

Daniel Nicory do Prado
Hermano de Oliveira Santos

ABUSOS DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES NO BRASIL

Uma contribuição da teoria dos atos de fala



FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

ABUSOS DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES NO BRASIL

**Uma contribuição da
teoria dos atos de fala**

Daniel Nicory do Prado
Hermano de Oliveira Santos

ABUSOS DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES NO BRASIL

**Uma contribuição da
teoria dos atos de fala**

2023

P896 Prado, Daniel Nicory do.

Abusos das imunidades parlamentares no Brasil : uma contribuição da teoria dos atos de fala / Daniel Nicory do Prado, Hermano de Oliveira Santos. – Salvador : Faculdade Baiana de Direito, 2023.

137 p.

Bibliografia.

ISBN 978-65-87051-08-6 (Obra digital).

1. Privilégios e imunidades - Brasil. 2. Câmara legislativa – Privilégios e imunidades - Brasil. I. Santos, Hermano de Oliveira. II. Título. III. Título : uma contribuição da teoria dos atos de fala.

CDD 328.348

Setor de Processamento da Faculdade Baiana de Direito.

Editoração Eletrônica: Maurício Amaral

Capa: Marília Borges

Editor Executivo:

Prof. Me. Fernando Caria Leal Neto

Conselho Editorial

Prof^a Dr^a. Ana Carolina Fernandes
Mascarenhas

Prof^a Dr^a. Ana Thereza Meirelles

Prof. Dr. Antonio Adonias Aguiar Bastos

Prof^a Dr^a. Cláudia Albagli Nogueira

Prof. Dr. Dirley da Cunha Jr

Prof. Dr. Fredie Didier Jr

Prof. Dr. Gabriel Marques da Cruz

Prof. Dr. Gamil Föppel el Hireche

Prof^a Dr^a. Maria Auxiliadora Minahim

Prof. Dr. Maurício Requião

Prof. Dr. Valton Dória Pessoa



Rua José Peroba, 123, Costa Azul, Salvador/BA. CEP: 41.770-235.

Tel: 3205-7744

Copyright: Faculdade Baiana de Direito

publicacoes@faculdadebaianadedireito.com.br

<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br>

Todos os direitos desta edição reservados a Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor, da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	7
INTRODUÇÃO.....	13
1. LIMITES DEMOCRÁTICOS À LIBERDADE E À TOLERÂNCIA	17
1.1 Os paradoxos da liberdade, da tolerância e da democracia	17
1.2 O direito à liberdade de expressão entre pensar e agir.....	46
1.3 Tolerância como princípio jurídico.....	50
2. AS IMUNIDADES PARLAMENTARES.....	57
2.1 Natureza jurídica	57
2.2 Aspectos material e formal.....	60
2.3 As imunidades parlamentares entre a liberdade e a tolerância ...	67
3. A TEORIA DOS ATOS DE FALA.....	73
3.1. Caracterização da teoria	73
3.2. Utilidade da teoria para a dogmática jurídica	75
4. AS IMUNIDADES PARLAMENTARES À LUZ DA TEORIA DOS ATOS DE FALA.....	87
4.1 Restrições às imunidades materiais no caso Dep. Jair Bolsonaro vs. Dep. Maria do Rosário	87

4.2 Restrições às imunidades processuais no caso Sen. Delcídio do Amaral.....	92
4.3 Restrições às imunidades materiais e processuais no caso Dep. Daniel Silveira.....	96
CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS	129

PREFÁCIO

Este prefácio representa, para mim, uma rica coletânea de felicidades.

Em primeiro lugar, porque se trata de um prefácio elaborado para um livro escrito por autores que são também amigos de longa data.

Os queridos amigos Daniel Nicory do Prado e Hermano de Oliveira Santos foram meus colegas de graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. O convite para elaborar o prefácio desta obra surgiu para mim como uma espécie de catalisador de boas lembranças: recordei inúmeras conversas que tivemos não apenas sobre direito, mas também sobre arte, literatura, música e poesia. Nicory e Hermano são a prova viva de que talento, inteligência, sensibilidade e competência podem sim conviver para fazer das trilhas por vezes tão áridas do direito caminhos repletos de criatividade. E vejam, meus caros, como a vida passa rápido: lá se vão mais de vinte anos de quando nos conhecemos e passamos a desfrutar de uma convivência fraterna, marcada pela admiração e pela torcida recíproca. Peço licença para chamá-los aqui de Nicory e Hermano, tratamento afetoso que cultivo desde os tempos de graduação.

Nicory trilhou uma trajetória acadêmica de sucesso na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, local em que concluiu a sua graduação, mestrado e doutorado. Atualmente leciona na Faculdade Baiana de Direito e no Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania da Universidade Federal da Bahia. Além disso, atua como Defensor Público no Estado da Bahia, sendo autor de inúmeras obras jurídicas de referência.

Hermano também vem trilhando uma trajetória acadêmica notável: após concluir a graduação em Direito na Universidade Federal da Bahia fez mestrado na Universidade Federal de Sergipe, sendo que cursa, atualmente, Doutorado na Universidade Federal da Bahia. Atualmente leciona na Faculdade Pio Décimo, além de ser servidor da Justiça Eleitoral (TRE-SE).

A relação de amizade entre Nicory e Hermano foi construída há muitos anos. Posso aqui citar uma curiosidade acadêmica marcante que evidencia o laço de amizade entre ambos: Nicory foi o orientador do trabalho de conclusão de curso de Hermano na graduação. Além disso, ambos tiveram papel fundamental no processo de resgate e revalorização da Revista *Ângulos*, periódico de valor histórico de destaque na Faculdade de Direito da UFBA e notável pelo estímulo da arte, pesquisa e criatividade.

Foquemos então o perfil específico da presente obra.

Trata-se de livro dedicado ao importante tema do abuso das imunidades parlamentares no Brasil a partir da perspectiva da teoria dos atos de fala. Utiliza-se para tanto a construção formulada por John L. Austin e aprimorada por John Searle, tendo por horizonte político e metodológico o paradoxo da tolerância de Karl Popper. A obra possui quatro capítulos, contemplando os seguintes tópicos: (1) os limites democráticos à liberdade e à tolerância; (2) as imunidades parlamentares; (3) a teoria dos atos de fala; (4) as imunidades parlamentares à luz da teoria dos atos de fala.

No primeiro capítulo os autores expõem o quanto liberdade e tolerância são valores centrais para sociedades plurais, guardando fundamento jurídico na noção de Estado Democrático de Direito. Sustentam aqui o quanto a noção de democracia deve ser compreendida como forma e conteúdo, o que fazem a partir de farta bibliografia. Demonstram as conexões existentes entre democracia e autoridade, distinguindo-as do campo da tirania e da violência. Enfatizam o quanto o exercício da democracia pressupõe naturalmente a existência de adversários que precisam cultivar o respeito mútuo e a capacidade de diálogo. Reforçam o fato de que a noção de democracia não se esgota nas eleições, havendo continuidade do exercício da soberania popular. Defendem a tese de que as imunidades parlamentares, no âmbito da representação política, traduzem um direito de poder falar que não podem ser vislumbradas como privilégio para fazer calar. Para tanto, os autores propõem uma

instigante delimitação jurídica da liberdade e da tolerância a partir das noções de responsabilidade e coerência. Fica aqui registrado o convite para que o leitor atento descubra, a partir da leitura, quais as raízes e frutos de tal delimitação.

A seguir, no segundo capítulo, os autores constroem uma análise detalhada das imunidades parlamentares, enfocando sua natureza jurídica, relação com os conceitos de liberdade e tolerância, assim como o seu alcance e possíveis limitações. Sustentam a noção de que representam poderes-deveres e que sofrem limitações normativas que repercutem em seu exercício, sendo vedados o estímulo ao ódio e os ataques à própria democracia. No final deste capítulo elaboram uma conexão direta com o assunto do capítulo seguinte: a teoria dos atos de fala e sua pretensão de auxiliar em um mais adequado tratamento da temática das imunidades parlamentares.

Sendo assim, no terceiro capítulo, recorrem à teoria dos atos de fala a partir das formulações de John Austin e John Searle para o fim de evidenciar o quanto o ato de falar também representa um fazer. Após definirem a terminologia a ser empregada no livro quanto às classes dos atos de fala, esclarecem a repercussão de cada classe de ato de fala nas infrações que, em tese, poderiam ser cometidas pelos parlamentares no exercício de sua função. A seguir, demonstram quais devem ser as responsabilidades do Poder Legislativo e do Poder Judiciário na análise prática das acusações de abuso das imunidades parlamentares.

Por fim, no quarto capítulo, analisam as soluções construídas no capítulo anterior para os casos de abuso na utilização das imunidades materiais. Para tanto, fazem uma comparação entre a teoria dos atos de fala e a teoria do local da elocução, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, para examinar qual das duas permitiria um melhor tratamento à temática dos abusos das imunidades. Aqui encontra-se uma parte de elevada originalidade na obra, uma vez que os autores se propuseram a examinar três casos de grande notoriedade no Brasil para os fins de testar a construção teórica que fizeram: (1) as restrições às imunidades materiais no caso envolvendo o então Deputado Federal Jair Bolsonaro e a Deputada Federal Maria do Rosário; (2) as restrições às imunidades processuais do caso envolvendo o Senador Delcídio do Amaral; (3) e as restrições às imunidades materiais e processuais no caso do Deputado Federal Daniel Silveira, no qual houve uma análise jurídica mais apro-

fundada a respeito da resposta institucional fornecida e das repercussões do julgamento nas relações entre o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Além da construção extremamente lógica da argumentação, destaca-se na obra o uso de uma linguagem clara, o que torna a leitura um exercício agradável de aprendizado a cada instante. Além disso, os estudos de caso realizados no capítulo final evidenciam uma importante conexão entre teoria e prática, providência que em muito enriquece a análise jurídico-decisória realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Aqui vale destacar, ainda, a coragem dos autores, que não deixaram de enfrentar temas delicados e que por vezes dão margem a comentários apressados e superficiais. Em um Brasil tão marcado por notícias falsas, manipulação discursiva, ódio e ataques à democracia, Nicory e Hermano nos brindaram com um livro propositivo. Opuseram o raciocínio analítico ao comentário raso, o estudo atento e verdadeiramente inovador à simples repetição de conhecimento acumulado. Elaboraram, pois, um livro original, uma leitura que torço venha a se tornar obrigatória para os que desejam dominar o tema das imunidades parlamentares e dos abusos em sua utilização.

Acho importante conjugar à análise técnico-jurídica uma contribuição da arte para o direito, vínculo tão presente na trajetória pessoal e profissional dos amigos Nicory e Hermano. Sendo assim, achei conveniente finalizar este prefácio com algumas lições extraídas da obra de Alberto Manguel, célebre autor argentino e que desfrutou do convívio fraterno com Borges. Manguel nos ajuda a entender quais os múltiplos significados dos livros na seguinte passagem¹:

O livro é muitas coisas. Como um repositório de memória, um meio de transcender os limites de tempo e espaço, um local para reflexão e criatividade, um arquivo da nossa experiência e da dos outros, uma fonte de iluminação, felicidade e, às vezes, consolo, uma crônica de eventos passados, presentes e futuros, um espelho, uma companhia, um professor, uma invocação dos mortos, um divertimento, o livro em suas várias encarnações, da placa de barro à página eletrônica, tem servido há bastante tempo como metáfora para muitos dos nossos conceitos e realizações essenciais.

1 MANGUEL, Alberto. *O leitor como metáfora: o viajante, a torre e a traça*. Tradução: José Geraldo Couto. São Paulo: Edições SESC São Paulo, 2017, p. 20.

É com essa inspiração que eu gostaria de deixar você, leitor, convidado a ler esta obra tão preciosa. Preciosa pelo cuidado de pesquisa, pela vontade de compartilhar uma proposta nova para o tema do abuso das imunidades parlamentares, pelo esmero de compartilhar com o público uma abordagem rica de um tema que tem gerado tantas discussões na história recente do Brasil.

A célebre frase de Borges de que o paraíso seria uma biblioteca merece ser aqui lembrada como uma advertência do que será possível encontrar nas próximas páginas: reflexão, criatividade e iluminação típicas de uma pesquisa jurídica notável e que me deixa ainda mais feliz por conhecer, há anos, os responsáveis por uma escrita tão bonita e bem elaborada.

Obrigado, amigos Nicory e Hermano, por um convite tão gentil e que me fez recordar tantos aprendizados desde que nos conhecemos. Desejo aplaudir de pé o sucesso que vocês merecem alcançar com uma obra tão inovadora e especial. Desejo que cada leitor também desfrute de um livro traduzido como uma sucessão de acertos, fruto de uma bonita amizade. Que seja para todos, como foi para mim, uma rica coletânea de felicidades, daquelas de deixar o coração repleto de alegria.

Paris, 6 de setembro de 2022.

GABRIEL DIAS MARQUES DA CRUZ

Professor Visitante da Universidade de Paris II - Panthéon Assas

Mestre e Doutor em Direito do Estado - USP

*Professor Adjunto de Direito Constitucional
da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito*

INTRODUÇÃO

A discussão a respeito da liberdade de expressão e de seus limites tem importância fundamental para as teorias política e jurídica, e um de seus problemas mais conhecidos é o paradoxo da tolerância, como exposto por Karl Popper, para quem a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância, visto que, se estendida aos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes.

Colocado em termos concretos, e jurídico-dogmáticos, o paradoxo se acentua quando se está diante da liberdade de expressão de detentores de mandatos parlamentares, que, por um lado, estão protegidos por uma garantia qualificada, que é a inviolabilidade civil e penal por suas opiniões, palavras e votos, mas, por outro, são justamente aqueles com a maior capacidade de manifestar sua intolerância com o próprio regime que os conduziu ao cargo público e, sobretudo, de inspirar mais intolerância em quem possui a mesma visão de mundo.

Os mecanismos existentes no Direito brasileiro para conter a intolerância dos detentores de mandatos parlamentares estão na ordem do dia, e já há, há alguns anos, uma disputa de legitimidades entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, simbolizada pelo caso que envolveu os então deputados federais Jair Bolsonaro e Maria do Rosário, e pela prisão do deputado federal Daniel Silveira, ordenada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Uma interpretação mais estrita das imunidades parlamentares só admite a punição do parlamentar no âmbito do próprio Poder Legislativo, por falta de decoro, consistente no abuso das prerrogativas, quando o

agente se utiliza da inviolabilidade para ofender, e que só então, uma vez cassado o mandato, ele estará sujeito à responsabilidade criminal em caso de nova ofensa; uma interpretação mais flexível das imunidades, por sua vez, estabelece restrições substantivas a seu alcance, entendendo que a inviolabilidade não representa uma carta branca para o cometimento de crimes, deve estar vinculada ao exercício do cargo, podendo haver responsabilização criminal mesmo sem que o agente continue exercendo o mandato.

O presente trabalho tem o objetivo de estudar se a teoria dos atos de fala, formulada por John L. Austin e aprimorada por John Searle, pode ser usada para uma compreensão das imunidades parlamentares, que, ao mesmo tempo, imponha as restrições tidas como desejáveis para salvaguardar a democracia e evitar o paradoxo da tolerância e, por outro lado, não resulte no esvaziamento da própria garantia parlamentar, servindo de arma para a supressão de críticas legítimas, ainda que duras ou deseducadas, às instituições do sistema democrático, comprometendo assim o pluralismo político.

Com inspiração não só política, mas também metodológica, de Popper, este trabalho, primeiro, abordará a necessidade de se estabelecerem limites democráticos à liberdade e à tolerância; em seguida, apresentará as principais características das imunidades parlamentares e os principais aspectos da teoria dos atos de fala; e, por fim, colocará a teoria à prova, por amostragem, para compreender o alcance efetivo das imunidades parlamentares, diante dos casos concretos supracitados, a fim de verificar se, neles, foi legítima a intervenção do Poder Judiciário, ou se cabia somente ao próprio Poder Legislativo a contenção dos abusos.

O tema é tão premente que, após o fechamento do trabalho, sucederam-se fatos públicos e notórios de grande relevância que não podem ser ignorados, e por isso serão mencionados a seguir, mas que não levaram à revisão dos capítulos de desenvolvimento, justamente porque eles não mudaram as nossas conclusões, e servem como novos testes para a teoria proposta que podem ser realizados pelos próprios leitores.

O então Deputado Daniel Silveira tentou concorrer a uma vaga no Senado Federal pelo Rio de Janeiro, mas teve seu pedido de registro de candidatura indeferido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, em 20 de setembro de 2022, em razão da condenação criminal examinada neste trabalho, que, muito embora ainda estivesse coberta

pelo indulto individual concedido pelo Presidente, continuou produzindo efeitos não penais, como por exemplo a inelegibilidade.

O então Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, em 30 de outubro de 2022, perdeu a disputa pela reeleição para o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e seguiu, durante os dois meses de transição governamental, levantando dúvidas sobre a idoneidade dos resultados do pleito, levando a uma mobilização de parte de seus apoiadores, que bloquearam rodovias e acamparam nas redondezas dos quartéis do Exército Brasileiro, movimento que culminou nos atentados de 8 de janeiro de 2023 aos Três Poderes da República.

O indulto individual concedido pelo ex-presidente ao ex-deputado Daniel Silveira foi anulado, por maioria, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 10 de maio de 2023, com o entendimento de que houve desvio de finalidade.

Em 14 de julho de 2023, o Ministro Alexandre de Moraes requereu providências à Polícia Federal alegando que ele e seus familiares, por razões políticas, foram hostilizados por um grupo de brasileiros no Aeroporto Internacional de Roma.

Esse conjunto de eventos, que por si só é um recorte bastante limitado e não menciona episódios letais de violência política que ocorreram durante o processo eleitoral de 2022, demonstra como os discursos afrontosos às instituições democráticas podem passar muito facilmente do discurso à ação, seja na forma de episódios isolados e aparentemente espontâneos, seja de uma forma mais organizada e em larga escala.

Assim, para além dos três casos que serão examinados no presente trabalho, a democracia brasileira segue sendo um campo quase inesgotável para a discussão sobre os limites das imunidades parlamentares, com o objetivo de superar o paradoxo da tolerância e preservar a democracia da erosão promovida pela circulação de discursos autoritários, mas sem ameaçar a existência de um efetivo pluralismo político.

LIMITES DEMOCRÁTICOS À LIBERDADE E À TOLERÂNCIA

Uma deputada federal emite opinião depreciativa das concepções políticas de um colega deputado federal, que se ofende e revida, emitindo opinião depreciativa da imagem de sua colega. Outro deputado federal emite opiniões depreciativas da Corte Constitucional e da postura de seus integrantes. O que há de comum nesses casos é o fato de que parlamentares emitem opiniões de modo violento e intolerante, o que nos leva a problematizar se as imunidades parlamentares permitem que esses agentes políticos façam isso, ou, noutros termos, se, num Estado democrático, as autoridades podem ser livres para agirem assim e se tais condutas devem ser toleradas.

Numa sociedade complexa e diversa, liberdade e tolerância são valores complementares e imprescindíveis à convivência social e à coexistência política. O equilíbrio entre a liberdade e a tolerância é o que garante a harmonia social, o pluralismo político e a democracia. O ideal da democracia é que a liberdade e a tolerância sejam amplas, de modo a garantir a diversidade social e a pluralidade política. No entanto, na realidade das democracias, a ausência de limites à liberdade e à tolerância possibilita seus extremos e indesejáveis opostos, a dominação e a intolerância. Por essa razão, numa sociedade que se pretende verdadeiramente democrática, nem a liberdade nem a tolerância podem ser ilimitadas.

1.1 OS PARADOXOS DA LIBERDADE, DA TOLERÂNCIA E DA DEMOCRACIA

As pessoas pensamos e agimos de modos diferentes, quando não divergentes. Nossas relações pessoais ou, como cidadãos, com o Estado,

são marcadas por tensão permanente e, conseqüentemente, por inúmeras possibilidades de conflitos. Para evitar que a tensão e os conflitos atinjam um ponto de ruptura e inviabilizem a vida social e política, precisamos viver com liberdade e tolerância, nossa e do outro, inclusive quem pensa e age diferente de nós. Assim é que liberdade e tolerância são valores necessários a uma sociedade pluralista e, em termos jurídicos, são garantias, fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito. Ocorre, porém, que liberdade, tolerância e democracia são ideias paradoxais, razão pela qual se faz necessário delimitá-las, como tentaremos demonstrar.

A) Liberdade e Tolerância como Valores da Democracia

Comentando os diálogos de A República, de Platão, Popper observa que o paradoxo da liberdade é que “a liberdade, no sentido da ausência de qualquer controle restritivo, deve levar à maior restrição, pois torna os violentos livres para escravizarem os fracos” (POPPER, 1974, p. 289). Já o paradoxo da tolerância é que “a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância”, de modo que “se não estivermos preparados para defender a sociedade tolerante dos ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância” (POPPER, 1974, pp. 289-290).

Nesse sentido, liberdade e tolerância são valores que garantem e são garantidos pelo uso da razão, ao passo que dominação e intolerância são seus desvalores, que refletem abuso de força. O abuso de força, a intolerância e a dominação criam um ambiente desfavorável à liberdade, à tolerância e ao uso da razão.

