOR-FORMA-DE-COMBATER-DISCURSO-DE-ODIO-NA-INTERNET.html> . Acesso em: jul. 2018.

HARE, Richard. **Freedom and Reason**, Oxford, Claredon Papers, 1963.

_____. **The Language of Morals**, Transcribed into hypertext by Andrew Chrucky, July 2005, disponível em <http://www.ditext.com/hare/lm1.html>. Acesso em jul. de 2020.

HART, Herbert, The concept of Law, 1962, trad. port. A. R. Mendes, **O Conceito de Direito**, 6ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HEINZE, Eric. **Hate Speech and Democratic Citizenship**. Londres: Oxford University Press. 2016.

HOLMES, Stephen. Waldron, Machiavelli, and Hate Speech. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**. Cambridge: Cambridge University Press. 2012.

HOMERO. **Ilíada**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 1969.

KALVEN, Harry. **A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America**, ed. Jamie Kalven, New York: Harper & Row, 1988.

KELSEN, Hans, Reine Rechtslehre, 2ª ed., 1960, trad. Port. J. B. Machado, **Teoria Pura do Direito**, WMF Martins Fontes, Ltda., 2012.

_____. “Essência e valor da democracia”, In: **A Democracia**. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Discursos ofensivos e de incitação ao ódio: Limites à Liberdade de Expressão?**, Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, 2007.

LARENZ, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6ª ed. trad. port. J. Lamego, **Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**, 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. How democracies dies. trad. port. Renato Aguiar. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LEWIS, Anthony. **Freedom for the Thought that we Hate**. Philadelphia: Basic Books, 2007.

LOSANO, Mario. Sistema e struttura nel diritto, volume I: Dalle origini alla Scuola Storica, 1968, trad. port. C.A. Dastoli, **Sistema e estrutura no direito, volume 1 – Das Origens à Escola Histórica**, Martins Fontes, São Paulo, 2008.

MALIK, Kenan. Interview with Kenan Malik. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses** (pp.81-91). Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

MARGOLIS, Eric - LAURENCE, Stephen, “Concepts”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2006 disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/concepts/>. Acesso em 17 de jul. de 2020.

MASON, Lilliana. “A Cross-Cutting Calm: How Social Sorting Drives Affective Polarization”. **Public Opinion Quarterly**, v. 80, n. S1, jan. 2016.

MELO JUNIOR, José William, **Aplicação do Código de Processo Penal ao processo criminal eleitoral**, Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 14 – n. 46, p. 275-310 – Edição Especial 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**, 10ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2015.

MENGISTU, Yared Legesse. “Shielding Marginalized Groups from Verbal Assault”. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses: Rethinking Regulation and Responses** (pp.330-40). Cambridge: Cambridge University Press. 2012.

MERCADANTE, Paulo. **A coerência das incertezas**. São Paulo: É Realizações, 2014.

MEYER-PFLUG, Samantha. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

MILL, John Stuart, **On Liberty**, ed. por David Bromwich e George Kateb. New Haven: Yale University Press, 2003.

_____. **Thoughts on Parliamentary Reform**. Londres: John W. Parker And Son, West Strand, MDCCCLIX (1859). Disponível em: https://en.wikisource.org/wiki/Thoughts_on_Parliamentary_Reform. Acesso em jul. de 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Portugal: Coimbra, 1998.

MORATÓ, Javier del Rey. **Comunicación Política, internet y campañas electorales: de la teledemocracia a la ciberdemocracia**. Madrid: Editora Tecnos, 2007.

MOREIRA, Adriana Fragalle, **Interpretação e âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão: reflexões sobre o “quem”, “quando” e “o quê” na manifestação do pensamento**.

Tese de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016.

MOREIRA, Aline B.; SIERRA, Joana de S. Propaganda eleitoral negativa nas eleições: limitações à liberdade de expressão dos candidatos e dos eleitores. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS**, v. 9, n.2, 2014.

MUÑOZ, Óscar Sánchez. La igualdad de oportunidades em la competición electoral. **Direito Eleitoral – Debates Ibero-americanos**. Compiladores: Ana Cláudia Santano e Eneida Desirre Salgado. Curitiba: Ithala, 2014.

NEISSER, Fernando; BERNARDELLI, Paula; MACHADO, Raquel. A mentira no ambiente digital: impactos eleitorais e possibilidades de controle. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Propaganda Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 55. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 4.)