Como diz Norberto Bobbio, a democracia é estruturada por normas baseadas em valores que lhe conferem flexibilidade (BOBBIO, 2000, p. 51-52). Segundo ele, o primeiro valor da democracia é a tolerância, cujo desvalor, a intolerância, é “a crença cega na própria verdade e na força capaz de impô-la” (BOBBIO, 2000, p. 51). E complementa dizendo que a esse valor se seguem outros, a exemplo da liberdade (no sentido de razão ou não-violência), o que o faz lembrar a advertência de Popper de que “o que distingue um governo democrático de um não-democrático é que apenas no primeiro os cidadãos podem livrar-se de seus governantes sem derramamento de sangue” (BOBBIO, 2000, p. 51).

Assim sendo, podemos afirmar que um sistema de normas é meramente formal se seu conteúdo não corresponde a um sistema de valores.

Bobbio afirma ainda que “o correto funcionamento de um regime democrático apenas é possível no âmbito daquele modo de governar [...] chamado de ‘governo das leis’” e que “só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder” (BOBBIO, 2000, p. 23).

Nesse sentido, apenas se houver uma harmônica relação entre liberdade e tolerância é que uma estrutura político-jurídica pode funcionar de modo verdadeiramente democrático.

Luigi Ferrajoli, por sua vez, considera “inadequadas as tradicionais concepções puramente formais ou procedimentais da democracia enquanto conjunto de regras do jogo, independentes do (e indiferentes ao) conteúdo do jogo democrático” (FERRAJOLI, 2015, posição 3). Segundo ele, não se pode desconsiderar o que ele chama de “dimensão substancial” da democracia, ou “esfera do não decidível”, isto é, “aquilo que nenhuma maioria pode validamente decidir, isto é, a violação ou a restrição dos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode legitimamente deixar de decidir”, como seria o caso, acreditamos, da necessidade de se estabelecerem limites substancialmente democráticos à liberdade e à tolerância (FERRAJOLI, 2015, posição 3).

Nesse mesmo sentido, Giovanni Sartori destaca o que chama de “tensões entre fato e valor”, ou entre “as teorias descritiva e normativa” da democracia, dada a necessidade de preencher o “hiato entre o ‘dever ser’ e o ‘é’” e estabelecer, tão precisamente quanto possível, “o que é” e “o que não é” a democracia (SARTORI, 1994, pp. 6, 62 ss., 246 ss.). É necessário atentar, diz ele, por um lado, que “os fatos que revelam propriedades democráticas num certo grau são [...] fatos modelados por ideais” e, por outro lado, que “os voos para a utopia, para um supermundo de ideais inflacionados, não melhoram nem um pouco o mundo real (SARTORI, 1994, p. 6).

Voltando a Ferrajoli, ele propõe uma concepção político-jurídica a que chama de “constitucionalismo garantista”, a qual, segundo ele, seria tanto um “modelo teórico” quanto um “projeto político”. Como modelo teórico, para positivar tanto “as escolhas às quais o legislador deve se adequar” como “a submissão de todos os poderes [...] a normas formais e substanciais destinadas [...] a limitar-lhes e a vincular-lhes o exercício” (FERRAJOLI, 2015, posição 3). E como projeto político, “como o dever

principal da política e como a única alternativa racional a um futuro de [...] involuções autoritárias e antidemocráticas” (FERRAJOLI, 2015, posição 3).

Michelangelo Bovero chama atenção para o fato de que, mesmo seguindo as “regras do jogo democrático”, estamos vivendo, desde a década de 1980, o que ele chama de “antidemocracia”, assim entendida “uma democracia aparente que reveste e traveste formas incipientes de autocracia eletiva” (BOVERO, 2015, p. 42-43). Ele ainda propõe caracterizar o atual momento político mundial como “fascismo pós-moderno” (BOVERO, 2015, p. 43)

Como observa Ferrajoli, essa contradição teórica, mas constatação empírica, que são as democracias antidemocráticas ou autocráticas, revela que as democracias contemporâneas apresentam problemas a que ele chama de “fisiológicos” e “patológicos”. Segundo ele, fisiológicos são os problemas atinentes à “ilegitimidade do direito positivo vigente em relação à dicção constitucional, que a ciência jurídica tem o dever de evidenciar e a política e a jurisdição tem o dever de reparar ou de corrigir” (FERRAJOLI, 2015, posição 3). Já os problemas patológicos são a revelação de que “Está em andamento uma profunda crise do paradigma constitucional, que alcança tanto as formas representativas da democracia quanto a sua substância constitucional” (FERRAJOLI, 2015, posição 3)

Desse modo, tão importante quanto o poder ser limitado por leis (governo lícito) é o poder ser exercido com autoridade (governo legítimo).

O que Bovero chama de “antidemocracia” e Ferrajoli de “democracia antidemocrática ou autoritária”, Paulo Otero chama de “democracia totalitária”, para caracterizar as democracias em sentido procedimental, mas não em sentido material, nas quais indícios de “extremismo político”, como a xenofobia, a intolerância, o discurso de ódio e a violência como forma de luta política, chegam a ser pautas de campanhas eleitorais e até práticas, como destaca Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro (2019, pp. X e XIII, 18 ss., 37 ss.). Ela lembra que fenômeno semelhante ocorreu quase um século antes, quando duas das ideologias totalitárias (o fascismo e o nazismo) foram gestadas em Estados democráticos, o que levou Karl Loewenstein a propor o modelo que chamou de “democracia militante”, para designar o “regime que se protege ativamente contra o totalitarismo e a intolerância”, isto é, contra “ideais não democráticos” (MONTEIRO, 2019, pp. XII-XIII).

Tais indícios, por que não dizer, episódios de extremismo político demonstram a atualidade da ameaça totalitária e a necessidade do ativismo democrático. Sempre devemos ter em mente que o que chamamos de Estado Democrático de Direito é tanto as ideias de constitucionalidade e legalidade quanto os ideais ou valores da democracia. Jamais podemos esquecer que a democracia como a definimos atualmente é o sistema político em que a autoridade é baseada na razão e cujo conteúdo não se coaduna com violência.

B) Relação entre Democracia e Autoridade

Max Weber define legitimidade, ou, mais precisamente, “pretensão de legitimidade”, a probabilidade de a autoridade “ser reconhecida e praticamente tratada como tal [...] consolide sua existência e determine, entre outros fatores, a natureza dos meios de dominação escolhidos (WEBER, 2012, p. 140).

É importante observar que, enquanto definimos dominação como desvalor da liberdade, Weber a define como sinônimo de autoridade, isto é, “a probabilidade de encontrar obediência” ou a “possibilidade de exercer ‘poder’ ou ‘influência’” baseada “nos mais diversos motivos de submissão: desde o hábito inconsciente até considerações puramente racionais”, de modo que “Certo mínimo de vontade de obedecer, isto é, de interesse (externo ou interno) na obediência, faz parte de toda relação autêntica de dominação” (WEBER, 2012, p. 139).

Refletindo sobre o que é a autoridade, mais precisamente sobre a permanência ou não de uma autoridade, Hannah Arendt observa que autoridade é o que qualifica um poder como legítimo e o sustenta independentemente de persuasão (ARENDR, 2014, pp. 127 ss.). Segundo ela, uma vez constituída e aceita racionalmente, a autoridade se impõe pelo uso da razão, não pelo abuso de força; assim, quando exercido com autoridade e aceito como tal, o poder se impõe por “obediência”, não por “coerção” (ARENDR, 2014, p. 129).

Para Weber, “‘obediência’ significa [...] que a ação de quem obedece ocorre substancialmente como se este tivesse feito do conteúdo da ordem e em nome dela a máxima de sua conduta [...] sem tomar em consideração a opinião própria sobre o valor ou desvalor da ordem como tal” (WEBER, 2012, p. 140). Aqui, todavia, na tentativa de fazer uma crítica

valorativa, distinguimos obediência (como aceitação da autoridade) de coerção (como imposição da autoridade, ou obediência em sentido formal, mas não necessariamente substancial, como diz Weber).

Daí que, diz Arendt, a forma mais bem acabada de autoridade é a tradição, “que nos guiou com segurança através dos vastos domínios do passado” e que “deu ao mundo a permanência e a durabilidade de que os seres humanos necessitam precisamente por serem mortais” (ARENDDT, 2014, pp. 130-131).

Para Weber, tradição é um dos três tipos de autoridade, ou, como ele diz, “dominação legal”, “dominação tradicional” e “dominação carismática” (WEBER, 2012, p. 141). Ele adverte que “nenhum dos três tipos ideais [...] costuma existir historicamente em forma realmente ‘pura’” e que “a tipologia sociológica oferece ao trabalho histórico empírico somente a vantagem [...] de poder dizer, no caso particular de uma forma de dominação, o que há nele de ‘carismático’, de ‘carisma hereditário’, de ‘carisma institucional’, de ‘patriarcal’, de ‘burocrático’, de ‘estamental’” (WEBER, 2012, p. 141).

Assim, enquanto a autoridade da tradição é impessoal, uma “autoridade” sem tradição (ou ilegítima, ou ilegal) é personalista. A “autoridade” personalista não possui autoridade ou exerce autoridade com autoritarismo. Num caso como no outro, desrespeita a tradição, vale-se de coerção em lugar de obediência, abusa de força em lugar do uso da razão.

Arendt, analisando a ideia de autoridade nas democracias e nas tiranias, mais precisamente, comparando os registros da Antiguidade Clássica com o que ela própria viveu e observou na “ascensão dos movimentos fascista, comunista e totalitário [stalinista e nazista]”, demonstra que o autoritarismo é o desvirtuamento da autoridade (ARENDDT, 2021, pp. 105-127).

Em termos jurídicos, podemos afirmar que, numa democracia, autoridade é o que qualifica o poder, tanto objetiva quanto subjetivamente. Em sentido objetivo, autoridade significa “independência”, “independência funcional”, “competência”, “atribuição”, “dever”, “dever funcional” etc., isto é, poderes jurídicos para cumprir as funções estatais (normativa, administrativa ou jurisdicional), cujo exercício deve observar, dentre outros, os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (v., p. ex., os arts. 2º; 5º, LXIX; 21 a 24; 25, § 1º; 30; 32, § 1º; 37; 127

e 130-A, § 2º; 134, § 4º; 142; 144; 165, § 10; 196; 205 e 208; 217; 225; 227 da Constituição brasileira [BRASIL, 1988]). Já em sentido subjetivo, “autoridade”, ou “autoridade competente”, é o “agente público dotado de poder de decisão”, cujo exercício, isto é, cujas ações e omissões, devem observar limites éticos, disciplinares, civis e penais (v., p. ex., os arts. 1º, § 2º, III, da Lei do Processo Administrativo Federal [BRASIL, 1999]; os Decretos Federais 1.171 e 6.029 [BRASIL, 1994; 2007]; os arts. 116 a 182 do Estatuto dos Servidores Civis da União [BRASIL, 1990]; a Lei de Improbidade Administrativa [BRASIL, 1992]; e a Lei do Crime de Abuso de Autoridade [BRASIL, 2019a]).

Desse modo, podemos observar que a democracia é um sistema político estruturado racionalmente a partir da ideia de autoridade, isto é, da distribuição do poder político (do qual se diz, idealmente, que é uno e indivisível e pertence ao povo) em poderes jurídicos (normativos, administrativos ou jurisdicionais), cujo exercício é feito pelo povo (o que a qualifica como participativa ou autogoverno), e/ou por seus representantes (o que a qualifica como representativa ou governo), para o povo (isto é, em benefício do povo). Seu oposto, a tirania, não é um sistema, tampouco tem uma estrutura racional; apenas funciona pelo exercício do poder político, ou mesmo de poderes jurídicos, sem autoridade, ou, ainda que com alguma autoridade, mediante violência.

C) Relação entre Democracia e Violência

Tendo em vista os acontecimentos políticos da segunda metade do século XX, em que, após o terror de duas Guerras Mundiais, talvez se imaginasse que a autoridade prescindiria da violência (e a razão, da força), Arendt demonstra que ocorreu exatamente o contrário, isto é, que a violência passou a ser usada racionalmente. Essa “normalização” da violência implica uma ruptura da tradição, não no sentido de destruição de uma ameaça (como o vigor ou a força necessários numa guerra ou numa revolução), mas de substituição proposital da autoridade (como forma de desintegrar ou anular a potência original e criativa do poder político, deslocando as decisões do espaço público para espaços corporativos) (ARENDR, 2001, pp. 13-30). A violência passou a ser um instrumento de poder que nega o poder, uma imposição de autoridade sem aceitação, mediante coerção, não obediência, de modo que deixou de ser apenas um ato físico episódico (como a guerra ou a revolução) para ser um

processo simbólico permanente (como tecnologia de governo) (AREN-
DT, 2001, pp. 31-44). Assim, o que antes eram eventos singulares que
marcavam a derrocada de uma estrutura de poder e o fim da violência,
agora é realidade contínua em que a manipulação da violência marca a
transferência de poder; se antes mais poder implicava menos violência
(ou mais violência, menos poder), agora mais poder carece de mais vio-
lência (mais violência é necessária para mais poder); se antes violência e
poder eram incompatíveis (a violência era incontrollável e representava
o declínio do poder), agora violência e poder estão imbricados (a vio-
lência é um instrumento que garante a manutenção do poder); se antes
a violência era representada por objetos que garantiam ou derrubavam
o poder (como arsenal bélico ou artefatos revolucionários), agora a vio-
lência são instituições e institutos (órgãos que manipulam a lei), enfim, o
poder se instrumentaliza da violência como princípio de ação (AREN-
DT, 2001, pp. 45-64).

Mais recentemente, Judith Butler, refletindo sobre a Guerra ao Terror,
a reação dos Estados Unidos da América aos ataques da Al Qaeda em
11/9/2001, demonstra que a violência pode ser justificada como vingança
e a guerra, usada como “política de luto” e “instrumento de gestão do
medo” (BUTLER, 2020, pp. 9-10, 17-18).

Fazendo uma transposição cultural e temática dessas observações so-
bre a violência para o atual cenário político brasileiro, podemos aventar
a hipótese de que a violência, numa democracia, pode ser uma vingança,
no sentido de reação à democratização da autoridade, o que só ganha
corpo se e quando não se leva a bom termo uma espécie de luto da tiri-
rania, caso em que o medo da perda, redução ou contestação de poder
promove e justifica a violência, ou reações violentas, sobretudo as sim-
bólicas, como parece ser o caso do uso instrumental, ou abuso funcional,
da estrutura da democracia (a respeito da ideia de “transposição cultu-
ral”, v. BUTLER, 2020, p. 16).

Noutro sentido, mas chegando ao mesmo ponto, Nora Merlin lem-
bra que a “ideologia neoliberal”, gestada após a Segunda Guerra Mun-
dial, consolidou-se de meados da década de 1980 a meados da década
de 1990, e desde então se disseminou pelo mundo, com efeitos nocivos
principalmente para países como os da América Latina: pobres, endivi-
dados, ainda vivendo o “luto” e expiando a “culpa” do autoritarismo
herdado da colonização, depois atualizado pelo caudilhismo (no Brasil,

coronelismo), por tiranos carismáticos (como Juan Domingo Perón, na Argentina; Getúlio Vargas, no Brasil; e, mais recentemente, Hugo Chávez, na Venezuela) e pelas ditaduras militares (MERLIN, 2020, pp. 27-28, 29-34; tradução nossa). Segundo ela, “o neoliberalismo consiste não apenas num plano econômico, mas também na produção de uma nova subjetividade baseada numa ideologia que rechaça a política”, não sendo demais lembrar que “a política é a ferramenta que impede que o ideológico funcione como um imperativo moral, uma substância hipnótica que obriga ao adormecimento [à apatia]” e que “o neoliberalismo conseguiu se disseminar pelo mundo, impor-se nas culturas e manipular o social pela violência que implica [a] concentração de poder” (MERLIN, 2020, pp. 31, 33; tradução nossa). O neoliberalismo, afirma ela, é uma “nova forma de totalitarismo”, que, assim como o nazismo e o stalinismo, analisados por Arendt, “não é uma tirania produto da loucura de um personagem, mas uma nova forma de poder [...] que se propõe a dominação da subjetividade e a anulação das singularidades” (MERLIN, 2020, p. 73; tradução nossa).

Em suma, podemos dizer que há, num polo, democracia e autoridade, e, noutro polo, tirania e violência; entre um e outro, liberdade e tolerância, razão e força. Quando a liberdade e a tolerância são garantidas pela razão, vigem a autoridade e a democracia. Quando, por outro lado, são mantidas sob força, imperam a violência e a tirania. Se a autoridade se forma num ambiente de liberdade e tolerância, seu exercício tende a ser democrático. Se, porém, o poder, com ou sem autoridade, é exercido num ambiente violento, tende a ser autoritário, e, como sabemos, autoritarismo é uma prática própria da tirania, indesejável à democracia.

Arendt adverte que é perigoso acreditar que, “se a violência desempenha a mesma função que a autoridade, ou seja, faz com que as pessoas obedeçam, então violência é autoridade”, como é o caso de “Todos os que chamam as ditaduras modernas de ‘autoritárias’ ou que confundem o totalitarismo com uma estrutura autoritária [que] equiparam de forma implícita violência e autoridade”, e diz que não acredita “que a violência possa se tornar um substituto da autoridade” (ARENDR, 2021, pp. 118-119). Ela ressalta a importância de diferenciar autoridade de violência, mesmo reconhecendo (a) que uma autoridade pode ser autoritária (isto é, violenta), ainda que numa democracia (que, nesse caso, seria simbolicamente violenta); (b) que uma tirania pode ter autoridade, mas sempre

será autoritária, como é o caso das ditaduras, que cerceiam liberdades; e (c) que os movimentos fascista, comunista e totalitário (stalinista e nazista), ainda que tenham obtido autoridade, subverteram-na em autoritarismo, e, mais ainda (o que os diferencia de todas as demais formas de autoritarismo, como a tirania), substituíram-na pela violência e pelo terror (ARENDDT, 2021, pp. 119 ss.). Nesse sentido, argumenta ela, “Não há dúvida de que a violência pode destruir o poder [a autoridade] O que a violência nunca consegue é gerar poder [autoridade]” (ARENDDT, 2021, p. 526). E conclui: “Ou seja, uma vez que a violência tenha destruído a estrutura de poder, nenhuma nova estrutura de poder emerge [...] a tirania é a única forma de governo que carrega em si a semente de sua própria destruição” (ARENDDT, 2021, p. 526).

O comportamento autoritário, ou autoritarismo, manifesta-se tanto em oposição quanto como parasita da democracia. Em sua forma arquetípica, na tirania, é o oposto da democracia, na medida em que o tirano não representa o povo, nem governa em benefício do povo. Já numa relação semelhante ao parasitismo, vale-se da retórica democrática para ocupar a estrutura da democracia e fazer suas instituições e seus institutos funcionarem de acordo com interesses personalistas ou corporativos. Assim, pois, são sinais comportamentais do autoritarismo o apego ao poder e a tendência a tratar o comum como próprio e o público como privado.

D) Elementos do Autoritarismo no Brasil

Como diz Lilia Moritz Schwartz, “Alguns analistas arriscam a palavra ‘democradura’ para explicar a vigência de governos que combinam de maneira perversa a regra democrática com a prática populista e autoritária” (SCHWARCZ, 2019, p. 227). Ela destaca que essa prática segue “a norma jurídica até determinado momento, para depois escapar dela, a partir de justificativas que se desviam da lei” (SCHWARCZ, 2019, p. 227).

Partindo da premissa de que “democracia não se resume ao ato da eleição”, ela entende que vivemos uma crise que faz reaparecer “o nosso déficit republicano, localizado bem na raiz da comunidade política”, daí porque, para ela, devemos criar “um ambiente de tolerância – quando representantes de partidos diferentes são entendidos como rivais legítimos e dessa maneira reforçam o pacto republicano que precisam almejar”, em contraposição às polarizações, que “têm o poder de matar a democracia, gerar uma retórica da divisão e eleger apenas demagogos

que não representam os desejos de justiça, segurança, ética, igualdade” (SCHWARCZ, 2019, p. 235).

Renato Janine Ribeiro, partindo das muitas diferenças entre as democracias e as repúblicas antiga e moderna, demonstra a relação entre democracias e repúblicas, autoritarismo e patrimonialismo. Segundo ele, a democracia, antigamente, era excludente e exercida de forma direta pela maioria política, que não necessariamente era a maioria social; modernamente, é o governo de poucos que representa muitos, uma multidão que deseja e deseja o que não tem. A república, por sua vez, passou de um regime de oposição à monarquia e à tirania à noção de bem público, em contraposição ao bem privado, ou, segundo Montesquieu, deixou de ser virtude ou sacrifício para ser necessidade ou interesse. Nesse sentido, enquanto a democracia é o desejo de ter, a república é a necessidade ou o interesse de conter. Nessa gestão de desejos, necessidades e interesses é que tem lugar a confusão entre público e privado, que se manifesta no patrimonialismo, e entre ter e conter, que se manifesta no autoritarismo (RIBEIRO, 2000, pp. 13-24).

A História do Brasil é emblemática nesse sentido. Desde quando era colônia, passando por uma monarquia com apoio popular, república (primeiro militar, depois civil), governos oligárquicos, governos populistas, tirania e ditadura militar, até a organização constitucional atual, a trajetória brasileira oscila entre um discurso democrático e republicano e uma realidade patrimonialista e autoritária.

Para Marilena Chauí, isso remonta ao que ela chama de “mito fundador”, uma “invenção ideológica” segundo a qual o Brasil foi achado ou descoberto por Portugal, os europeus civilizaram os índios, os negros escravizados foram libertados e daí teria surgido uma cultura miscigenada e pacífica sem paralelo, o que, evidentemente, não corresponde à realidade dos fatos, que apontam noutra direção, a revelar que a sociedade brasileira foi formada sob e é um ambiente propício ao patrimonialismo e ao autoritarismo, no qual as classes dominantes, econômicas e políticas abusam de suas posições de poder em desfavor de pobres e minorias, no qual estão arraigadas ideias e disseminados comportamentos que produzem e reproduzem desigualdades, preconceitos e violências (CHAUÍ, 2000, pp. 57-87).

Schwarcz amplia essa ideia ao analisar o que chama de “mitologia nacional”, isto é, a narrativa histórica oficial, que remonta ao início do

Século XIX, e que desde então é disputada e refeita a partir de “pressupostos tão básicos quanto falaciosos”, como o que os brasileiros somos pacíficos e tolerantes (SCHWARCZ, 2019, p. 22). Ela então observa que “Naturalizar a desigualdade, evadir-se do passado, é característico de governos autoritários que, não raro, lançam mãos de narrativas edulcoradas como forma de promoção do Estado e de manutenção do poder” e que essa “fórmula [é] aplicada, com relativo sucesso, entre nós, brasileiros” (SCHWARCZ, 2019, p. 19). E conclui: “vivemos, nos dias de hoje, um período tão intolerante e violento”, com “tantas manifestações autoritárias ou a divulgação, sem peias, de discursos que desfazem abertamente de um catálogo de direitos civis que parecia consolidado”, enfim, o “crescimento de uma política de ódios [...] que transforma adversários em inimigos” (SCHWARCZ, 2019, p. 25).

Como observa Simon Schwartzman, “o Brasil é um país de longa tradição autoritária [...] cuja origem se prende aos padrões de relacionamento havido entre o Estado e a sociedade” (SCHWARTZMAN, 2015, p. 39). Ele demonstra que, “historicamente, a sociedade civil brasileira tem sido incapaz de criar um sistema político em condições de se contrapor efetivamente ao peso avassalador do poder central ou contrabalançá-lo” (SCHWARTZMAN, 2015, p. 40). Segundo ele, isso tem a ver com dois problemas: de um lado, “o contraste entre o Estado patrimonial, irracional, centralizador, autoritário, e os setores da sociedade que se pretendem autônomos, descentralizadores e representantes do racionalismo privado dos grupos sociais mais organizados”; e, de outro lado, “o contraste entre as ideologias liberais de não intervencionismo, privatismo, *laissez-faire*, e as necessidades ineludíveis de planejamento governamental e intervenção do Estado na vida econômica e social do país” (SCHWARTZMAN, 2015, p. 40). E conclui que, na sociedade brasileira, vige a lógica de que, “se o Estado é todo-poderoso, nada mais racional do que buscar seus favores e proteção” (SCHWARTZMAN, 2015, p. 32).

E) Democracia, Tirania e Retórica Democrática

Ainda sobre a relação de parasitismo da tirania na democracia, convém lembrar que já Platão afirmava que “a tirania não chega ao poder senão por intermédio da democracia” (PLATÃO, 379 a. C., *apud* POPPER, 1974, p. 289).

Newton Bignotto observa que “A tirania, assim como a democracia, é uma invenção grega [antiga]”, surgindo “do mesmo movimento que criou a democracia, tendo-se constituído com o passar dos tempos, em seu oposto simétrico” (BIGNOTTO, 2020, p. 19). Segundo ele, se hoje não é exato falarmos em tirania, no sentido grego antigo, ou mesmo medieval (o despotismo), ou moderno (o fascismo, o totalitarismo nazista e stalinista, a ditadura), não é inexato falarmos que os regimes democráticos convivem com práticas próprias da tirania, com o autoritarismo, e suas características de desrazão, força, violência, abuso de poder, desrespeito às leis, às tradições e ao pluralismo político, personalismo, corporativismo e patrimonialismo, enfim, riscos ou ameaças ao Estado Democrático de Direito (BIGNOTTO, 2020, pp. 11-15).

Eis o paradoxo da democracia, o qual, como diz Popper, é “a possibilidade de que a maioria possa decidir que um tirano deva governar” (POPPER, 1974, p. 290).

Isso nos lembra o que John Stuart Mill chama de “tirania da maioria”. A tirania, observa ele, é uma prática tanto de quem exerce o poder como de quem aspira a exercê-lo. Há minorias sociais que alimentam um desejo de maioria política. Eventualmente essas minorias conseguem se mobilizar democraticamente, de tal modo a fazerem acreditar que suas promessas são o desejo da maioria. O grande feito dessas minorias é, valendo-se de instrumentos democráticos, conquistarem a maioria a que almejam. Assim logram transformar a democracia em “tirania da maioria”, exercendo poder com violência, sendo intolerante com as minorias e sufocando a liberdade destas a ponto de dominá-las (MILL, 2011, p. 22 ss.).

Chantal Mouffe observa que o “paradoxo da democracia moderna” são suas “diversas implicações políticas e teóricas”, isso porque, afirma ela, diferentemente da democracia antiga, nas sociedades complexas atuais, regras de participação são, senão impossíveis, certamente menos factíveis do que regras de representação (MOUFFE, 2000, p. 1; tradução nossa). Nesse cenário, é improvável que as democracias possibilitem uma “legitimação definitiva”, o que não quer dizer que sejam estruturas sem função, formas sem conteúdo ou “lugares vazios de poder”, apenas que são um conjunto de regras baseadas na ideia de “soberania popular”, cujos representantes nem sempre, ou quase nunca, exercem o poder em benefício do povo (MOUFFE, 2000, pp. 2-3; tradução nossa).

Aqui convém lembrar o que dispõe o art. 1º, parágrafo único, da Constituição brasileira: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (BRASIL, 1988). Não por acaso, esse dispositivo reflete que o Brasil é uma democracia em que o poder é exercido principalmente por representantes eleitos pelo povo, não pelo próprio povo.

De fato, a realidade da democracia brasileira (como, de resto, das democracias contemporâneas) é menos a satisfação das necessidades e dos interesses do povo do que o desejo de poder de seus representantes, o que leva a uma competição pelas posições de poder, sobretudo nas instituições democráticas, pois revestidas de autoridade e, por isso mesmo, imunizadas por essa autoridade (imunização esta que é presumível e precária, pois sempre aberta à contestação e à disputa).

Daí a proposta teórica de Mouffe, segundo a qual, à “lógica democrática” tradicional, baseada na ideia de soberania popular, há de suceder uma “pragmática democrática”, como “gramática” ou procedimento de negociação e legitimação de forças políticas com o objetivo comum de estabilização da própria democracia, de modo a garantir seu funcionamento e, sobretudo, sua continuidade (MOUFFE, 2000, pp. 4-5; tradução nossa). Ela acrescenta que, à lógica adversarial do político, no sentido proposto por Carl Schmitt em sua “teoria do *partisan* [partidário]”, como uma relação de antagonismo entre inimigos (nós vs. eles), há de suceder o “agonismo”, que ela propõe como “um diferente modo de manifestação do antagonismo” (MOUFFE, 2000, p. 13; tradução nossa). E conclui que se trata de uma relação em que as pessoas podem ser definidas, paradoxalmente, como “‘inimigos amigáveis’, isto é, pessoas que são amigas porque compartilham um espaço simbólico comum, mas também inimigas porque querem organizar esse espaço simbólico comum de modos diferentes” (MOUFFE, 2000, p. 13; tradução nossa).

Como em qualquer disputa, a democracia se fortalece com a existência e a ação de adversários que se respeitam e são capazes de dialogar. Não há democracia quando se suprime a oposição ou se ocultam as diferenças, ou seja, quando não se tolera a liberdade de manifestações divergentes. E não se é democrático se tais manifestações representam ódio a quem pensa e age de modo diferente, o que, em última análise, é manifestar ódio à própria democracia.

Essa ideia de “ódio à democracia”, como define Jacques Rancière, não é nova. Segundo ele, sua formulação original é aquela segundo a qual “Nós nos acostumamos a ouvir que a democracia era o pior dos governos, com exceção de todos os outros” (RANCIÈRE, 2014b, p. 10). Agora, diz, há “uma versão mais perturbadora da fórmula”: por um lado, que “O governo democrático é mau quando se deixa corromper pela sociedade democrática que quer que todos sejam iguais e que todas as diferenças sejam respeitadas”; e, por outro lado, que “é bom quando mobiliza os indivíduos apáticos da sociedade democrática para a energia da guerra em defesa dos valores da civilização, aqueles da luta das civilizações” (RANCIÈRE, 2014b, pp. 10-11). Para evitar que essa luta seja uma reprodução de ódio sem fim, ele propõe a tese de que “só existe uma democracia boa, a que reprime a catástrofe da civilização democrática” (RANCIÈRE, 2014b, p. 11).

Não podemos desconsiderar o fato de que, na democracia, é comum usar da razão para ocultar a força, transformando uma democracia de direito numa tirania de fato. Assim, pois, a estrutura da democracia, isto é, as instituições democráticas (como os órgãos legislativos) funcionam como tirania sempre que o poder, ainda que revestido de autoridade, é exercido com violência.

Como observa Christian Dunker, o que Rancière chama de “ódio à democracia” assemelha-se a uma das quatro formas de negação da democracia de que fala Jacques Lacan. Nas palavras de Dunker, trata-se do “sentimento derivado da interpretação de que a democracia é injusta, que legitima as diferenças que deveria eliminar” (DUNKER, 2022, p. 34). Segundo ele, trata-se de duas operações, ou de uma operação em dois momentos: “os indivíduos são reduzidos a sua forma ordinal e, depois, constrangidos ao ato cardinal de adição”, ou seja, primeiro, “os indivíduos são hierarquizados em cidadãos de primeira ou segunda classe, entre visíveis e invisíveis, discerníveis e indiscerníveis”; depois, “são objeto de um ato cardinal que os torna iguais diante da lei” (DUNKER, 2022, p. 34). Essa operação transforma os sujeitos em objeto, na medida em que “Eles se tornam essa matéria-prima impensante chamada povo, de cuja voz todos tentam se apossar, como fonte e origem do poder, mas poucos tentam escutar, como fim e objeto do poder” (DUNKER, 2022, p. 34). A consequência política, ainda em termos psicanalíticos, dessa operação “é a exclusão interna, causada pelo ato cardinal, cuja condição

é o pré-ordenamento [ato ordinal] dos indivíduos e a divisão entre massa social e massa excluída que está na raiz dos processos de reversão e inversão da democracia em tirania” (DUNKER, 2022, p. 34).

No Brasil, e também, por diferentes circunstâncias e com diferentes manifestações, noutros países, esse cenário evidencia o que Rancière chama de “cansaço da democracia” (RANCIÈRE *apud* DUNKER, 2022, p. 39). Segundo Dunker, isso confirma por que e como, desde a década de 1970, ocorreu a reversão, ou, mais precisamente, a inversão da democracia em tirania: não que a democracia tenha se transformado em tirania; práticas próprias da tirania transformaram a democracia (DUNKER, 2022, pp. 36-39). Trata-se, diz ele, do “fenômeno da assimilação com sua conseqüente agressivização das relações”, seguido pela “fetichização da excepcionalidade” e, finalmente, pela inversão da democracia em tirania (DUNKER, 2022, p. 37). À semelhança do que ocorrera nos campos de concentração nazistas, motivado pelo antissemitismo, a “forma de vida de estrutura de condomínio”, motivada por questões econômicas e morais, apesar de se estruturar intramuros, logrou funcionar extramuros: elidindo as fronteiras entre vida privada e espaço público, essa forma de vida apropriou-se da política do/no Estado, de tal modo que a figura do representante, na democracia representativa, assemelha-se à figura do síndico, na vida condominial (DUNKER, 2022, pp. 38-39). Nesse sentido, o representante, como o síndico, é “a figura de autoridade representada pelo gestor das leis, o administrador das regras, que cria a exceção para produzir a regra”, de modo que, “poder e autoridade se fundem em uma espécie de palavra que fala por si mesma, de palavra de ordem que não pede justificativa nem razão, mas que legifera” (DUNKER, 2022, p. 38).

Segundo Nancy Fraser, isso é a reação política, por questões econômicas e morais, de um novo “populismo reacionário” ao que ela chama de “neoliberalismo progressivo” (FRASER *apud* DUNKER, 2022, p. 39). Como diz Dunker, “certa aliança entre o neoliberalismo econômico e as tendências progressistas que galgaram ganhos em termos de empoderamento de minorias, meritocracia e redução da opressão de raça e gênero” ocasionou essa reação de negação da democracia, pautada, por um lado, na propagação de uma “retórica do perigo”, que pressupõe uma “moral absoluta”, e, por outro lado, na “reificação do direito”, que institucionaliza a propriedade privada e o mercado com-

petitivo como um “elogio da preservação da liberdade” (DUNKER, 2022, pp. 39, 41).

Nesses termos, vemos como a democracia representativa transforma sujeitos em objetos, de modo que a ideia de povo se reduz ao papel de massa. Desse modo, a representação política funciona numa lógica bipolar, ora emudecimento, ora reverberação de vontades. Nessa lógica, os representantes manipulam os representados para ascender ao poder para, valendo-se da autoridade, reduzir esta àquele. Em decorrência, a democracia acusa o golpe, não porque tenha esgotado suas potencialidades, mas porque vem sendo minada por práticas próprias da tirania, ou antes observadas somente em tiranias.

David Runciman, partindo da constatação algo desencantada de que “A democracia sempre esteve destinada a passar, em algum momento, para as páginas da história”, reconhece que “A ciência política contemporânea tem pouco a dizer sobre as novas maneiras como a democracia pode falhar porque está preocupada com outra questão: entender como a democracia continua a funcionar” (RUNCIMAN, 2018, p. 5). São três, observa ele, os novos velhos problemas, dos quais um nos interessa mais diretamente, qual seja, a “violência política”, no sentido de que, nas “democracias ocidentais [...] nossos impulsos mais destrutivos se manifestam de outras maneiras. A violência ainda existe, é claro. Mas espreita às margens da política e nos recônditos da imaginação de cada um, sem jamais assumir o centro do palco” (RUNCIMAN, 2018, p. 9).

Numa democracia, ninguém se apresenta como tirano. Pelo contrário, o tirano, na democracia, exerce sua tirania com ares de democrata. Para tanto, faz de tudo para encobrir a violência de seus pensamentos e suas ações. Nesse contexto, quem quer encontrar maneiras para fazer a estrutura da democracia funcionar de modo verdadeiramente democrático, sem encobrir práticas próprias da tirania, deve ter consciência de que tal violência nem sempre se revela de forma truculenta, mas, sobretudo, simbólica, e por isso mesmo ainda mais perigosa.

Nesse sentido, é preciso atentar para o que Luciano Canfora chama de “retórica democrática”. Segundo ele, numa releitura do paradoxo da democracia e da tirania da maioria, a ideia de democracia é usada e abusada por uma minoria política momentânea que aspira a dominar a maioria social permanentemente. Ele lembra, com Arendt, que já Platão apontava para a “manipulação democrática” como o ponto fraco

da democracia. A retórica democrática, diz, opera uma manipulação ou convencimento do povo, no sentido de que, na prática, seria impossível que o povo governasse diretamente, razão pela qual o governo deveria ser feito por representantes do povo, o que conduziria, como de fato conduz, à “aristocratização da democracia” (CANFORA, 2007).

Desse modo, ocorre a formação de uma aristocracia ou mesmo várias aristocracias de agentes do Estado, ainda que formalmente considerado democrático, pois não apenas os parlamentares e administradores, mas também os magistrados e assemelhados exercem o poder que retoricamente dizem pertencer ao povo.

F) Democracia Representativa

Essa convivência entre democracia e tirania, tão próxima quanto incômoda, tão natural quanto insidiosa, é ainda mais evidente na democracia representativa. A noção de representação política encerra uma série de problemas relativos à titularidade e ao exercício do poder.

A propósito, Weber observa que “As corporações representativas não são necessariamente democráticas [... e que a] dominação [autoridade] parlamentar costuma ser uma aristocracia ou plutocracia” (WEBER, 2012, p. 196). Segundo ele, na forma de dominação ou autoridade a que chama de “representação livre”, o representante (como é o caso dos membros dos órgãos legislativos), “é senhor de suas ações” (WEBER, 2012, p. 194). Nesse sentido, o parlamentar é “o senhor de seus eleitores, e não o ‘servidor’ deles”, pois que, ainda que sua atuação esteja submetida à “objetivação geral – vinculação a normas abstratas (políticas, éticas) – que é a característica do poder legal”, sua ação é livre, isto é, “Seu dever consiste em seguir as convicções próprias objetivas e não os interesses de seus delegantes” (WEBER, 2012, p. 194). E conclui que, mesmo “antes de a Revolução Francesa dar-lhe a forma (palavrosa) desde então considerada a clássica”, a representação parlamentar já era considerada um “estamento privilegiado”, de modo que o parlamentar “não é ‘servidor’, mas – francamente falando – senhor” de seus eleitores, o que é reforçado pela ideia de que é “representante do povo inteiro” (WEBER, 2012, p. 195).

Tais observações demonstram a distância entre o ideal e a realidade da democracia representativa (mais especificamente, dos órgãos legislativos). De fato, os membros dos órgãos legislativos atuam mais em

benefício próprio ou corporativo do que em benefício do povo. Isso, obviamente, não inviabiliza o instituto da representação, uma vez que o representante só exerce poder se e enquanto em mandato popular. Por essa razão, ainda que o mandato não seja imperativo, como constata Weber, a liberdade do representante só há de ser tolerada se em conformidade à soberania popular, suas necessidades e seus interesses.

Rancière, constatando que “os Estados que se autodenominam democracias são antes oligarquias cujo funcionamento implica a rejeição da realidade do poder do povo que é suposto fundá-las”, defende a necessidade de se “reafirmar o poder do povo como condição fundadora da política em geral” (RANCIÈRE, 2014a, pp. 11-12). Isso porque, diz ele, “enquanto o Estado for simplesmente o poder do mais forte, não é um Estado político”, razão pela qual a ideia de democracia “vem interromper o exercício ‘natural’ das formas de poder e de autoridade imanentes à reprodução da sociedade [e] faz com que exista política e não apenas poder” (RANCIÈRE, 2014a, p. 15). Segundo ele, “O poder estatal, enquanto tal, trabalha incessantemente para reduzir a esfera de exercício de um poder do povo” de duas maneiras: “constituindo-se como uma corporação de especialistas da gestão dos assuntos comuns e reduzindo a competência popular à eleição que lhe dá legitimidade” (RANCIÈRE, 2014a, p. 16). Ele, então, observa que “democracia é a ideia de um poder que não pertence a ninguém e que não pode ser acaparado [monopolizado] em nome de nenhuma competência específica” e lembra que “os dois princípios democráticos originários, o da tiragem à sorte e o da rotação rápida das funções [...] foram substituídos pelos princípios da representação e da eleição que são, na sua essência, princípios oligárquicos” (RANCIÈRE, 2014a, p. 17). Observa, ainda, que “a representação era originariamente uma forma oligárquica, uma representação das minorias privilegiadas às quais os poderes soberanos reconheciam uma autoridade social” e que “A eleição, no seu primeiro sentido, não é a expressão de uma escolha, mas a manifestação de um consentimento que um poder superior pede e pretende que seja unânime” (RANCIÈRE, 2014a, p. 18).

Nesse sentido, a representação política serve ao que Rancière chama de “dominação oligárquica” (RANCIÈRE, 2014a, p. 16). Daí o sentido da indagação de Roger Eatwell: seria a democracia “algo mais que uma simples competição da elite [...]?” (*apud* MONTEIRO, 2019, p. X). Assim, os institutos (como as eleições e os mandatos eletivos) para acesso

às instituições democráticas (como os órgãos legislativos) podem ser caracterizadas como jogo ou competição, sendo a vitória ou o prêmio o “direito a”, ou, mais precisamente, o poder de dominar.

Desse modo, o que se almeja não é reafirmar a autoridade da soberania popular, mas exercer o poder dessa autoridade para atingir objetivos oligárquicos. Dentre esses objetivos, está a definição do funcionamento da estrutura democrática, não apenas o poder de dizer quais são as “necessidades sociais”, o “bem comum”, enfim, o que se queira definir como o “interesse público”, mas também, ou principalmente, o poder de definir quais são os limites da liberdade e da tolerância, ou, ainda, defini-los para os outros, não para si.

Por essas razões, a soberania popular não pode se restringir e esgotar nas eleições; deve continuar a se manifestar e exercer sua autoridade durante os mandatos eletivos. É dessa autoridade que decorrem os mandatos eletivos (ou o direito de exercê-los) e a representação (ou o poder e o dever de exercê-los). Se não se é ilimitadamente livre para exercer o direito a concorrer às eleições, não se pode ser ilimitadamente livre para exercer nem o direito aos mandatos eletivos, nem o poder e o dever da representação. E se não se pode ser ilimitadamente intolerante, também não se deve ser totalmente tolerante.