NOHLEN, Dieter. La Justicia Electoral y sus desafíos actuales em América Latina. **Electiones y democracia: la experiencia latino-americana**. Conferencias internacionales em la ONPE. Lima: ONPE, OEI, 2007^a.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfo contra a maioria**. Coimbra Editora, 2006. ORTEGA y GASSET. José. Rebelión de las Massas, trad. esp. H. Filho. **A rebelião das massas**. São Paulo: Ruriak Ink, 2013.

OSORIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PALFREY, John. **Safe Spaces, Brave Spaces: Diversity and Free Expression in Education**. Cambridge: MIT Press, 2017.

PAREKH, Bhikhu. Is There a Case for Banning Hate Speech? In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses** (pp. 37-56). Cambridge: Cambridge University Press. 2012.

PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Cassação de mandato, o novo efeito suspensivo automático do Código Eleitoral e a tutela de evidência do NCPC. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 15, p. 61-83, jul./dez. 2016.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation*, trad. port. M. E. Galvão. **Tratado da Argumentação: a Nova Retórica**, 2. ed., 2005.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: anotações e temas polêmicos**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 54, § 5536.

PORTO, Walter Costa. **O voto no Brasil: Da colônia à 6^a República**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002.

POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, trad. Port. E. Ferreira et. al., **As Fronteiras da Teoria do Direito**, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. On Liberty: a Revaluation. In: **Rethinking Western Civilization: John Stuart, On Liberty**, ed. por David Bromwich e George Kateb. New Haven: Yale University Press, 2003.

POST, Robert. Interview with Robert Post. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses**. Cambridge: Cambridge University Press. 2012.

_____. "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and reform of Public Discourse", In: **Constitutional Domains: Democracy, Community, Management**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

PRUNIER, Gérard. **The Rwanda Crisis: History of a Genocide**, 2nd ed. Kampala: Fountain Publishers Limited, 1999.

REMÉDIO, José Antônio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; KIM, Richard Pae. Crimes contra a honra e a verdade nas campanhas eleitorais na internet: uma necessária revisitação em uma sociedade em rede. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 214. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 8).

ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, trad. esp. Diego Peña et. Al., **Derecho Penal**, Parte General, Tomo I, Fundamentos: Estrutura de la teoria del Delito, Madrid: Civitas, 1997.

SALES, José Edvaldo Pereira. As (im)possibilidades de um direito penal eleitoral brasileiro, In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.): **Direito Penal e Processo Penal Eleitoral** – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 35 (Tratado de Direito Eleitoral, vol. 8).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"**. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Henrique Neves da. Propaganda eleitoral na imprensa escrita e a liberdade editorial de apoio político. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Propaganda Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 4.).

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

SLOTERDIJK, Peter. Zorn und Zeit, trad. port. Marco Casanova, **Ira e tempo: ensaio político psicológico**. São Paulo: Estação Liberdade. 2012.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O conceito de bem jurídico penal difuso**. Doutrina Adcoas, São Paulo, v. 7, n. 20, out. 2004.

SOARES, Alessandro. **Processo de cassação do mandato parlamentar por quebra de decoro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Arthur Bezerra de. **A concentração econômica nos meios de comunicação e a dicotomia entre liberdade de expressão e discurso do ódio: a resignificação do discurso do ódio no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020.

STEVENSON, Charles Leslie, **Ethics and Language**, New Haven, Yale University Press, 1944.

SUNSTEIN, Cass R., **Democracy and the problem of Free-Speech**. Nova York: The Free Press A Division of Simon & Schuster Inc., 1995.

TAVARES, André Ramos. Há uma crise de legitimação eleitoral no mundo? **Revista de Estudos Eleitorais**, v. 5, n. 1, jan./abril 2010, pp. 21-36, Brasília: Tribunal Superior Eleitoral.

TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra. RBCCrim: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 94, jan./fev. 2012.

TORON, Alberto Zacharias. Reflexões de um juiz novato In: DALLARI, Adilson Abreu et. al., **Direito Eleitoral: estudos em homenagem ao desembargador Mathias Coltro**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

WALDRON, Jeremy. Hate Speech and Political Legitimacy. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Eds.), **The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses** Cambridge: Cambridge University Press. 2012.

_____. Mill as a Critic of Culture and Society In: **Rethinking Western Civilization: John Stuart, On Liberty**, ed. por David Bromwich e George Kateb. New Haven: Yale University Press, 2003.