A esse respeito, Sartori lembra que a famosa definição de Abraham Lincoln (“Democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo”) só tem sentido porque sabemos que foi proferida por um democrata, mas, se pronunciada por um tirano, “poderia facilmente significar o que Lincoln não gostaria ou não pretendia que significasse” (SARTORI, 1994, p. 58). Isso porque, demonstra ele, essa “fórmula tem mais força estilística do que significado lógico”: “governo do povo” pode indicar tanto que o povo é o sujeito ou o objeto do governo; “governo pelo povo” poderia indicar que o povo é o sujeito do governo, mas sabemos que, quem governa, de fato, são os representantes do povo, o que não impede (aliás, sabemos que é exatamente o que acontece) que o povo seja o objeto do governo; “Só o terceiro elemento, ‘governo para o povo’, parece sem ambiguidades: para o povo significa, claramente, em seu interesse, em seu benefício, para vantagem sua” (SARTORI, 1994, p. 58).

Deixando de lado as ambiguidades da retórica democrática, Sartori propõe a “engenharia constitucional” segundo a qual a estrutura da de-

mocracia funcione conforme (ou seja limitada) pelo que ele chama de “princípio do perigo oposto” e pela “antecipação de resultados inversos” (SARTORI, 1994, p. 101). Segundo ele, o ideal democrático opera de dois modos: quando combate a tirania, seu objetivo é a maximização, ou seja, “quanto mais se maximiza o ideal, tanto maior, possivelmente, sua eficácia”; quando instalada a democracia, seu objetivo deve ser a otimização, ou seja, estabelecer “padrões ideais, medidas ideais, para avaliar e controlar as conquistas democráticas do mundo real” (SARTORI, 1994, pp. 101-102). Assim sendo, sem as “expectativas irrealizáveis” do princípio democrático maximizado (“Todo o poder a todo o povo”), resta possível a ressignificação do princípio representativo como princípio democrático otimizado: a representação “reduz [todo] o poder a menos poder” e reconhece a “todo o povo” a “capacidade de controlar e mudar os detentores do poder”; é preciso evitar o “perigo oposto” e antecipar “os resultados inversos” segundo os quais, em nome de “todo o povo”, alguém ou um grupo venha a exercer “todo o poder”, o que ensinaria o “princípio absoluto” do “todo o poder a nós”, ou, noutras palavras, “todo o poder contra vós”; daí, conclui, o princípio democrático otimizado “todo o poder a ninguém em particular”, isto é, o poder político deve ser limitado objetivamente (em poderes jurídicos) e subjetivamente (em deveres jurídicos) (SARTORI, 1994, pp. 103-105).

Numa democracia, o que acima chamamos de poder de dizer, ao que podemos acrescentar o poder de fazer, está diretamente relacionado à definição de limites, como as ideias de autoridade e representação o são para a ideia de poder. Nesse sentido, os poderes de dizer e fazer configuram não apenas a ideia, mas também a realidade da democracia. Quem pode dizer e fazer, no fim das contas, diz o que deve ser e faz o que é.

Esse modelo faz lembrar o compromisso da psicanálise de Lacan com a democracia, na medida em que, segundo Dunker, se a democracia é “definida pelo uso da palavra em espaço público” e a psicanálise é a prática (clínica) e a teoria (crítica) em que “todos os poderes [são atribuídos] à palavra [e dela extraídos]”, então a psicanálise pode contribuir significativamente para a compreensão dos limites e das potencialidades da democracia (DUNKER, 2022, p. 13). Uma primeira aproximação e contribuição advém da etimologia do que designamos como “palavra”, que corresponde a quatro ideias expressas em grego antigo: *mythos*, que era “a palavra sem autoria, a palavra das origens imemoriais expressa

pelo coro trágico que, por ser de todos, não é de ninguém”; *lógos*, “Palavra universal, que supera o tempo de sua própria enunciação [...] que possui uma lógica, que comporta dialética entre verdade e saber e busca, em movimentos espirais de aproximação, a identidade entre o *lógos* interior (pensamento) e o *lógos* exterior (discurso), entre a *physis* (natureza) e a *nomos* (convenção)”; *épos*, “origem de termos como época, épico e epocal [...] refere-se a relato, história e narrativa”; e *phármakon*, “a palavra que cura ou que mata [...] que procuramos no processo contínuo da transferência” (DUNKER, 2022, pp. 14-15).

Como a palavra, a democracia é uma ideia, anônima e, portanto, inapropriável; um discurso, não livre de retórica, mas aberto à dialética; uma história, com suas referências espaciais e temporais e seus sujeitos; e um poder, que não existe *per se*, mas que se exerce, que não se reduz a objeto em sentido econômico, mas que é uma função em sentido ético.

Isso nos remete à observação de Adela Cortina a respeito da liberdade na democracia direta da Atenas Clássica. Ela lembra que eram considerados cidadãos os “homens livres” e que somente entre eles havia igualdade perante a lei (*isonomía*) e igualdade de falar (*isegoría*), o que garantia que somente eles tinham liberdade para participar das deliberações e tomar as decisões (CORTINA, p. 7).

Ainda que nessa forma limitada, os poderes de dizer e fazer pressupõem alguma liberdade, o que, segundo Cortina, leva Arendt a afirmar que, não obstante o Estado detenha o “monopólio da violência legítima”, como observa Weber, a violência em si é “pré-política”, pois “o mundo da política é o exercício do poder comunicativo”, que estabelece os limites da legalidade e da legitimidade (CORTINA, p. 8; tradução nossa).

Já em sua forma moderna, lembra Cortina, a liberdade, como a define Benjamin Constant, é uma na vida privada (no sentido de independência) e outra na vida pública (no sentido de participação), não sendo prudente acreditar que a democracia representativa garantiria a participação na vida pública e a independência na vida privada (CORTINA, p. 8). Para evitar o erro de deixar a liberdade “nas mãos dos representantes”, o que ensejaria os riscos de déficit de participação e de perda da independência, Cortina lembra o que diz Sartori, que só podemos falar em democracia como “governo do povo” no sentido de “governo querido pelo povo”: não “governo pelo povo”, mas “governo para o povo” (CORTINA, pp. 9, 11; tradução nossa).

Em complemento, Dunker entende que são quatro as “condições da democracia”: “*isegoría* (livre palavra em espaço público)”, “*isonomía* (igualdade diante da lei pública)”, “*isocracia* (livre acesso às instituições públicas)” e “a existência de certo nível de igualdade social e econômica, ou seja, as condições reais de cidadania” (DUNKER, 2022, pp. 28). Daí esta sua conclusão:

A democracia se perde quando, em vez da fala de cada um, um por um, emerge o funcionamento de massa, onde a fala de cada um apaga-se no líder ou no ideal único, sem *isegoría*. [...] Na massa, transferimos a autoridade regressiva para um estado de minoridade da razão. A democracia se anula quando suspendemos a *isonomía* criada pelo diálogo, substituindo a lei da palavra pela política da força e do rito jurídico, da guerra e da militância. A democracia é suspensa quando reduzimos a experiência coletiva da *isocracia* aos interesses privados de juízos e juízes de circunstância, quando restringimos ou pervertemos o acesso à palavra no espaço público ou digital. A palavra e a democracia se veem ameaçadas neste momento no Brasil. (DUNKER, 2022, p. 27)

Assim, vemos como a retórica democrática é ambígua e, por isso mesmo, pode ser traiçoeira, e como a democracia representativa pode se transformar numa tirania da maioria contra minorias. Ciente disso, Cortina propõe que a democracia verdadeiramente democrática é aquela em que se define como se formar a maioria: não pela emoção (caso em que “as majorias se formam por manipulação dos sentimentos dos cidadãos [pelos] elites políticas), nem pela agregação (caso em que a maioria, como provavelmente não se formaria por unanimidade, deve se formar por consenso); verdadeiramente democrática, segundo ela, é a maioria que se forma, no Estado como na sociedade, com liberdade e tolerância das minorias, ou, o que chama de “as três raízes éticas da democracia”: “justiça básica”, “diálogo sereno” e, como já falava Aristóteles, “amizade cívica” (CORTINA, pp. 13-19). Desse modo, diz ela, o povo (cidadãos com autonomia) não seria tratado como massa (indivíduos sob heteronomia); seria, pois, a ideia a guiar o governo com impessoalidade (pró-democracia), nos sentidos de não-personalismo (não-tirania) e não-corporativismo (não-aristocracia, não-oligarquia).

Em suma, isso é o que Luis Felipe Miguel considera “uma discussão sobre o sentido da representação, num mundo social marcado por rela-

ções de dominação, tendo a ideia de democracia como horizonte normativo” (MIGUEL, 2014, p. 23).

Ao que chama de “democracias adjetivadas”, para designar “os mais diferentes regimes [que] buscaram adaptar o rótulo de ‘democrático’ para si”, ele contrapõe o que chama de “democracias não-adjetivadas”, para designar os regimes que se afastam “do sentido etimológico da democracia e das características da democracia clássica grega” (MIGUEL, p. 12).

Quanto ao sentido etimológico da palavra “democracia”, ele lembra que o radical “*demos*” (povo) é a raiz das ambiguidades do conceito: por um lado, se povo é o “conjunto de todos os cidadãos”, democracia é o “governo de muitos (não de todos)” ou, como diz Aristóteles, “governo da multidão”, cabendo lembrar que “são os pobres, nunca os ricos, que formam a multidão”, daí se poder dizer que a democracia seria o “governo dos pobres”, ou, como vimos acima, não “pelos” pobres, mas “para” os pobres; por outro lado, se “povo” é uma “categoria política, que reúne as pessoas que estão submetidas a um governo”, então “povo e governo são antípodas na relação de dominação política”, de modo que a ideia de democracia como “governo do povo” é “uma contradição em termos” (MIGUEL, 2014, p. 20).

Já no que se refere à distância entre ideal e realidade das democracias, ele cita esta frase do Barão de Montesquieu, cuja ideia é reproduzida por Jean-Jacques Rousseau: “o sufrágio por sorteio está na natureza da democracia; o sufrágio por eleição está na da aristocracia” (MIGUEL, 2014, p. 12). Montesquieu e Rousseau tinham em mente as experiências da democracia e da aristocracia na Grécia Antiga: no que se chamava de democracia, os cidadãos escolhiam, na sorte, quem dentre eles exerceria os cargos públicos, de modo que todos, pelo “princípio da rotação”, ora governavam, ora eram governados; e no que se chamava aristocracia, os cidadãos votavam, em eleições, quem da “elite política” deveria governar (MIGUEL, 2014, p. 15).

Assim, pois, o método aristocrático passou a ser usado como método democrático, o que se reflete no fato de que “Hoje há uma considerável distância entre a massa da população e a elite política”, entre os sujeitos da representação (representados e representantes) e objeto da representação (MIGUEL, 2014, p. 15). Mais que isso, a própria ideia de representação se perde, uma vez que, ainda que se identifiquem os sujeitos da

representação, a representação em si é um “objeto ausente” (MIGUEL, 2014, p. 15).

Partindo da constatação de que, nos Estados contemporâneos, em razão de sua extensão e/ou de sua população, é improvável, senão impossível, a prática da ideia original da democracia, a democracia direta, ou a adoção de um modelo idealista de democracia, como é o caso da democracia deliberativa, podemos afirmar que o modelo hegemônico é o das democracias representativas (MIGUEL, 2014, pp. 12-13, 25, 27 ss., 63 ss., 97 ss.). É partindo dessas premissas que Miguel defende que as ideias de democracia e representação são “territórios em disputa”, na medida em que o que chamamos de democracia representativa é o “governo do povo no qual o povo não está presente no processo de tomada de decisão” (MIGUEL, 2014, pp. 12-13, 25, *passim*).

No que interessa a este trabalho, podemos destacar, dentre os desafios apresentados por Miguel, aquele que, segundo ele, está na base da ideia de democracia. Valendo-se do “paradoxo de Condorcet”, segundo o qual, “na presença de mais de duas alternativas e mais de duas pessoas votantes, há sempre o risco de que escolhas de indivíduos racionais levem a resultados coletivos irracionais”; e no “teorema da impossibilidade de Arrow”, segundo o qual “a soma das racionalidades individuais não produz uma racionalidade coletiva”; Miguel destaca quatro problemas atinentes à democracia representativa: (1) “separação entre governantes e governados”; (2) “formação de uma elite política distanciada da massa da população”; (3) “ruptura do vínculo entre a vontade dos representados e a vontade dos representantes”: e (4) “distância entre o momento em que se firmam os compromissos com os constituintes (a campanha eleitoral) e o momento do exercício do poder (o exercício do mandato)” (MIGUEL, 2014, pp. 14, 15-17, *passim*).

A propósito, Dunker observa que dois fatores estão alterando “de modo substancial o sentido de política”, ou, mais precisamente, de democracia representativa, um dos quais nos interessa sobremaneira, o que está emergindo “uma consciência cada vez mais clara de que esse conceito representacional de política é insuficiente para representar o desejo das pessoas” (DUNKER, 2022, p. 23). Contrapondo-se à visão de Claude Lefort, segundo a qual “a democracia depende de lugares simbolicamente vazios ocupados por sujeitos reduzidos a sua função de representação”, ele observa que “A teoria do lugar vazio ocupado por um

representante começa a ruir”; e, ao observar que “a função do psicanalista não deve se confundir com a pessoa que a ocupa”, ele parece ecoar a teoria dos “dois corpos do rei”, de Ernst Kantorowicz, razão pela qual poderíamos afirmar que, nem a representação se reduz, tampouco os representados se confundem aos representantes (DUNKER, 2022, p. 24).

Assim, se a própria racionalidade democrática é questionável, com mais razão ainda se deve manter em discussão a prática da democracia representativa, não tanto do exercício do voto quanto do exercício do poder. Ainda que aceitemos a hipótese, algo improvável, de plena adesão e perfeita sintonia entre um grupo de representados e seu representante, cabe atentar para os atos desse representante, sobretudo atos que tolham a liberdade e se mostrem intolerantes, incitem violência e ódio contra outros grupos ou, também, atos que se revelem antidemocráticos.

Andityas Soares de Moura Costa Matos vai além, a fim de propor a ideia de “democracia radical não-representativa”, coloca em xeque as teorias que justificam a democracia representativa, pois que promoveriam uma dupla redução da ideia de democracia: primeiro, da premissa de que seria impossível o autogoverno, a conclusão de que seria necessária a centralização do governo na figura do Estado; segundo, da premissa de que seria impossível a participação de todos no governo, a conclusão de que seria necessário um governo mediante representação (MATOS, 2020, *passim*).

Segundo ele, essa operação recorre à associação das ideias de soberania popular e representação política, mas nem a soberania pode ser popular, nem a democracia pode ser representativa (MATOS, 2020, pp. 19 ss.). Com Jacques Derrida, ele mostra que a ideia de soberania popular é um paradoxo, pois “aponta para uma impossibilidade de partilha [só pode haver um soberano; o povo é uma unidade múltipla], ou seja, para um uso que só se atualiza no abuso constitutivo de que parte e, portanto, torna impossível o projeto universalista em que se funda o Estado de Direito, inconcebível sem a noção de soberania” (MATOS, 2020, p. 20). E, com Giuseppe Duso, quem, por sua vez, recorre a Thomas Hobbes e Rousseau, ele revela que a ideia de democracia representativa está baseada na ficção da representação como mediação: “[o] que se representa não [são] os indivíduos que constituem a multidão, mas a unidade política destes [...] a multidão acaba personificada pelo soberano [pela nação ou pelo povo]”; ocorre, porém, que, “do ponto de vista dos indivíduos

que se ‘tornam’ unidade a partir da representação, tem-se que eles assumem como sua própria vontade aquela do soberano [...] de modo que a vontade geral deve ser [corresponder a] a vontade de cada um”; daí “o problema de saber como seria possível transmitir ao representante a vontade política do representado” (MATOS, 2020, p. 21).

Assim, a associação das ideias de soberania popular e representação política implica a cisão entre poder e sujeitos do poder, isto é, que o poder, de relação entre sujeitos, passa a ser entendido como objeto de governo: sendo diferenciado em constituinte (poder como potência) e constituído (poder como ato), passa a ser entendido como “poder separado”; sendo caracterizado como representados (os titulares do poder) e representantes (quem exerce o poder), passa a ser visto como propriedade sem posse ou posse sem propriedade (MATOS, 2020, pp. 30-31, 107 ss.).

Caracterizando tal operação como um dispositivo biopolítico, Matos o submete a três críticas, das quais duas nos interessam: primeiro, que a soberania popular não é o fundamento, mas o resultado político de um processo histórico; segundo, “que a representação política não é propriamente um tipo de mediação” (MATOS, 2020, pp. 22, 28, 43 ss., 48 ss., 65 ss.).

Quanto à ideia de soberania popular, além de ser um paradoxo, como observa Derrida, serve a uma retórica que se diz democrática, mas que, em verdade, é uma reação aristocrática. Matos lembra que a democracia “foi efetivamente revolucionária na Antiguidade, ao conferir poder a uma parcela da população que tradicionalmente era excluída da política, qual seja, o *dêmos* formado por camponeses-cidadãos livres, mas pobres”, no entanto, a ideia de democracia perdeu seu caráter revolucionário, por duas razões: primeiro, porque “o atual modelo de democracia liberal deriva diretamente de outro uso desse conceito, ligado às lutas senhoriais da Idade Média contra o fortalecimento primeiro das monarquias e depois dos Estados-Nacionais”, como observa Ellen Meiksins Wood, e porque sua forma atual é herdeira “de uma filosofia política fundada por donos de escravos”, como observa Charles Douglas Lummis; segundo, porque, como alertam Antonio Negri e Michael Hardt, o sentido antigo de *dêmos*, ou multidão, oposto ao de *aristêus* (radical de aristocracia), ou privilegiados, não corresponde, tampouco se reduz ao sentido atual, de povo, no entanto, é exatamente isto o que a retórica

democrática faz, esvazia a potência revolucionária de *dêmos*: multidão é “o sujeito político absoluto da democracia, ou seja, aquele que já não aceita mais ser objetificado pela representação”; assim, “A ideia de multidão se diferencia radicalmente do conceito de povo”, uma vez que sua “multiplicidade concreta” não se reduz a uma “unidade formal”, como é o caso dos conceitos de soberano, nação e povo; todavia, o que ocorreu foi uma apropriação e a redução do sentido de *dêmos*, de multidão para povo, como “sujeito político, primeiro transformado em representado, depois em consumidor e agora em mero espectador” (MATOS, 2020, pp. 24-25, 73, 77, 80-81, 108-109).

Já a ideia de representação política corresponde “à lógica da autorização de quem pode mandar, à lógica da soberania, portanto”, daí que, “dessa autonomização legitimante da representação política surge uma nova entidade, ou seja, uma classe política independente e separada da sociedade”, classe esta que “ocupa o lugar dos antigos absolutos de modo empobrecido e mesmo farsesco” (MATOS, 2020, pp. 27-28). Isso sugere, e é isso o que se quer fazer crer, que a representação seria para a política o que o símbolo e a linguagem são para a filosofia, a saber, uma espécie do gênero mediação, “uma ponte entre realidades irrelatas”; no entanto, “os sujeitos sociais do poder político e o próprio poder político não são instâncias irrelatas e, portanto, não demandam mediações” (MATOS, 2020, pp. 43-45). Isso decorre, como se disse acima, da cisão entre poder e sujeitos de poder, da objetificação de uma relação subjetiva; ainda que escamoteie a realidade, tal operação não elide a verdade: “O poder político não apenas se exerce sobre o corpo social, mas nasce desse mesmo corpo social, é esse corpo social [...] Sujeitos democráticos e poder democrático são a mesma coisa” (MATOS, 2020, p. 47). Como o “trabalho do símbolo”, de que fala Ernst Cassirer, “o jogo entre presença e ausência é o que define a representação”, como observa Corine Enaudeau: “representar significa substituir um ausente, dar-lhe presença e assim confirmar essa mesma ausência. Daí nasce a possibilidade de gozar da coisa representada [...] saber que ela não existe a não ser enquanto representada” (MATOS, 2020, pp. 107-108). Em suma, a ideia de representação política é usada para reduzir a democracia em democracia representativa, ou, uma ideia ainda mais acintosa, em representação democrática, donde a seguinte advertência de Matos:

a representação política não é, como são a representação epistêmica ou linguística, algo intrínseco à realidade ou à sua percepção [uma mediação]. Trata-se antes de um dispositivo de unificação e manutenção do poder hierárquico e separado que caracteriza nossa maneira de lidar com a realidade social. (MATOS, 2020, p. 108)

Aqui não discutiremos se a ideia de democracia radical não-representativa proposta por Matos é factível. Se, como “uma história totalmente outra”, como diz Walter Benjamin, pode ser um modelo para uma “política por vir”, de que fala Lacan, só o tempo dirá (MATOS, 2020, p. 13; DUNKER, 2022, pp. 14 ss., 208). De sua formulação, aproveitamos a tentativa de contornar os problemas teóricos da democracia representativa. Não aprofundaremos a análise, mas concordamos que a vontade do representante não necessariamente corresponde à vontade dos representados e que o poder é um conjunto de relações entre os sujeitos do poder. Diferentemente dele, entendemos que, ainda que a representação não seja estruturalmente uma espécie do gênero mediação, talvez possa funcionar como tal: para distanciar, mas não separar; aproximar, mas não confundir, nem hierarquizar; enfim, para manter uma distância segura entre a vontade dos representados e a vontade do representante, assim como entre a potência do poder constituinte e a atuação do poder constituído. Se não a representação como mediação, então a representação por mediação, ou seja, procedimento para transmissão da vontade e critério para aferição da legitimidade e da legalidade. Nesse sentido, as imunidades parlamentares não poderiam ser usadas como imunização político-jurídica: poder falar não deve ser usado como privilégio para fazer calar, pois numa democracia não deve haver liberdade ilimitada para agir com intolerância.

Como esperamos ter demonstrado, liberdade, tolerância e democracia são paradoxais, na medida em que, quanto mais amplas para uns, mais restritas para outros. Por essa razão, para evitar que a liberdade se transforme em dominação, a tolerância em intolerância e a democracia em tirania, é necessário que se estabeleçam e se respeitem limites democráticos à representação (para o funcionamento verdadeiramente democrático das instituições democráticas), assim como à liberdade e à tolerância (para a garantia de convivência social e coexistência po-

lítica). Num caso como no outro, a definição desses limites passa pelo reconhecimento da tensão e pela redução da distância entre os ideais democráticos e a realidade social e política, o que tentaremos demonstrar a partir da delimitação jurídica dos valores da liberdade e da tolerância.

1.2 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENTRE PENSAR E AGIR

Devemos a Immanuel Kant a fundamentação que, desde 1785, orienta as definições do conceito de liberdade: assim como a necessidade é a causa dos efeitos das ações dos seres irracionais, a vontade o é dos racionais; no primeiro caso, tem-se a heteronomia, em que a necessidade, não a vontade, é a causa; no segundo, a autonomia, em que o é a vontade livre, a liberdade; daí o que ele chama de “princípio da moralidade”, ou “imperativo categórico”, segundo o qual “A vontade [livre] é, em todas as acções, uma lei para si mesma”; imperativo este que, por uma exigência da razão, uma “razão *a priori*”, diz ele, implica a conclusão de que “Não basta que atribuamos liberdade à nossa vontade, seja por que razão for, se não tivermos também razão suficiente para a atribuirmos a todos os seres racionais” (KANT, 2018, pp. 99-102).

Assim, desvinculada das necessidades como causas, e sem antecipar previsibilidades e intencionalidades de efeitos, cabe à razão estabelecer limites às vontades e, portanto, às liberdades dos indivíduos na sociedade, o que pressupõe que a liberdade é o encontro, mediado pela razão, de duas ou mais vontades, de tal modo que nenhuma delas se imponha sobre as outras.

Mill, por sua vez, define o conceito de liberdade a partir do que chama de “princípio do dano”, algo como um fiel de balança entre liberdade e restrição à liberdade, segundo o qual o Estado só deve limitar a liberdade de uma pessoa quando o exercício dessa liberdade possa causar um dano a outra pessoa (MILL, 2011, pp. 20 ss.).

Dentre as possíveis repercussões desse princípio, a que nos interessa aqui é aquela que problematiza uma ação do Estado Democrático de Direito no sentido de restringir a liberdade de uma pessoa que se expressa contrariamente a instituições e institutos garantidores da democracia.

Para delimitar esse problema, analisemos o conceito de liberdade a partir das reflexões de Isaiah Berlin, que amplia a definição de Mill e

caracteriza a liberdade não apenas num sentido negativo, mas também num sentido positivo.

A “liberdade negativa”, de que também fala Mill, é aquela segundo a qual “Sou livre na medida em que ninguém ou nenhum grupo interfere com as minhas atividades” (BERLIN, 2002, p. 166; tradução nossa). Berlin complementa: “‘liberdade’ nesse sentido significa liberdade de: ou seja, ausência de interferência além da linha traçada” (BERLIN, 2002, p. 174; tradução nossa).

Já a “liberdade positiva”, isto é, “O sentido ‘positivo’ da palavra ‘liberdade’ tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor – o desejo de se autogovernar” (BERLIN, 2002, p. 178; tradução nossa). Cabe indagar se esse desejo de liberdade é livre, isso porque, adverte Berlin, “Pode-se manipular as definições de indivíduo e de liberdade com o objetivo de que signifique o que o manipulador deseja” (BERLIN, 2002, p. 181; tradução nossa).

De acordo com Berlin, pode-se mobilizar uma pessoa, manipulando-a sem que ela perceba, de modo que ela pense que defende sua “liberdade positiva” e aja no sentido de defender sua “liberdade negativa” em face do Estado, ainda que essa ação represente uma “liberdade negativa” em face das outras pessoas, mas restrinja a “liberdade positiva” dessas mesmas pessoas.

Neste ponto, podemos invocar a análise feita por Arendt, segundo a qual a liberdade, embora não se possa observá-la como fato, nem no mundo fenomênico, nem no mundo psíquico, é possível caracterizá-la como “vontade livre” ou “livre-arbítrio” (ARENDR, 2014, p. 190). Essa ideia, ela lembra, remete a Aristóteles, para quem “A liberdade significa fazer um homem o que deseja”, e a Epicteto, para quem “um homem é livre se ele se limita ao que está em seu poder, se ele não vai até o domínio onde possa ser cerceado” (ARENDR, 2014, p. 198). A liberdade é livre de motivos e objetivos; não é um dom do intelecto, nem um plano da vontade; é um princípio segundo o qual “o pensamento em si não é perigoso, de tal forma que apenas a ação precisa ser restringida” (ARENDR, 2014, p. 202). Sendo uma salvaguarda do pensamento, mas não de toda ação dele decorrente, a liberdade é uma faculdade, ou “a pura capacidade de começar, que anima e inspira todas as atividades humanas” (ARENDR, 2014, pp. 217-218).

Como faculdade reconhecida juridicamente, a liberdade é um direito subjetivo, oponível tanto ao Estado quanto às demais pessoas. Nos sentidos que lhe atribuem Mill e Berlin, o direito à liberdade é o direito a ser, estar, pensar e agir com autonomia. Já no sentido que lhe atribui Arendt, liberdade totalmente livre é, em tese, apenas a liberdade de pensar, sendo parcialmente livres as liberdades de ser, estar e agir.

Autonomia, cabe acrescentar, não se contrapõe a heteronomia. O pensamento é autônomo porque individual e, ainda que compartilhado por vários indivíduos na sociedade, não é heterônomo, isto é, não pode ser limitado por normas sociais, a exemplo de normas jurídicas. Já a ação é autônoma com possibilidade de limitação heterônoma, uma vez que a ação individual pode ser limitada por normas sociais, dentre as quais as jurídicas. A heteronomia reconhece o direito à liberdade de pensamento e ação, sendo o pensamento a liberdade em si (juridicamente inacessível e, portanto, não passível de limitação jurídica), ao passo que a ação é a expressão da liberdade (que é passível de limitação, pois deve coexistir, em igual medida, com as ações e os pensamentos contrários).

Diogo Villas Bôas Aguiar, partindo da separação entre um sentido negativo (da interioridade) e um sentido positivo (da exterioridade), propõe a tese de que “liberdade não é algo que tem seus limites única e exclusivamente delineados pela autonomia, mas também pela heteronomia” (AGUIAR, 2018, p. 13). Ele argumenta que “há uma bi-implicação de liberdade e heteronomia em que ora a autonomia é condicionante da heteronomia, ora é condicionada” (AGUIAR, 2018, p. 24). E conclui: “À negatividade da interioridade corresponde a autonomia compreendida como economia [...] À positividade da exterioridade, por sua vez, corresponde a heteronomia, compreendida como investidura” (AGUIAR, 2018, p. 24).

E, definindo os conceitos de autonomia e heteronomia, diz: “na maior parte das vezes utilizado como sinônimo de liberdade, o conceito de autonomia [...] assume uma identificação com múltiplas significações: seja dignidade, soberania, auto-legislação, autoconhecimento, independência, vontade livre, maturidade”; e se para, Kant, “heteronomia é 1) a submissão a leis empiricamente condicionadas e, portanto, 2) o contrário de autonomia”, para Emmanuel Levinás, “autonomia e heteronomia se articulam [...] não é uma dialética [...] heteronomia [...] não implica uma negação da autonomia [...] não é sinônimo de uma espécie de subordinação escravizadora ou de alienação” (AGUIAR, 2018, pp. 21, 22, 32, 85).

Voltemos nossa atenção, mais uma vez, ao legado de Mill. Ele observa que a ação, como expressão do pensamento, pode ser total ou parcialmente verdadeira ou falsa. Até mesmo quando totalmente falsa, diz ele, a ação ou expressão do pensamento não devem ser limitadas, pois podem ser úteis à sociedade de algum modo. Somente quando contrárias à sociedade, e na medida necessária para impedir a afronta ou evitar danos, como nos casos de ações violentas, ou que incitem a violência, somente nesses casos se deve limitar a liberdade de agir de uma pessoa ou grupo (MILL, 2011, pp. 30 ss.).

Assim, a liberdade, de salvaguarda do pensamento, passa a reitoria das ações, as quais, deixando de ser praticadas sob abuso de força, passam a se basear no uso da razão, na medida em que o poder, ainda que lícito, deixe de ser arbítrio ou autoritarismo e passe a ser autoridade legítima. Dito de outro modo: a liberdade de expressar a própria opinião é tanto o poder de fazer ou não-fazer, quanto o dever de não-fazer (no sentido de não limitar), como, residualmente, o dever de fazer (no sentido de limitar ações violentas ou que incitem a violência).

Ainda segundo Mill, “em todos os assuntos sobre os quais a diferença de opinião é possível, a verdade depende de um equilíbrio a ser atingido entre dois conjuntos de razões que estão em conflito” (MILL, 2011, p. 44). Dentre esses assuntos, ele ressalta as questões éticas, religiosas e políticas, para o que propõe como que um esforço comum e um pacto social em favor da liberdade, ressaltando que o desconhecimento dos fundamentos da própria opinião é tão nocivo quanto dos fundamentos de opiniões contrárias, pois numa tal situação uma pessoa ou um grupo não tem uma base racional para preferir qualquer das opiniões (MILL, 2011, pp. 44 ss.). Eis, então, uma de suas contribuições fundamentais, a constatação de que nenhuma opinião, mesmo que totalmente verdadeira, expressa toda a verdade, e que mesmo uma opinião totalmente falsa pode contribuir para se alcançar a verdade, sendo o “caso mais comum [...] aquele em que as doutrinas em conflito partilham a verdade entre si, em vez de uma ser verdadeira e a outra falsa; e a opinião discordante é necessária para fornecer o resto da verdade, da qual a doutrina dominante incorpora apenas uma parte” (MILL, 2011, p. 51).

Como podemos observar, Mill situa a defesa pela liberdade de opinião e expressão no esforço comum pela busca da verdade. Ele não diz o que seria a verdade ou qual, de duas opiniões contrárias, seria a verdadeira.

Ele ensina que não se chega à verdade sem a tolerância da liberdade do outro de expressar uma opinião contrária. E se não é possível afirmar, de partida, que uma opinião é mais verdadeira que a outra, não se pode admitir que uma exclua que a outra. A intolerância é uma violência contra a verdade. Assim, pois, pode-se afirmar que não há liberdade sem tolerância, nem tolerância sem liberdade. E não pode haver liberdade nem tolerância sem limites. Uma pressupõe e condiciona a outra. O excesso de uma pode conduzir à escassez da outra.

1.3 TOLERÂNCIA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

Para Paul Ricoeur, o que distingue a tolerância de seu oposto, a intolerância, é o que cada cultura, a cada momento, considera intolerável (RICOEUR, 1995, p. 195). Ele recorda que, etimologicamente, tolerância é tanto a “abstenção de interditar”, por uma autoridade, quanto a “admissão das diferenças”, assim considerada a “atitude que consiste em admitir no outro uma maneira de pensar ou de agir diferente da que pessoalmente se adota”; já intolerância é a “tendência a não suportar ou condenar o que desagrade nas opiniões ou na conduta de outro” e também a “disposição hostil à tolerância” (RICOEUR, 1995, p. 195).

Na sequência de sua argumentação, Ricoeur lembra os dois sentidos do princípio de justiça proposto por John Rawls, um dos quais nos interessa mais diretamente, qual seja: a tolerância fundamenta e é fundamentada pela igualdade de todos perante a lei, no sentido de que “A função da lei é impedir que a expressão da liberdade de um se sobreponha à expressão da liberdade de outro” (RICOEUR, 1995, pp. 178-179).

Michael Walzer classifica e analisa o que chama de “cinco regimes de tolerância” (império multinacional, sociedade internacional, sociedades-irmãs, estados-nação e sociedades de imigrantes) o que o leva a advertir que “grupos recém-tolerados, na medida em que são realmente diferentes, muitas vezes também serão antagonônicos e buscarão vantagens políticas” e a concluir que “a tolerância põe fim à perseguição e ao medo, mas não é uma fórmula para a harmonia social [...] nunca é um acordo fechado; as minorias podem se tornar majorias (políticas) que podem muito bem precisar aprender a virtude” (WALZER, 1997, p. 98).

Nesse sentido, tolerância seria o meio para se afastar, mas não necessariamente para se eliminar a violência. A finalidade da tolerância,

podemos acrescentar, é conter a violência e possibilitar o diálogo entre diferentes pessoas com diferentes ideias, mas não necessariamente dirimir as divergências e solucionar os conflitos entre elas.

Noutros termos, Catriona McKinnon e Dario Castiglione, resenhando trabalhos que comparam, em diversas sociedades, o que chamam de “cultura da tolerância”, concluem que a tolerância possível é o que se poderia considerar como “tolerância razoável”. Isso porque, teoricamente, a tolerância tanto é uma necessidade como pode ser uma impossibilidade, e, na prática, “sociedades democráticas liberais parecem ter aceitado a necessidade de reconhecimento e acomodação de diferenças, mas o fazem de modo superficial, sem perscrutar sua complexidade” (McKINNON; CASTIGLIONE, 2003, p. 1; tradução nossa). Eles observam que “muitas vezes se caracteriza a tolerância como um excesso de permissividade. Não à toa o sucesso da ‘tolerância zero’ como *slogan* para uma sociedade menos misericordiosa” (McKINNON; CASTIGLIONE, 2003, p. 1; tradução nossa).

Já Andrew Jason Cohen reconhece que “o que a tolerância é exatamente não é claro” (COHEN, 2004, p. 68; tradução nossa). Segundo ele, a “tolerância local” (para com pessoas mais semelhantes do que diferentes) tende a não se reproduzir numa “tolerância nacional” (para com pessoas tão semelhantes quanto diferentes), muito menos numa “tolerância internacional” (para com pessoas menos semelhantes do que diferentes) (COHEN, 2004, pp. 70 ss.). Precisamente por isso, afirma, a tolerância é necessária como exercício de alteridade, como reconhecimento menos da igualdade (*idem*) do que da liberdade do outro (*alter*), daí que pode ser considerada algo como o princípio por excelência do liberalismo político (COHEN, 2004, p. 68).

A definição da tolerância é fugidia porque ela há de ser feita no encontro de diferentes em cada lugar, a cada momento. Aqui a ideia de tolerância se encontra mais uma vez com a ideia de liberdade: apenas quando o “eu/nós” tolera a liberdade do “tu/vós”, este tolera a liberdade daquele.

Essas considerações nos fazem voltar a Ricoeur, que adverte, ainda amparado na formulação de Rawls: se, por um lado, em termos pessoais, “é simplesmente intolerável o que difere da sua crença e da sua prática”; por outro lado, em termos institucionais, a proteção da liberdade exige “regras de ordem”, cujo objetivo é “a defesa da ordem pública”, que “é

necessária na medida em que as esferas de liberdade são competitivas e a expansão de cada uma delas tende a se sobrepor às dos outros” (RICOEUR, 1995, p. 181). Ele observa que “as regras de ordem limitam a liberdade de expressão. Não podemos fazer uso da palavra em todas as circunstâncias em que teríamos desejo de fazê-lo” (RICOEUR, 1995, p. 181). E conclui: “as regras de ordem não têm outro objetivo senão o de ampliar os benefícios da liberdade [... pois] quanto maior for a liberdade de meu adversário, maior será a minha” (RICOEUR, 1995, p. 181).

Nesse sentido institucional, Ricoeur observa que não existe Estado neutro, pois a ideia mesma de Estado “se liga a uma cultura que, ao mesmo tempo, ele [o Estado] exprime e protege” (RICOEUR, 1995, p. 181). Por essa razão, na vida em sociedade, cabe ao Estado garantir o que ele chama de “consenso conflitual”, ou “tipo-ideal da tolerância”, ou “suporte concreto do Estado de Direito” (RICOEUR, 1995, p. 181). Para se obter uma tal equilíbrio entre tolerância e intolerância, seria necessário aceitar que todo reconhecimento (do outro) demanda uma renúncia (de si); que se deve resistir ao “impulso de impor ao outro nossas próprias convicções”; que se deve respeitar ampla e mutuamente as liberdades de escolha e “o direito do outro a errar”; e que se deve reconhecer que nossa opinião é apenas “uma opinião entre outras” (RICOEUR, 1995, p. 184). Assim, tolerância é uma forma de indiferença, uma “atitude segundo a qual tudo se equivale [e põe] freios à violência da convicção ou, antes, à violência na convicção” (RICOEUR, 1995, p. 184).

Após esse exame minucioso do que distingue tolerância de intolerância, Ricoeur assevera que o intolerável “não poderia ser incluído no pacto do consenso conflitual sobre o qual repousa o equilíbrio [entre tolerância e intolerância]” (RICOEUR, 1995, p. 185). Daí ele definir o “critério do intolerável” como “o que o consenso conflitual da minha cultura considera inaceitável; o abjeto, indigno de respeito”, a ponto de concluir que “só o intolerante é intolerável” (RICOEUR, 1995, p. 185).

Resgatando uma noção de autoridade para reforçar o valor da tolerância, Popper lembra que, na Antiguidade Clássica, o conhecimento, a sabedoria, conferia autoridade a uma pessoa (POPPER, 1967, p. 16). Em sentido platônico, diz ele, o conhecimento, a sabedoria, elevava uma pessoa, o sábio, à condição de autoridade: “se alguém é reconhecido como autoridade, sua autoridade estará protegida por seus pares” (POPPER, 1967, p. 16). Trata-se, conclui, de uma ética intolerante, que “conduz,

especialmente em política, ao encobrimento dos erros com o objetivo de proteger a autoridade” (POPPER, 1967, p. 16).

Popper então propõe uma “ética para o intelectual e para as profissões intelectuais [...] e, o que é mais importante, para os políticos” (POPPER, 1967, p. 15). Para tanto, ele resgata a definição de Voltaire: “Tolerância é a consequência necessária de constatar nossa falibilidade humana: errar é humano e algo que fazemos a cada passo que damos. Perdemos, pois, nossas mútuas insensatezes” (VOLTAIRE, 1763, *apud* POPPER, 1967, p. 4). De todas as insensatezes, nenhuma parece mais obtusa do que o fanatismo. O insensato é totalmente convencido de seu fanatismo. Ele não submete suas crenças à autocrítica e lhe falta honestidade intelectual para avaliar racionalmente argumentos contrários. O fanático é, pois, intolerante. E a intolerância, como vimos, é intolerável.

Popper resgata também a definição de Xenófanos, para quem é necessário investigar, não duvidar da verdade (POPPER, 1967, pp. 12 ss.). Desse modo, podemos afirmar que, assim como a ignorância é o limite do conhecimento, a violência é o limite da tolerância. Assim, quanto mais se afasta da ignorância e da violência, o conhecimento mais se aproxima da tolerância e da verdade. Como Xenófanos, Popper acredita que “a verdade é a correspondência do que dizemos aos fatos” (POPPER, 1967, p. 9). Baseando-se na diferença entre verdade (objetiva) e certeza (subjetiva), Popper propõe algo como um procedimento para se aproximar da verdade e, por que não, da tolerância: primeiro, acreditar na falibilidade humana (numa discussão, ambos os polos podem estar errados); segundo, concordar em discutir racionalmente (fazendo um sopesamento impessoal das razões favoráveis e contrárias dos próprios argumentos e dos argumentos alheios); e, terceiro, aceitar que a verdade e a tolerância são alcançadas por aproximação (evitar ataques pessoais ajuda a alcançar uma melhor compreensão, ainda que não cheguemos a um acordo) (POPPER, 1967, pp. 9 ss.). Nas palavras do próprio Popper, “se eu espero aprender contigo, e se tu desejas aprender com vistas à verdade, eu tenho de te tolerar e te reconhecer como igual [...] uma discussão, ainda que não nos conduza a um acordo, pode lançar luz sobre alguns de nossos erros” (POPPER, 1967, p. 14). Daí que, conclui ele, “A busca da verdade e a ideia de aproximação à verdade são princípios éticos, como o são as ideias de integridade intelectual e falibilidade, que nos conduzem a uma atitude de autocrítica e tolerância” (POPPER, 1967, p. 14)

Nesse sentido, a verdade se relaciona com a tolerância na medida em que, se o erro é inevitável, a repetição do erro é intolerável.

Aqui cabe uma hipótese sobre a juridicidade da tolerância: no Estado Democrático de Direito, tolerância seria, na forma, um princípio; e teria, como conteúdo, qualquer sentido que não seja intolerável; dentre seus sentidos possíveis, muitos por reconhecer a cada momento, em cada lugar, nenhum poderia representar o ódio e implicar a implosão da democracia.