_____. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge, Londres: Harvard University Press. 2012.

WOLFSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**, Westport: Praeger Publishers, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. **Revista de Processo**, ano 22, n. 85, p. 181-189, jan/mar. 1997.

ZILIO, Jacson. Direito Penal e Discurso de Ódio, In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n.

16, p. 181-204, jan./jun. 2017.

ZILIO, Rodrigo López. **Decisão de cassação de mandato: um método de estruturação.** Salvador: Editorial JusPdivm, 2019.

APÊNDICE I

Teste de constitucionalidade e legalidade para a restrição do discurso de ódio eleitoral

(Ao se obter respostas afirmativas, constata-se viável a restrição).

I – Para que haja restrição pela Justiça Eleitoral, é necessário que a conduta seja manifesta como propaganda (uma vez que a hipótese criminal foi descartada). Assim, pergunta-se se a conduta praticada foi feita na forma de propaganda eleitoral.

1. Para ser considerada propaganda, pergunta-se: o discurso possui elementos para convencer o eleitor a votar?

II – Se extemporânea, trata-se de uma propaganda negativa?

1. Ocorreu antes da data de início legal das campanhas?

2. O conteúdo possuía elementos para convencer o eleitor a não votar em determinado candidato?

III – Não sendo extemporânea, trata-se de propaganda feita em desconformidade com o art. 243 do Código Eleitoral?

1. Trata-se de propaganda:

a) de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes?

b) que provoca animosidade entre as Forças Armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis?

c) de incitamento de atentado contra pessoa ou bens?

d) de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública?

e) que calunia, difama ou injúria quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública?

IV – O discurso pode ser contraposto a outros valores constitucionais?

1. Se contrapõe à promoção ao bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3, IV)?

2. Trata-se de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI)?

3. Viola o princípio protetivo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)?

4. Viola o imperativo de normalidade e legitimidade das eleições (art. 14, §9º)?

a) O conteúdo do discurso viola o pressuposto de igualdade entre os candidatos?

b) O conteúdo do discurso viola a livre convencimento do eleitor?

V – O discurso se enquadra nos padrões argumentativos para a restrição?

1. Trata-se de discurso que expressa pontos de vista isolados, cujo debate público não oferece contraposições de outros pontos de vista?

2. Trata-se de discurso em cujo conteúdo não se encontra propostas eleitorais e posições políticas?

2.1 Envolve uma categoria de “baixo valor”, pois não se relaciona a propostas eleitorais nem exprime posições políticas?

2.2 É uma categoria de fala que pode ser fortemente conectada a uma justificativa suficientemente geral e neutra para ser restrita, que não envolve a discriminação de pontos de vista ou qualquer outra forma de seletividade? (e.g. incitação a violência generalizada).

3. Trata-se de um discurso que, violando a dignidade da pessoa humana, representa um aspecto irrelevante de convencimento?

3.1 Determinado grupo tem sua dignidade afrontada por um candidato de um modo que não contribui para a adesão ao representante daquele discurso?

3.2 O discurso representa um aspecto dispensável do programa do candidato?

4. O discurso exprime um dos pontos de vista que não pode ser validado por um grupo cuja vontade política é expressa em termos democráticos?

4.1 O discurso desatende ao pressuposto de garantir a uma maior pluralidade de representação?

4.2 O discurso desatende ao pressuposto de aumentar a qualidade das propostas em debate?

5. O discurso distorce o debate eleitoral afastando outros pontos de vista válidos enquanto proposta ou vontade política?

5.1 O discurso desencadeia o efeito silenciador sobre outros discursos de outros partidos ou candidatos?

5.2 O discurso exige que o ofendido disponha excessivamente de seu próprio tempo de campanha para responde-lo?

6. O discurso não serve de instrumento à formação de convicções consensuais duráveis? (Falta, em seu conteúdo, de uma consolidação das informações, relatos, narrativas, acusações ao longo do tempo?).

6.1 São ilegítimas as distinções de:

- a. ódio vulgar/ ódio sofisticado;
- b. ódio agressivo/ ódio pacífico;
- c. ódio emocional/ ódio racional;
- d. ódio contra o indivíduo/ ódio contra um grupo;
- e. ódio expresso por fato/ ódio expresso por opinião.

7. O discurso causa danos concretos? (O conteúdo é capaz de produzir danos tangíveis, materiais, físicos, econômicos ou, se emocionais, focados e diretos?).