A Constituição brasileira não dispõe explicitamente sobre o que aqui consideramos como princípio da tolerância, nem o Supremo Tribunal Federal se manifesta no sentido que lhe atribuímos. Nada obstante, entendemos que se trata de princípio implícito, que pode ser extraído da interpretação sistemática de diversos dispositivos do texto constitucional, sem prejuízo de outros (v. p. ex. o Preâmbulo; os arts. 1º, V e parágrafo único; 5º, *caput* e IV [BRASIL, 1988]).

Valerio Zanone parece confirmar essa hipótese, na medida em que apresenta o percurso histórico do que chama de “princípio de tolerância”, da Religião para a Política, da Política para o Direito (ZANONE, 2010, pp. 1245-1247). Após refazer esse percurso, Zanone afirma que a “tolerância constitui um grau preparatório do princípio de liberdade: a tolerância institui, na verdade, um espaço de liceidade ou pelo menos de imunidade nas decisões individuais, mas o qualifica como concessão revogável e não como direito irrevogável” (ZANONE, 2010, p. 1246).

Assim sendo, o princípio da tolerância seria uma garantia do direito à liberdade de opinião e expressão e, também, um limite à expressão da liberdade. Nesse sentido, de acordo com o princípio da tolerância, todos temos direito a nos manifestarmos com liberdade, desde que não nos manifestemos contra o direito das outras pessoas a também se manifestarem com liberdade. O princípio da tolerância não limitaria o que alguém pode ou não pensar ou desejar, mas o que pode fazer, pois não se lhe pode permitir fazer tudo o que pensa ou deseja.

O princípio da tolerância seria, ainda, uma garantia do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, de acordo com o princípio da tolerância, ninguém pode exercer poder sem autoridade ou para além dela.

O princípio da tolerância permitiria a tolerância ao democraticamente tolerável e proibiria a tolerância ao democraticamente intolerável.

Nesse sentido, ninguém poderia manifestar ódio aos demais e, no que aqui nos interessa mais de perto, à democracia, ou seja, ninguém poderia agir ou incitar a ação contrariamente aos valores da democracia e às instituições e aos institutos que os garantem.

A delimitação jurídica dos valores democráticos da liberdade e da tolerância não soluciona os problemas advindos da relativização desses valores, isto é, dos paradoxos da liberdade, da tolerância e da democracia. Não é intenção deste trabalho aventar uma tal possibilidade. O que se propõe é que estabelecer e respeitar limites democráticos à liberdade e à tolerância permite, senão imunizar a democracia, ao menos eliminar excessos antidemocráticos.

Como aponta Monteiro, questionar os limites da liberdade e da tolerância evidencia que é da natureza destes, como o é de quaisquer valores, serem redefinidos no tempo e no espaço, não que tais limites podem ser desconsiderados. Daí que, à pergunta “A proteção à liberdade de expressão alcança os discursos de discriminação e ofensa?”, pode-se responder que o limite da liberdade é a própria liberdade, sendo responsabilidade de todos, e, com mais razão, dos agentes do Estado, defendê-la do abuso; de modo semelhante, à pergunta “A democracia deve ser tolerante com os intolerantes?”, pode-se responder que o limite da tolerância é a própria tolerância, sendo responsabilidade de todos, e, novamente, com mais razão, dos agentes do Estado, defendê-la da contradição (MONTEIRO, 2019, pp. XII, XIV-XV, 1 ss., 37 ss.).

Desse modo, esperamos ter demonstrado que os valores democráticos da liberdade e da tolerância, assim como a própria democracia, são paradoxais, no sentido de que podem ser, e são, levados a seus extremos. O que não se pode é admitir que tais extremos impliquem ausência de limites. Por essa razão, entendemos como limites democráticos à liberdade e à tolerância, respectivamente, a responsabilidade e a coerência (ou não-contradição), o que abrange todas as instituições, os institutos e os agentes do Estado Democrático de Direito.

Como demonstraremos a seguir, as imunidades parlamentares são uma proteção à liberdade de expressão, entendida esta menos como poder do que como responsabilidade democrática; e não como salvo-conduto, mas como dever de coerência, ou, ao menos, de não-contradição para com a ideia de democracia. Noutras palavras, liberdade como poder é direito, como responsabilidade, dever: no primeiro caso (liberdade

como poder), a tolerância pode ser vista como uma expectativa legítima, uma condição de possibilidade para a convivência social; no segundo (liberdade como responsabilidade), como uma exigência, a condição para a coexistência política e realização do ideal de pluralismo político, enfim, para a realização da ideia de democracia.

AS IMUNIDADES PARLAMENTARES

Retomando os casos mencionados no início do capítulo primeiro, cabe indagar se as opiniões e palavras da deputada e do deputado que se ofenderam mutuamente, assim como do deputado que ofendeu a Corte Constitucional e seus integrantes, se tais atos são protegidos pelas imunidades parlamentares.

Aqui é importante questionar: (1) de que modo e em que medida as imunidades parlamentares se relacionam à liberdade e à tolerância; (2) em que categoria jurídica se enquadram as imunidades parlamentares; (3) se as imunidades parlamentares são direitos subjetivos dos parlamentares; (4) quais as características dogmáticas das imunidades parlamentares; (5) se as imunidades parlamentares têm eficácia em quaisquer circunstâncias ou apenas se e quando guardem relação direta com as funções parlamentares; e (6) se as imunidades parlamentares têm eficácia sobre quaisquer responsabilidades (administrativa, disciplinar, ética, civil e penal), mesmo em caso de prática ou incitação de violência (o que, em outras circunstâncias, seria considerado abuso de poder ou autoridade, isto é, autoritarismo típico da tirania).

2.1 NATUREZA JURÍDICA

Os Estados modernos e contemporâneos de regime democrático contêm em sua configuração jurídica o instituto das imunidades parlamentares, a fim de garantirem a liberdade de opinião e expressão dos parlamentares (representantes do povo, membros dos órgãos legislativos, integrantes do Parlamento) e a tolerância a diferentes ideologias e con-

cepções políticas dentre eles e dentre eles e os demais agentes do Estado e cidadãos.

Eneias Xavier Gomes lembra que as imunidades parlamentares remontam “ao tempo da monarquia feudal, em que o parlamento e o governo do rei permaneciam em constante antagonismo” e que também era justificável no período da “monarquia feudal e até o início da constitucional [... como forma de] garantir a independência do parlamento diante de eventuais abusos de poder do governo” (GOMES, 2012, p. 493). No entanto, afirma ele, seguindo Hans Kelsen, “nos países democraticamente estáveis, essa garantia se tornava um privilégio parlamentar, acobertando violações aos bens tutelados pelo Estado” (GOMES, 2012, p. 496). Em sentido similar, Carl Schmitt, para quem “As ocasiões históricas que resultaram nessa posição privilegiada (prisões arbitrárias de deputados pelos Monarcas) não são, por si só, explicação suficiente” (SCHMITT, 1927, p. 366 *apud* GOMES, 2012, p. 495).

Trata-se, pois, de uma proteção da liberdade de opinião e expressão dos parlamentares que está longe de ser anacrônica: se originariamente era um instrumento contra a tirania de monarcas ou contra a intolerância de outros parlamentares, atualmente serve para lidar com as mais diversas formas de pressão política, seja por parte de outros agentes do Estado (como magistrados e membros do Ministério Público), seja por parte de cidadãos (em grupos organizados ou não).

Numa sociedade complexa, em que as pessoas pensam e agem de modos tão diversos, a medida da liberdade de opinião e expressão dos parlamentares está diretamente relacionada ao grau de tolerância a suas concepções e manifestações. O número indeterminado de pessoas com quem os parlamentares se relacionam dá uma vaga ideia da exposição a diversos modos de pensar e agir diferentes dos seus a que estão sujeitos. Em qualquer dos fóruns de que os parlamentares venham a participar (no fórum mais amplo da imprensa, em que confrontam a opinião pública; nas tomadas de decisão estatais, em que debatem com outros agentes do Estado; ou no fórum mais restrito do Parlamento, em que se contrapõem diversas ideologias e convicções políticas), em qualquer desses fóruns, o pensamento e a expressão do pensamento dos parlamentares são minuciosamente escrutinados, dada sua importância para a formação dos atos estatais. Noutras palavras, pelo fato de participarem diretamente das manifestações do Estado, é extremamente relevante a verdade, ou

adequação aos fatos, assim como o equilíbrio, ou tolerância à liberdade, do que os parlamentares pensam e de como manifestam seu pensamento.

Feitas essas considerações de ordem política, é chegado o momento de indagarmos em que categoria jurídica se enquadram as imunidades parlamentares. Ao que podemos responder que obviamente se trata de um instituto de Direito Constitucional, cabendo à doutrina constitucionalista estabelecer seu conceito dogmático. Mas é necessário reconhecer que uma definição mais elaborada desse conceito passa por sua categorização em termos de Teoria do Direito. Daí que propomos partir desta indagação: as imunidades parlamentares são direitos subjetivos dos parlamentares?

Os parlamentares são uma minoria social, mas não estão em situação de vulnerabilidade social, razão pela qual não parece necessário, com fundamento no princípio da igualdade, reconhecer-lhes direitos que não são reconhecidos aos cidadãos em geral. Como lembra Gomes, para Kelsen, o instituto das imunidades parlamentares não pode ser considerado como “meio de proteção da minoria contra o arbítrio da maioria [...] Senão por outro motivo, porque essa proteção da minoria é impossível, já que a maioria poderia decidir entregar o deputado incriminado à autoridade que o solicitasse” (KELSEN *apud* GOMES, 2012, p. 494).

Poder-se-ia objetar que, por estarem politicamente mais expostos do que a maioria social, os parlamentares estariam em situação de vulnerabilidade política. A essa objeção, no entanto, poderíamos contrapor o argumento de que todos estamos em situação de vulnerabilidade política em face do Estado e que os direitos individuais, por si sós, já igualam formalmente parlamentares e cidadãos. Restaria aventar a possibilidade jurídica de as imunidades serem um direito político dos parlamentares, ao que poderíamos contra-argumentar que os direitos políticos dos parlamentares são os direitos dos cidadãos ao exercerem funções parlamentares. Ou seja, imunidades parlamentares não podem ser uma forma de desigualar para igualar. Não se trata, pois, de um direito subjetivo atribuível aos parlamentares e oponível ao Estado e aos cidadãos.

Segundo Gomes, com amparo na etimologia e nas doutrinas de Kelsen e de Schmitt, “As imunidades parlamentares podem ser definidas como prerrogativas conferidas aos membros do Parlamento, tendo como finalidade a proteção do exercício do mandato” (GOMES, 2012, p. 486).

Salientando outros aspectos do instituto, Roberto Dias e Lucas de Laurentiis observam que “As imunidades parlamentares são prerrogati-

vas irrenunciáveis que a Constituição confere aos membros do Poder Legislativo para que eles possam exercer suas funções de fiscalização com autonomia e independência” (DIAS; DE LAURENTIIS, 2012, p. 10). E concluem: “essas prerrogativas [...] são garantias que dizem respeito às funções exercidas pelos deputados e senadores” (DIAS; DE LAURENTIIS, 2012, p. 10).

Ora, se não são direitos subjetivos dos parlamentares, em que categoria jurídica se enquadrariam as imunidades parlamentares? Do arrazoado acima analisemos mais de perto a noção de funções parlamentares. O que aqui chamamos de funções parlamentares são, em verdade, o conjunto de atribuições de uma pessoa que ocupa um cargo eletivo no Parlamento. Ou seja, trata-se das funções públicas dos membros eleitos, diplomados e empossados para exercerem os cargos de vereador, deputado (estadual, distrital ou federal) ou senador nas Câmaras de Vereadores, Legislativa ou dos Deputados ou no Senado Federal. Noutras palavras, trata-se do exercício, pelos parlamentares, das competências normativa, administrativa e jurisdicional do Parlamento (municipal, estadual, distrital ou nacional). São atribuições funcionais necessárias ao exercício de competências estatais, enquadrando-se naquela categoria híbrida que chamamos, em Direito Administrativo, de “poderes-deveres”, isto é, poderes necessários ao cumprimento de deveres, ou deveres cujo cumprimento necessita de determinados poderes. Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, tais poderes são “instrumentos jurídico-administrativos para contenção do poder e garantia dos direitos dos cidadãos frente ao Poder Público”, ou seja, institutos que organizam a estrutura das entidades e dos órgãos da Administração Pública e que disciplinam as relações jurídicas entre a Administração Pública e seus agentes, entre a Administração Pública e as pessoas jurídicas de Direito Privado e, especialmente, entre a Administração Pública e os cidadãos (MARQUES NETO, 2012, p. 222).

2.2 ASPECTOS MATERIAL E FORMAL

As imunidades parlamentares possuem um aspecto material e um aspecto formal. A imunidade material dos parlamentares garante a livre expressão de seu pensamento, tornando invioláveis suas opiniões, palavras e votos, o que “exclui o crime [...] porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal” e também exclui

“qualquer pretensão de ressarcimento de eventual dano material ou moral decorrente da atuação [do parlamentar]”, consoante as palavras de José Afonso da Silva (2006, p. 420). A inviolabilidade tem alcance não apenas penal e civil, mas também disciplinar, não podendo “o partido expulsar de seus quadros o parlamentar por ter emitido opiniões, palavras e votos contrários à determinação dos órgãos diretivos do partido ou discordantes de propositura de um governo” (SILVA, 2006, p. 420). Já a imunidade formal “envolve a disciplina da prisão e do processo”: “não exclui o crime, antes o pressupõe, mas impede o processo”, sendo “mais acentuada em relação à prisão e mais relativa quanto ao processo”, isto é, veda a prisão do parlamentar, “salvo em flagrante de crime inafiançável”, mas permite o processo por crime cometido durante o mandato, independentemente de ser afiançável ou não, cabendo, entretanto, à autoridade competente para processar e julgar o crime, comunicar à casa legislativa do parlamentar, a qual, por proposta de qualquer partido nela representado, poderá, por maioria absoluta de votos, sustar o processo até a decisão de mérito (SILVA, 2006, pp. 420-421).

Dias; De Laurentiis apresentam duas observações importantes: primeira, “quanto aos crimes cometidos por parlamentar antes da diplomação, não há nenhuma imunidade, podendo ele ser processado normalmente como qualquer cidadão”; segunda, que a imunidade formal só alcança a prisão provisória no curso do processo, não alcançando a prisão em flagrante, se crime inafiançável, tampouco a prisão em função de decisão de mérito, independentemente de ser o crime afiançável ou não (DIAS; DE LAURENTIIS, 2012, p. 12).

Embora não sejam direitos subjetivos, mas prerrogativas, ou poderes-deveres, como apontamos acima, as imunidades parlamentares são, elas mesmas, garantias constitucionais. Paulo Bonavides concorda com a proposta de Carl Schmitt segundo a qual, além das garantias constitucionais dos direitos subjetivos, existem as garantias constitucionais do ordenamento jurídico, às quais chamam de “garantias institucionais”, dentre as quais se enquadrariam as imunidades parlamentares (BONAVIDES, 2007, p. 535). Como as garantias subjetivas, por assim dizer, asseguram o livre exercício dos direitos subjetivos, as garantias institucionais protegem o livre funcionamento das instituições políticas. Trata-se, pois, de “um instituto de direito público, materialmente variável segundo a natureza da instituição protegida [...] cuja impor-

tância [a Constituição] reconhece como fundamental para a sociedade” (BONAVIDES, 2007, p. 537). Assim, podemos afirmar que garantias institucionais, como o são as imunidades parlamentares, não derrogam as garantias subjetivas, antes as fortalecem, na medida em que protegem a essência das instituições políticas responsáveis por assegurar os direitos subjetivos; aliás, as garantias institucionais qualificam as garantias subjetivas, de modo que ambas, como garantias constitucionais que são, asseguram e protegem, material e formalmente, a higidez do ordenamento jurídico, de seus valores e suas normas, assim entendida a própria forma de Estado Democrático de Direito, a independência e harmonia dos Poderes, seu pluralismo político, a liberdade e a tolerância dentre os agentes do Estado e dentre estes e os demais cidadãos/cidadãos (BONAVIDES, 2007, pp. 536-559).

Se são protegidos não como direitos subjetivos, mas como prerrogativas institucionais, os atos parlamentares (assim entendido o exercício de sua liberdade de agir, de expressar seus pensamentos por meio de opiniões, palavras e votos) devem ser caracterizados como exercício de poderes-deveres em quaisquer circunstâncias ou apenas se e quando guardem relação direta com suas funções parlamentares? Essa proteção institucional deve eximi-los de quaisquer responsabilidades (administrativa, disciplinar, ética, civil e penal), mesmo em caso de prática ou incitação de violência e intolerância?

Como tentativa de respondermos a essas indagações, vejamos o que dispõem a Constituição do Brasil, os Regimentos Internos e os Códigos de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Na Constituição do Brasil, as imunidades de Senadores da República e Deputados Federais estão previstas no art. 53:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são **invioláveis, civil e penalmente**, por quaisquer de suas **opiniões, palavras e votos**. [...] § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional **não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável**. [...] § 8º As **imunidades** de Deputados ou Senadores subsistirão durante o **estado de sítio** [...]. (BRASIL, 1988; grifo nosso)

O art. 27, § 1º, estende tais imunidades aos Deputados Estaduais, e o art. 29, VIII, estende a imunidade material, ou inviolabilidade de opi-

niões, palavras e votos, aos Vereadores, na circunscrição do respectivo Município:

Art. 27. [...]. § 1º Será de quatro anos o mandato dos **Deputados Estaduais**, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, **inviolabilidade**, **imunidades**, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

[...]

Art. 29. [...] VIII - **inviolabilidade** dos Vereadores por suas **opiniões, palavras e votos** no exercício do mandato e na **circunscrição do Município** [...]. (BRASIL, 1988; grifo nosso)

No Regimento Interno do Senado Federal (BRASIL, 1970), o radical da palavra “imunidade” (“imun-”) aparece oito vezes e o da palavra “inviolabilidade” (“inviol-”) não aparece, nada se acrescentando ao disposto no art. 53 da Constituição do Brasil. No Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal (BRASIL, 1993), nenhum dos radicais aparece.

Já no Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1989a), o radical da palavra “imunidade” (“imun-”) aparece seis vezes e o da palavra “inviolabilidade” (“inviol-”), uma, também nada se acrescentando ao disposto no art. 53 da Constituição do Brasil. E no Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2001), o radical da palavra “imunidade” (“imun-”) aparece uma vez e o da palavra “inviolabilidade” (“inviol-”) não aparece, cabendo destacar o seguinte: “Art. 2º As **imunidades**, prerrogativas e franquias asseguradas pela Constituição, pelas leis e pelo Regimento Interno aos **deputados** são **institutos destinados à garantia do exercício do mandato popular e à defesa do Poder Legislativo.**” (grifo nosso).

Acrescentem-se a esses elementos os que podem ser extraídos dos arts. 53, § 8º; e 86, § 4º, da Constituição brasileira:

Art. 53. [...]. § 8º As **imunidades** de Deputados ou Senadores subsistirão durante o **estado de sítio**, só podendo ser **suspensas** mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de **atos praticados fora do recinto** do Congresso Nacional, que sejam **incompatíveis com a execução da medida.** [...] Art. 86.

[...]. § 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por **atos estranhos ao exercício de suas funções**. (BRASIL, 1988; grifo nosso)

Em resposta àquela primeira indagação, que trata da extensão dos efeitos das imunidades parlamentares, a leitura desses dispositivos normativos permite inferir que a imunidade material (inviolabilidade por opiniões, palavras e votos) e a imunidade formal (vedação à prisão, salvo flagrante de crime inafiançável, e permissão de processo, salvo sustação por maioria de votos do Parlamento) protegem os parlamentares em quaisquer circunstâncias, não apenas no exercício de suas funções parlamentares. É plausível advogar que os senadores e deputados, na vigência de seus mandatos, assim como o Presidente da República, não podem ser responsabilizados “por atos estranhos ao exercício de suas funções”: dentro do recinto parlamentar, sempre; fora, só se incompatível com a execução do estado de sítio. Distinta é a situação dos Vereadores, que possuem apenas imunidade material (inviolabilidade) no âmbito do respectivo Município.

Passando à tentativa de responder à segunda indagação, sobre se as imunidades parlamentares abrangem todos e quaisquer atos, convém tentarmos fazer uma caracterização dogmática das opiniões, palavras e votos dos parlamentares.

No Regimento Interno do Senado Federal (BRASIL, 1970), o radical da palavra “opiniões” (“opin-”) aparece 18 vezes; o da palavra “palavras” (“palavr-”), 55 vezes; e o da palavra “votos” (“vot-”), 67; em nenhuma delas, entretanto, no sentido imunidade material (inviolabilidade), apenas no que se refere à regulamentação do modo e do tempo dos respectivos atos.

No Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal (BRASIL, 1993), ocorre algo similar, acrescentando-se, apenas, a regulamentação do decoro parlamentar: “opinião” (“opin-”) não aparece; “palavra” (“palavr-”), 14 vezes; e “voto” (“vot-”), 10. Cabe destacar a regulamentação da medida disciplinar “censura”:

Art. 9º A **censura** será verbal ou escrita. § 1º A **censura verbal** será aplicada [...] ao Senador que: I – deixar de observar, salvo motivo justificado, os **deveres** inerentes ao mandato ou os preceitos do Regimento Interno; II – praticar **atos que infrinjam as regras da boa conduta** nas dependências da Casa; III – **perturbar a ordem das**

sessões ou das reuniões. § 2º A **censura escrita** será imposta [...] ao Senador que: I – usar, em discurso ou proposição, de **expressões atentatórias ao decoro parlamentar**; II – praticar **ofensas físicas ou morais a qualquer pessoa**, no edifício do Senado, ou **desacatar, por atos ou palavras**, outro parlamentar, a Mesa ou Comissão, ou os respectivos Presidentes. (BRASIL, 1993; grifo nosso)

No Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1989a), do mesmo modo: “opiniões” (“opin-”) aparece 14 vezes; “palavras” (“palavr-”), 55 vezes; e “votos” (“vot-”), 60. Os deveres e a quebra de decoro dentre os Deputados Federais estão regulamentados nos arts. 3º, 4º e 5º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1989a). Cabe destacar a regulamentação dos seguintes atos:

Art. 41. [...]: [...]; IX - interromper o orador que estiver falando sobre o vencido e **retirar-lhe a palavra no caso de desobediência**; [...]. Art. 74. O Deputado só poderá falar, nos expressos termos deste Regimento: [...]; VII - a juízo do Presidente, para **contestar acusação pessoal à própria conduta**, feita durante a discussão, ou para **contradizer o que lhe for indevidamente atribuído como opinião pessoal**. Art. 175. O Deputado que usar a palavra sobre a proposição em discussão não poderá: [...]; III - **usar de linguagem imprópria**; [...]. Art. 256. [...] § 3º Caso o expositor se desvie do assunto, ou **perturbe a ordem dos trabalhos**, o Presidente da Comissão poderá adverti-lo, **cassar-lhe a palavra** ou determinar a sua retirada do recinto. (BRASIL, 1989a; grifo nosso)

E no Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2001), “opiniões” (“opin-”) não aparece; “palavras” (“palavr-”), aparece seis vezes; e “votos” (“vot-”), sete. Em que pese tal documento nada acrescentar em termos normativos, os dois primeiros parágrafos de sua apresentação contribuem para sua interpretação:

Não se concebe um regime democrático sem a instituição do Parlamento. Em qualquer parte do mundo, hoje, **democracia é sinônimo de representação política**. A própria complexidade da sociedade moderna inviabiliza o que se poderia chamar de democracia direta, isto é, a participação de todo e qualquer cidadão nas decisões de caráter nacional, sem a intermediação de representantes. Nesse con-

texto, a **importância do Parlamento e dos parlamentares ganha saliência**. É o Parlamento que torna possível a representação política da sociedade, refletindo as opiniões e os sentimentos dos cidadãos. É o parlamentar que dá voz à comunidade e transforma os anseios populares em ação política. Sem essa representação parlamentar, a organização social corre o **risco** de se tornar politicamente inexecutável, legando a definição dos rumos da nação a **elites minoritárias** ou a **multidões desorganizadas**. (BRASIL, 2001, p. 5; grifo nosso)

Como podemos ver, tais documentos normativos referem-se a opiniões, palavras e votos dos parlamentares no âmbito do respectivo Parlamento. Quanto aos votos, abertos ou secretos, nada demais há a dizer, haja vista se tratar de manifestação objetiva, favorável ou não a uma propositura. Já quanto às opiniões e palavras, no entanto, dada sua natureza subjetiva, há de se questionar não apenas a manifestação em si, mas sobretudo seus efeitos internos e externos, isto é, tanto no âmbito parlamentar, quanto na Administração Pública, como na sociedade. De fato, é livre e indevassável o pensamento dos parlamentares (suas opiniões, desde que não expressas), aquilo em que acreditam, não podendo sê-lo, todavia, a expressão desse pensamento (suas opiniões e palavras expressas por qualquer meio).

Como vimos, não são totalmente livres e toleráveis opiniões e palavras manifestas no recinto parlamentar, visto que são censuráveis eventuais desacato, desobediência, ofensas, perturbações e violência verbal ou física. E no caso de repercussão extramuros, em que manifestações parlamentares podem soar como apologia, incitação, indução ou mobilização a crimes comuns e/ou condutas antidemocráticas? Nesse caso, é necessário ter em vista que a autoridade (a organização *sub lege*), que restringe a atuação dos parlamentares no ambiente institucional (por eventual quebra de decoro parlamentar), não deve albergar a violência (como uma forma de desorganização lícita), o que, numa democracia, seria um privilégio de uma minoria em face da maioria, ou seja, uma porta aberta para a tirania.

Segundo Gomes, para Kelsen, as imunidades parlamentares constituem um “privilégio absolutamente anacrônico” (KELSEN *apud* GOMES, 2012, p. 493). Para Schmitt, trata-se de um “assombroso privilégio” (SCHMITT, 1927, p. 366, *apud* Gomes, 2012, p. 495). Isso leva Gomes a reconhecer “que sua conceituação concede ao instituto conotação de

privilégio, em que pese a sua origem como instrumento de preservação do Poder Legislativo contra as ações repressivas e arbitrárias de que possam ser vítimas seus representantes” (GOMES, 2012, p. 486).

Dias; De Laurentiis, por sua vez, consideram que “O princípio da separação dos poderes [...] ao exigir a consagração das imunidades parlamentares, não confere aos congressistas o privilégio da irresponsabilidade irrestrita” (DIAS; DE LAURENTIIS, 2012, p. 22). Argumentam eles que, “Ao contrário, as prerrogativas parlamentares se voltam para que as funções do Parlamento possam ser exercidas livremente, sem constrangimentos ilegítimos” (DIAS; DE LAURENTIIS, 2012, p. 22).

A propósito, os §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei 13.869/2019 oferecem parâmetros, positivo e negativo, de quais opiniões e palavras podemos considerar protegidas pelas imunidades parlamentares e quais constituiriam abuso da prerrogativa, por excesso ou desvio:

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de **prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro**, ou, ainda, por **mero capricho ou satisfação pessoal**. § 2º A **divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas** não configura abuso de autoridade. (BRASIL, 2019a; grifo nosso)

Assim sendo, seriam abrangidas pelas imunidades parlamentares as opiniões e palavras que importem “divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas”, mas não o seriam aquelas com a “finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”. Destaque para a expressão “finalidade específica”, a indicar que não estariam protegidas pelas imunidades parlamentares as opiniões e palavras expressas intencionalmente como manifestações de ódio ou antidemocrática.

2.3 AS IMUNIDADES PARLAMENTARES ENTRE A LIBERDADE E A TOLERÂNCIA

Sem embargo à abertura semântica desses parâmetros, podemos invocar como critérios plausíveis os elementos do princípio da tolerância expostos acima. Nesse sentido, Dias; De Laurentiis propõem um procedimento hermenêutico para definir quando a regra das imunidades

parlamentares afronta o princípio da tolerância. Argumentam eles que “até mesmo os discursos proferidos na tribuna do Parlamento poderiam dar origem à responsabilização civil ou criminal dos parlamentares”, bastando para isso que suas opiniões e palavras contrariem, pela ordem, “valores constitucionais”; o “princípio material, que dá sustentação à regra aplicável”; e o “princípio formal, que confere estabilidade ao procedimento decisório e democrático de criação da regra em questão” (DIAS; DE LAURENTIIS, 2012, p. 15). Eles observam que “a regra do art. 53 da CF foi formulada pelo Poder Constituinte Derivado, que editou a Emenda Constitucional nº 35, de 2001” (DIAS; DE LAURENTIIS, 2012, p. 16). Lembram eles que “o exercício do poder de reforma constitucional encontra-se limitado pelos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, da Constituição)” (DIAS; DE LAURENTIIS, 2012, p. 16). Por essas razões, defendem eles, “não é possível descartar a possibilidade de uma regra criada pelo Poder Constituinte Derivado ser ponderada em razão de seu conflito com um princípio de direito fundamental” (DIAS; DE LAURENTIIS, 2012, p. 16). Dizem que, “se o parlamentar, sem qualquer razão ou fundamento, insulta gravemente [a ordem democrática] é provável e admissível que as circunstâncias e o peso dos princípios envolvidos levem o julgador a afastar a regra constitucional insculpida no art. 53 da CF” (DIAS; DE LAURENTIIS, 2012, p. 16). E concluem que não se pode admitir “a utilização de uma garantia democrática, qual seja, a imunidade parlamentar, para abalar os próprios alicerces democráticos (DIAS; DE LAURENTIIS, 2012, p. 16).

Obviamente esse procedimento hermenêutico é passível de reparos, senão por razões dogmáticas, ao menos por sua possível repercussão pragmática, dado seu potencial de esvaziar o conteúdo jurídico das imunidades parlamentares, em especial de seu aspecto material.

Sem dúvida, tal interpretação pode dar ensejo a mais uma das situações de “jurisdicização do fato político”, de que fala Luís Roberto Barroso, o qual, segundo ele, é um dos problemas relacionados à inefetividade das normas constitucionais, ou, como ele diz, “malogro do constitucionalismo” ou “frustração constitucional” (BARROSO, 2003, pp. 47-72).

Também parece referendar a preocupação manifestada por Oscar Vianna Vieira, no sentido de que estamos vivendo o que ele chama de “Supremocracia”, isto é, que a amplitude e o detalhismo da Constituição de 1988 “levou à transferência de enormes poderes para as instituições

de aplicação da lei, para que pudessem zelar pelo respeito ao pacto constitucional” (VIEIRA, 2018, p. 10). Recentemente, porém, esse protagonismo passou a ser criticado e, até certo ponto, combatido, como reflexo de uma “severa crise política, com forte impacto no padrão de funcionamento das instituições [...] Para muitos, nosso sistema constitucional entrou em crise” (VIEIRA, 2018, pp. 11 e 161 ss.).

Poderia, também, ensejar mais um caso do “populismo penal”, isto é, a postura do sistema judiciário em resposta a uma crise generalizada das instituições políticas, como adverte Cláudio Pereira de Souza Neto. Segundo ele, populismo penal é “A espetacularização das ações policiais e processos judiciais, a transmutação de juízes em justiceiros, o desrespeito reiterado aos limites estabelecidos em lei [que] antecipam o estado de exceção ambicionado pelo populismo político” (SOUZA NETO, 2020, p. 16). Observa ele que “entre o populismo penal e o populismo político há ainda continuidade no plano ideológico [...] Ambos propugnam pelo exercício do poder sem observar os direitos e deslegitimam a democracia representativa” (SOUZA NETO, 2020, p. 16). E conclui: “A preservação do regime democrático no Brasil envolve não apenas superar a ameaça fascista [...] mas também restabelecer, na esfera do sistema penal, a plena observância da Constituição e das leis” (SOUZA NETO, 2020, p. 16).

Sobre a crise das instituições políticas, ele diz que “A repetição de um mesmo padrão em diversos países chega a levar alguns estudiosos de política comparada [como Runciman, citado acima] a sustentar que a crise da democracia não é contextual, mas estrutural” (SOUZA NETO, 2020, p. 13). Ele observa que “a atual guinada autoritária [...] não tem se instaurado por meio de golpes militares tradicionais” e sim pela “erosão progressiva do regime democrático, cujas instituições, embora se mantenham vigentes, perdem paulatinamente sua autenticidade e efetividade” (SOUZA NETO, 2020, pp. 13, 16-17).

No caso das imunidades parlamentares, acrescenta-se que o problema pode se agravar, haja vista que não apenas o STF, mas também outros Tribunais, e até magistrados de primeiro grau, podem ser instados a julgarem manifestações de parlamentares, o que eventualmente pode vulnerar a prerrogativa e implicar o abuso de autoridade por parte de magistrados e membros do Ministério Público, preocupação que certamente influenciou a promulgação da já citada Lei 13.869/2019 (BRASIL, 2019a).

Caso mais explícito é o uso Lei de Segurança Nacional (BRASIL, 1983) como achaque de opositores políticos, sejam parlamentares, outros agentes públicos ou jornalistas. Marcel Mangili Laurindo contabiliza que, somente em 2019 e 2020, “A Polícia Federal instaurou 77 inquéritos com o propósito de apurar eventuais ataques à segurança nacional”, ao passo que, “Entre 2003 e 2010 [...] 29 procedimentos desse tipo foram abertos”, ao que ele conclui: “Não é possível averiguar de onde partiu cada um desses pedidos de investigação, que pode começar por iniciativa da própria autoridade policial, por requisição do Ministério Público ou a pedido dos ministros da Defesa e da Justiça. A escalada autoritária é, porém, visível” (LAURINDO, 2021).

Esse é um caso em que claramente a liberdade de expressão, não apenas de parlamentares, outros agentes políticos e jornalistas, mas de todos os cidadãos, a revelar uma *modus operandi* autoritário. Não por outra razão, mais que oportuna a promulgação da Lei 14.197/2021 (BRASIL, 2021a), como reação no sentido de limitar a liberdade de expressão apenas se e quando atentatória ao Estado Democrático de Direito.

Evânio Moura observa que “O Parlamento brasileiro portou-se com descaso e evidente demora para debater e aprovar um projeto de lei que efetivamente viesse a contemplar a criminalização de condutas atentatórias ao Estado democrático de Direito” (MOURA, 2021). Ele então comemora a promulgação da nova lei também como superação da “doutrina da segurança nacional”, insculpida na Lei 7.170/1983, ora expressamente revogada, à qual, vez ou outra, em arroubos autoritários, reaparecia como “mecanismo de censura ou torniquete das manifestações democráticas, turvando-se ou embaçando a liberdade de expressão” (MOURA, 2021).

Sem dúvida, é um desafio fundamental para o equilíbrio da ordem democrática tanto o enfrentamento de eventuais excessos e desvios dos parlamentares quanto a manutenção da “independência e harmonia” dos Poderes, como dispõe o art. 2º da Constituição (BRASIL, 1988).

Como diz Souza Neto, “Em ambientes de normalidade, extrai-se do princípio da harmonia entre os poderes o dever de deferência de cada órgão do Estado relativamente aos atos praticados pelos demais”. No entanto, observa ele, “no exame da legitimidade dos atos do poder público [e da legalidade dos atos dos agentes políticos, acrescentamos], *in dubio*, pró-democracia” (SOUZA NETO, 2020, p. 18).

Isso sem aprofundar, por ser aqui desnecessário, a possibilidade, sempre presente, de o Poder Judiciário ser usado como arena de disputa política, seja num sentido positivo, como no instituto do *contempt of court*, seja num sentido negativo, caso do fenômeno do *lawfare*.

Consoante Araken de Assis, “O instituto do *contempt of court* tutela o exercício da atividade jurisdicional [...] como poder] reconhecido aos órgãos judiciários [...] de coagir à cooperação, sendo que, na esfera criminal, “consiste na ofensa à dignidade e à autoridade do tribunal ou dos seus funcionários, gerando obstáculo ou obstrução ao processo”, ao passo que, na esfera cível, consiste no “mau comportamento, idôneo a prejudicar, impedir ou frustrar o direito alheio [...] Apesar de atingir o direito da parte, a ofensa é ao provimento do juiz. Legitima-se a parte atingida a requerer a aplicação da respectiva sanção, mas nada inibe a atuação *ex officio* do próprio juiz” (ASSIS, s/d). Afirma ele que o instituto também se distingue quanto a seus efeitos: no caso do *civil contempt*, exige-se a instauração de procedimento para aplicar a respectiva sanção, ao passo que, “No *criminal contempt*, a pena é a prisão ou a multa, esta última de quantia e duração indeterminadas, e sumariamente impostas, não se exigindo o descumprimento de norma legal, mas o da ordem do juiz” (ASSIS, s/d). Daí o necessário cuidado para não se banalizar seu uso, sobretudo nos casos e com os efeitos da seara penal.

Já o *lawfare*, como o definem Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins e Rafael Valim, é “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo” (ZANIN MARTINS; ZANIN MARTINS; VALIM, 2019, p. 24). E concluem que “O conceito de *lawfare*, a um só tempo, promove a denúncia da estrategização do Direito e permite revelar, a partir da ciência da estratégia, como funciona a instrumentalização das normas jurídicas para fins de guerra”, no sentido de disputa geopolítica e também política (ZANIN MARTINS; ZANIN MARTINS; VALIM, 2019, p. 26).

Assim, se, por um lado, não parece adequado, sob o argumento da liberdade de expressão, obrigar a tolerância e proibir a intolerância a toda e qualquer manifestação dos parlamentares, por outro lado, também não parece adequado, sob o argumento do abuso da liberdade de expressão, transferir para o Poder Judiciário, ou esperar dele a melhor solução (seja em termos jurídicos, seja em termos políticos) para toda

e qualquer divergência política, ideológica ou partidária, e até mesmo eventuais ofensas pessoais entre parlamentares.

Nesse sentido, não havendo limites claros em termos políticos, devemos avaliar com parcimônia as soluções em termos jurídicos e judiciais às manifestações parlamentares, sob pena de haver desequilíbrio entre a liberdade e a tolerância, esvaziamento das imunidades parlamentares e desarmonia entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Se o objetivo é manter a integridade do sistema democrático, o máximo aceitável de limitação à liberdade é a tolerância ao democraticamente tolerável e a intolerância ao democraticamente intolerável, parâmetros que servem para guiar a atuação tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário.

Como vimos, numa democracia, não há justificativa, nem para a liberdade, nem para a tolerância e, por extensão, nem para as imunidades parlamentares, quando se trata de manifestações de ódio e antidemocráticas.

A TEORIA DOS ATOS DE FALA

Nesse contexto, se não temos critérios claros, seja na Teoria do Direito, seja no Direito Constitucional, assim como não vivemos um momento de confiança e lealdade institucionais apto a definir os limites do instituto das imunidades parlamentares, então precisamos recorrer a outras áreas do conhecimento para tratar de um problema dessa magnitude, que são os efeitos da expressão do pensamento de parlamentares que eventualmente, por suas opiniões e palavras, pratiquem crimes e/ou coloquem em xeque instituições e institutos do sistema democrático. Nessa busca, acreditamos encontrar na teoria dos atos de fala um guia hábil a delimitar as ações que devem ser protegidas pelas imunidades parlamentares, excluindo-se aquelas que não devem sê-lo, por representarem um abuso de poder e, mais grave, por implicarem violência e intolerância institucional e, possivelmente, social.

3.1. CARACTERIZAÇÃO DA TEORIA

De acordo com o linguista John L. Austin (1962) a popular distinção entre falar e fazer, entre discurso e ação, precisa ser revista, já que algumas falas claramente vão além do mero discurso (*speech*) e constituem efetivamente uma ação. O autor os define como atos performativos (AUSTIN, 1962, p. 5) e, a partir dessa constatação, formula a teoria dos atos de fala na obra “How to do things with words”, concluindo, ao final, que todo falar é um fazer, embora os tipos de ato de fala sejam muito diferentes entre si (FISH, 1980, p. 198). Segundo Austin (1962, p. 99-101), os atos de fala podem ser vistos como locucionários (atos de

dizer algo), ilocucionários (atos em dizer algo) e perlocucionários (atos que produzem efeitos em alguém ao dizer algo).

A proposta da presente investigação não é aprofundar o debate sobre a teoria dos atos de fala, mas expor e comparar as classificações propostas por seus dois principais autores, Austin (1962) e John Searle (1979), para ver se as diversas modalidades de ato de fala servem como critérios distintivos consistentes para os atos que estão e os que não estão cobertos pela imunidade do parlamentar por suas “opiniões, palavras e votos” (BRASIL, 1988).

De acordo com Austin (1962, p. 150), os atos de fala dividem-se em 1) veriditivos, 2) exercitativos, 3) compromissivos, 4) comportativos e 5) expositivos, sendo que os veriditivos são o exercício de um julgamento, os exercitativos uma manifestação de influência ou o exercício de um poder, os compromissivos a assunção de uma obrigação ou a declaração de uma intenção, o comportativo a adoção de uma atitude e o expositivo o esclarecimento de razões, argumentos e comunicações (AUSTIN, 1962 p. 162).

Embora manifeste algumas discordâncias com Austin, Searle reconhece a importância da teoria e propõe a ela alguns ajustes, que considera necessários, consoante a seguinte classificação (SEARLE, 1979, p. vii-viii): 1) atos assertivos, 2) atos diretivos, 3) atos compromissivos, 4) atos expressivos e 5) atos declarativos.

Segundo Searle, os atos assertivos têm o propósito de comprometer o emissor com a veracidade do conteúdo propositivo (SEARLE, 1979, p. 12), os diretivos têm o objetivo de levar o interlocutor a fazer algo (SEARLE, 1979, p. 13-14), os compromissivos comprometem o emissor com o exercício de uma ação futura (SEARLE, 1979, p. 14), os expressivos expõem um sentimento do emissor (SEARLE, 1979, p. 15) e os atos declarativos promovem uma alteração do *status* do objeto referido pelo simples fato de terem sido praticados com sucesso (SEARLE, 1979, p. 16-17)

Mesmo que a correspondência não seja exata, as classificações serão tratadas como equivalentes para os propósitos deste trabalho, da seguinte forma: os atos veriditivos de Austin correspondem aos declarativos de Searle; os atos exercitativos de Austin correspondem aos atos diretivos de Searle; os atos compromissivos de Austin correspondem aos atos compromissivos de Searle; os atos comportativos de Austin correspondem

aos atos expressivos de Searle; os atos expositivos de Austin correspondem aos atos assertivos de Searle.

Daqui por diante, para simplificar a discussão, a nomenclatura adotada será a de Searle, dividindo os atos, portanto, em: 1) assertivos, 2) diretivos, 3) compromissivos, 4) expressivos, 5) declarativos.

Segundo Stanley Fish (1980, p. 244), a teoria dos atos de fala não é uma retórica, nem uma psicologia, nem uma base para a estilística ou para a poética da narrativa, não servindo para a diferenciação entre discurso literário e discurso não literário nem entre fato e ficção. A teoria, no entanto, esclarece as condições de inteligibilidade das elocuições, descreve o que significa significar algo em comunidade, e os procedimentos que precisam ser instituídos antes que alguém possa sequer dizer ter sido compreendido (FISH, 1980, p. 245).

3.2. UTILIDADE DA TEORIA PARA A DOGMÁTICA JURÍDICA

A conexão entre a teoria dos atos de fala e a dogmática jurídica não é nova, tanto que Harm Kloosterhuis (2015) atribui a sua origem às primeiras publicações de Herbert Hart, passando por Neil McCormick e Andrei Marmor.

Seguindo essa trilha, Kloosterhuis (2015) se dedica a aplicar a teoria dos atos de fala ao esclarecimento de um problema que, segundo lhe parece, tem uma solução inadequada na dogmática jurídica, que é a aplicação do tipo de “insulto” do Código Penal dos Países Baixos (CPPB).

Segundo o art. 137c do CPPB, é delito de insulto uma manifestação verbal, escrita ou pictórica, pública e intencional, que veicule uma representação insultuosa para um grupo de pessoas em razão de sua raça, religião, crença, orientação sexual ou deficiência física, mental ou intelectual (VENICE COMMISSION, 2010, p. 198).

A figura delitiva não tem correspondente exato no direito brasileiro, equivalendo a uma combinação entre a injúria discriminatória (art. 140, § 3º, do CP) (BRASIL, 1940) a injúria racial (art. 2º-A da Lei nº 7.716/1989) (BRASIL, 1989b) e a promoção da discriminação racial, nacional, étnica ou homofóbica (art. 20 da Lei 7.716/1989) (BRASIL, 1989b).

Kloosterhuis (2015) pretende discutir um caso em que a Suprema Corte dos Países Baixos inocentou um cidadão que afixou um cartaz em sua janela com a o texto “Pare o câncer chamado Islã”, por entender que

a ofensa a uma religião não significaria automaticamente uma ofensa aos seus fiéis.

O autor prossegue afirmando que a decisão despertou muitas críticas na opinião pública e levou a uma reflexão sobre a insuficiência dos principais critérios decisórios aplicados nos casos de insulto, a saber o “sentido da manifestação no contexto” e as “circunstâncias específicas do caso” (KLOOSTERHUIS, 2015).

Ao invés disso, ele se propõe a buscar na teoria dos atos de fala uma explicação mais segura, sendo que, ao analisar seis exemplos de expressões consideradas insultuosas nos Países Baixos, e compará-las à classificação dos atos de fala de Searle, Kloosterhuis (2015) conclui que nenhum dos cinco tipos - assertivos, diretivos, compromissivos, expressivos e declarativos - constitui, por si só, um insulto, e que a ofensa é um efeito perlocucionário de atos de fala que podem ser de diferentes tipos; dentre os seus exemplos, o autor lista insultos que correspondem a atos assertivos, compromissivos e expressivos, dos quais a ofensa é apenas um efeito perlocucionário indireto.

Por não encontrar na classificação de Searle a resposta para o problema, Kloosterhuis (2015) passa a analisar a obra de Paul Grice (2002), segundo a qual a comunicação parte do princípio da cooperação entre os interlocutores, que é regido por máximas de quatro categorias: quantidade, qualidade, relação e modo (GRICE, 2002, p. 26); quanto à quantidade, o princípio impõe que o emissor seja tão informativo quanto lhe é exigido nas circunstâncias, nem mais, nem menos; quanto à qualidade, que o emissor não diga algo que crê ser falso nem sustente nada sem as devidas provas da veracidade; quanto à relação, que o emissor diga algo relevante; quanto ao modo, que o emissor evite obscuridade, ambiguidade, prolixidade e que mantenha um discurso organizado (GRICE, 2002, p. 26-27).

Diante disso, Kloosterhuis (2015) conclui que o insulto é um efeito perlocucionário produzido quando alguma dessas máximas é violada de maneira a ofender o grupo protegido pela legislação, mas reconhece que, por ser um efeito perlocucionário indireto, o emissor da elocução ofensiva frequentemente opera num âmbito de negativa plausível, o que facilita a adoção de práticas de comunicação estratégica em que o agente alcança o efeito perlocucionário de ofender sem comprometer-se com o ato de ofender, podendo negar ter tido a intenção de fazê-lo.

Ainda que o autor não ofereça uma solução infalível a partir da teoria dos atos de fala, ele constata bem a insuficiência da dogmática jurídica e aponta caminhos que permitem identificar, ao menos, as causas da insegurança na aplicação do dispositivo do Código Penal dos Países Baixos.

Na presente investigação, não se discute o regime geral da liberdade de expressão, e sim a garantia qualificada da imunidade material dos parlamentares, e, por isso, é possível que a teoria dos atos de fala, tal como qualificada por Searle, ofereça uma resposta mais exata para o problema do abuso das imunidades do que a busca por Kloosterhuis para o delito de insulto, sem que sequer seja preciso recorrer às contribuições de outros autores, como Grice.

Quando se analisa a redação do dispositivo constitucional acerca da imunidade parlamentar, duas classes de atos de fala chamam logo a atenção: os atos diretivos e os atos compromissivos.

Se a imunidade por “opiniões, palavras e votos” fosse absoluta, os atos diretivos consistentes na ordenação do cometimento de um delito por um terceiro (como é o caso da acusação que recai sobre a Deputada Flordelis, que teria mandado matar o seu marido) e os atos compromissivos consistentes numa promessa de vantagem indevida a um funcionário público ou na aceitação de uma vantagem indevida oferecida por um funcionário público ou por um particular (como nos muitos casos de parlamentares processados e condenados por corrupção ativa e passiva) seriam civil e penalmente imunes, o que seria uma interpretação absurda em sentido pragmático, ou seja, absurda porque, mesmo não possuindo nenhum defeito no silogismo, produz consequências inaceitáveis (BUS-TAMANTE, 2012, p. 9).

A doutrina tradicional não se atenta a essas consequências da literalidade, e sim a outras, e por isso começou a se formar um consenso a respeito de uma interpretação mais restritiva das imunidades, para restringi-las a atos praticados no exercício do mandato, embora, nesses casos extremos, não é impossível que a ordenação de um crime e a aceitação de uma vantagem indevida sejam justamente praticadas no exercício do cargo.

Desta forma, com a exclusão inicial dos atos diretivos (em que o emissor influencia o comportamento de um terceiro, por não poder ou não querer praticá-lo pessoalmente) e dos atos compromissivos (em que o emissor promete ou ameaça fazer algo no futuro) do âmbito da imuni-

dade parlamentar, consegue-se, a um só tempo, preservar a integridade da imunidade nos casos em que o discurso do parlamentar não buscava uma transformação direta do mundo, mas apenas a sua avaliação, crítica, elogio ou repúdio, e, por outro, não é preciso recorrer a uma interpretação restritiva que ameace a essência do instituto.

Os atos diretivos vão muito além do exemplo mais evidente da conduta do mandante de um crime, e abrangem também os casos em que a conduta do terceiro, influenciada pelo emissor, não é punível, apesar de moralmente indesejada, como no incentivo ao suicídio ou à automutilação (art. 122 do CP) ou no induzimento à prostituição (art. 228 do CP) (BRASIL, 1940).

Até mesmo atos que, à primeira vista, seriam assertivos, como se verá a seguir, em razão da condição de compromisso com a veracidade do conteúdo propositivo da elocução, podem ser atos diretivos, como a denúncia caluniosa (art. 339 do CP) e a comunicação falsa de crime (art. 340 do CP) em que uma declaração com conteúdo propositivo falso dá causa à instauração de investigação por uma autoridade (BRASIL, 1940).

Assim sendo, todas essas hipóteses admitiriam a responsabilização penal do parlamentar, de acordo com o rito previsto no ordenamento jurídico, independentemente de a elocução ter ou não relação com o exercício do mandato eletivo.

Com isso, percebe-se que a teoria dos atos de fala pode, pelo menos *a priori*, servir como um guia consistente para definir a extensão das imunidades parlamentares, mas agora é preciso analisar se os outros três tipos de ato, os assertivos, os expressivos e os declaratórios, devem ou não ser abarcados, e as consequências da sua inclusão ou exclusão.

Nesses casos, um critério possível, na classificação de Searle (1969, p. 3), é o da direção dos atos de fala na relação entre o discurso e o mundo (“*direction of fit*”). Segundo o autor, alguns atos buscam uma correspondência do discurso com o mundo, chamados, neste trabalho, de atos representativos; outros, uma correspondência do mundo ao discurso, neste trabalho chamados de atos modificativos (SEARLE, 1969, p. 3).

Ao tratar da direção entre discurso e mundo de cada um dos cinco tipos de atos de fala, Searle (1969, p. 12) afirma que os atos assertivos têm direcionamento do discurso ao mundo (atos representativos), que os atos diretivos, comissivos e declarativos têm direcionamento do mundo

ao discurso (atos modificativos) (SEARLE, 1969, p. 13-14; 16-17) e que os atos expressivos não têm nenhum direcionamento especial, nem do mundo ao discurso nem do discurso ao mundo, e que a veracidade da proposição exposta é pressuposta (SEARLE, 1969, p. 15).

Expondo uma divergência parcial com Searle, pode-se entender os atos expressivos como tendo direcionamento do discurso ao mundo, nesse caso específico ao mundo interior do emissor, seus pensamentos e seus sentimentos, o que permitiria que eles ocupassem a mesma posição dos atos assertivos, enquanto atos representativos.

Tendo ficado claro que os atos diretivos e compromissivos estão sujeitos à responsabilização, porque passam do discurso à ação, servindo como atos modificativos, pode-se, em oposição, afirmar com tranquilidade que os atos sem essa característica, os assertivos e expressivos da classificação de Searle, estão protegidos pela imunidade parlamentar por se tratarem de atos representativos.

Permaneceria como dúvida o tratamento dos atos declarativos, que, por um lado, são modificativos como os diretivos e os compromissivos, mas, por outro, não transformam o mundo nem por influenciar o comportamento do interlocutor, nem por comprometer o emissor com uma ação futura, e sim por uma qualidade da própria elocução, que constitui ou modifica um estado de coisas por ter sido emitida sob as condições institucionais devidas.

Os atos assertivos, que envolvem uma declaração com pretensão de veracidade sobre um estado de coisas do mundo, dizem respeito ao âmbito das “palavras” e “opiniões” dos parlamentares, podem reunir, em seu conteúdo propositivo, enunciados descritivos de uma situação de fato, ou opinativos a respeito desse fato.

Tais atos podem facilmente preencher os tipos penais dos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria), e, sob esse ponto de vista, o interesse da presente investigação, referente às imunidades penais, diz respeito às formas dolosas dessas condutas, já que nenhuma delas admite modalidade culposa.

Assim, se um parlamentar acusa um terceiro de ter praticado um crime, descrevendo-o, de que saiba ser o terceiro inocente, quando imputa a um terceiro um fato que não configura crime, mas desonroso à sua reputação, ou quando um/uma parlamentar atribui qualidades desonrosas

a um terceiro, se se interpretar a imunidade de maneira absoluta, pouco importa se o ato está ou não relacionado ao exercício do mandato.

Podem, também, preencher diversos tipos penais contra a Administração Pública e a Administração da Justiça, como o desacato (art. 331 do CP), a autoacusação falsa (art. 341 do CP) e o falso testemunho (art. 342 do CP) (BRASIL, 1940).

É preciso lembrar que, nos casos de difamação (art. 139 do CP) e injúria (art. 140 do CP) (BRASIL, 1940), a imunidade é conferida não só aos parlamentares, mas também aos advogados, nesse caso por previsão legal. Quanto à imunidade por desacato, o Estatuto da OAB foi declarado inconstitucional, visto que, de acordo com o STF, “a imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional (BRASIL, 2010). Assim, se mesmo outras categorias estão autorizadas a praticar tipos penais danosos à honra objetiva e subjetiva no exercício da sua profissão, não há por que negar aos parlamentares a mesma prerrogativa, lembrando que, no campo da injúria ou difamação, não se está discutindo a punição da iteração de uma mentira, e sim de uma sentença assertiva factualmente correta, mas desonrosa (difamação) ou de uma sentença assertiva não factual, e sim de conteúdo opinativo (injúria).

A prática do tipo penal de calúnia (art. 138 do CP) gera um problema mais complexo, que é a elocução de uma sentença falsa e que, além disso, imputa a um terceiro a prática de um crime de que o emissor sabe ser ele inocente. Não se trata aqui, por exemplo, da divergência sobre a capitulação jurídica de um fato, e sim da descrição do próprio fato (BRASIL, 1940).

Como dito mais acima, quando a imputação falsa de um crime provoca a ação das autoridades, trata-se de um ato diretivo consistente no crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP) ou de comunicação falsa de crime (art. 340 do CP), que não estaria coberto pelas imunidades (BRASIL, 1940).

Considerando que o mandato parlamentar, por natureza, serve à fiscalização da conduta de outros agentes públicos, em especial do Poder Executivo, é bastante provável que, durante o seu exercício, o parlamentar impute a um agente público (ou a um particular) a prática de um delito, e negar a incidência da imunidade nesse caso deixaria o parlamentar bastante vulnerável a ações judiciais, criminais ou cíveis, dos imputados.

Para responsabilizar o parlamentar que formula reiteradas acusações falsas contra terceiros, a solução constitucionalmente possível seria a cassação do mandato por quebra de decoro parlamentar, consistente no abuso das prerrogativas, para que, dali por diante, retornando à condição de cidadão comum, só então o emissor pudesse ser responsabilizado penalmente, em caso de nova infração contra a honra.

Dito isso, surge o primeiro teste importante da teoria dos atos de fala e, ao contrário do imaginado, ele não se refere a um caso em que a imunidade seria excessivamente ampliada, e sim a uma situação em que a imunidade seria excessivamente restringida: como a denúncia caluniosa e a comunicação falsa de crime, adotando a classificação de Searle, são atos diretivos, o parlamentar estaria potencialmente exposto a uma multiplicidade de ações judiciais, já que, pela força do próprio cargo que exerce, a imputação de um delito a alguém por um/uma parlamentar provavelmente provocará a ação das autoridades competentes, pouco importando se a elocução ocorreu no exercício do cargo ou fora dele.

Ainda no campo dos atos assertivos que podem configurar crimes contra a administração da justiça, a autoacusação falsa (art. 341 do CP) e o falso testemunho (art. 342 do CP) (BRASIL, 1940) têm a particularidade de serem praticados fora do exercício do mandato, ainda que possam estar relacionados a ele. Nesse caso, a compreensão do ato de fala como assertivo e, por isso, imune, ofereceria o teste contrário ao anterior: ter-se-ia uma ampliação indevida da imunidade, autorizando, na prática, que o parlamentar mentisse em juízo. A solução oposta é compreender também essas duas condutas como atos diretivos, na medida em que tentam influenciar uma atitude ou uma decisão de uma autoridade e, portanto, como atos não cobertos pela imunidade.

O passo seguinte é considerar os atos expressivos, em que o parlamentar manifesta um sentimento pessoal, que pode ser, também, uma manifestação do sentimento do seu eleitorado. Em princípio, está-se diante do âmbito mais essencial da imunidade, com a proteção das “opiniões”, mas, também nesse caso, pode-se estar diante de uma conduta que, não fosse a imunidade, seria penalmente típica, como um ato de injúria racial ou xenófoba (art. 2º-A da Lei nº 7.716/1989) (BRASIL, 1989b), ou da promoção da discriminação racial, nacional, étnica ou homofóbica (art. 20 da Lei 7.716/1989) (BRASIL, 1989b).

É preciso lembrar que o argumento frequente na jurisprudência de que a “imunidade não pode ser salvo-conduto para a prática de crimes” é falacioso, afinal, a inviolabilidade penal pelas opiniões, palavras e votos é exatamente uma autorização para praticar fatos que, em outras circunstâncias, seriam criminosos, portanto a grande questão é saber se e como essa autorização para praticar fatos penalmente típicos, concedida pela Constituição aos parlamentares, pode e deve ser limitada.

O segundo critério, da restrição da imunidade aos atos praticados no exercício do mandato, pode, igualmente, ser ineficaz, já que a ofensa racial ou xenófoba pode ser manifestada pelo parlamentar num debate legislativo sobre imigração ou cotas raciais nas universidades ou no serviço público.

Também nesse caso é preciso compreender que a imunidade parlamentar é um instrumento fundamental para a preservação da liberdade de expressão e do pluralismo, para evitar que qualquer discordância, mesmo que racional e respeitosa, de parlamentares a respeito de políticas públicas, destinadas a atender determinados grupos raciais e étnicos, seja vista como ofensiva a esses grupos e, portanto, tornem os deputados e senadores vulneráveis a processos cíveis e criminais.

Assim como no caso do crime de calúnia, o limite para o parlamentar que emite reiteradas manifestações racistas, xenófobas e homofóbicas deve ser a limitação feita pelo próprio Parlamento, prevista pela Constituição: cassação do mandato por quebra de decoro consistente no abuso das prerrogativas.

A questão mais complexa envolvendo os atos expressivos diz respeito aos atos performativos indiretos, quando a manifestação de um sentimento funciona como uma incitação ao crime (ato direto) ou uma ameaça (ato compromisso) veladas.

O Código Penal (CP) prevê a possibilidade de atos performativos indiretos apenas no capítulo dos crimes contra a honra, em que o art. 144 do CP permite que o ofendido peça explicações ao ofensor “indireto”, quando “de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria” (BRASIL, 1940), respondendo pela ofensa quem se recusa a dar explicações ou dá explicações insatisfatórias, o que significa que, diante da não apresentação ou da não aceitação das explicações, a persecução penal prosseguirá com o seu rito próprio, para, se for o caso, resultar em alguma consequência jurídica desfavorável ao agente (BIT-

TENCOURT, 2016b, p. 421). Embora não exista previsão semelhante nos casos de ameaça (art. 147 do CP) ou de incitação ao crime (art. 286 do CP) (BRASIL, 1940), a lógica subjacente é a mesma. Como, nesse caso, não há procedimento legal de pedido de informações, resta analisar o caso para deduzir se se trata de ato performativo indireto doloso ou culposo, sem ignorar, evidentemente, o papel importante do princípio do *in dubio pro reo* em casos dessa natureza.

Por fim, os atos declarativos são o campo da imunidade do parlamentar por seus “votos”, sejam eles proferidos na função típica de legislador, sejam eles proferidos nas funções atípicas de investigador ou de julgador, nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) e nos processos de *impeachment*. Neles, ainda que o voto seja contrário à verdade ou à consciência do investigador ou julgador, não há como restringir a proteção constitucional, exceto se esses votos tiverem sido contaminados, por exemplo, pelo recebimento de uma vantagem indevida, e aí a responsabilização não será pelo ato declarativo consistente no próprio voto, e sim no ato compromissivo, de corrupção, que o antecedeu.

Ainda que se trate de atos modificativos, que têm a mesma direção de adequação entre discurso e mundo dos atos diretivos e compromissivos que, como foi exposto, não estão abrangidos pela imunidade parlamentar, no caso dos atos declarativos a proteção constitucional se mantém porque a transformação do mundo não decorre de uma ação alheia incentivada pelo emissor nem de uma ação futura prometida pelo emissor, mas é uma consequência direta da própria elocução, desde que emitida nas condições institucionais devidas, no caso, a condição de parlamentar do emissor e a prática do ato - voto, parecer, relatório, julgamento - em razão de um dos seus deveres funcionais no exercício do mandato.

Em resumo, a aplicação da teoria dos atos de fala, na classificação de Searle, à definição das imunidades parlamentares, levaria à exclusão dos atos diretivos e dos atos compromissivos do âmbito da proteção constitucional, já que, nesses casos, o sujeito passa da palavra à ação, pouco importando se a prática está ou não relacionada ao exercício do mandato, e levaria à inclusão dos atos assertivos, dos atos expressivos e dos atos declarativos no âmbito da proteção constitucional, sendo, respectivamente, relacionados à proteção das opiniões, das palavras e dos votos dos parlamentares.

Quanto ao risco de restrição excessiva das imunidades, o principal teste da teoria diz respeito à classificação dos fatos típicos de denúncia caluniosa e de falsa comunicação de crime como atos diretivos e, portanto, excluídos do âmbito de proteção, o que tornaria os parlamentares excessivamente vulneráveis a ações penais e civis em caso do exercício das funções tipicamente fiscalizatórias do Parlamento.

Quanto ao risco de ampliação excessiva das imunidades, o principal teste da teoria diz respeito à classificação dos fatos típicos de injúria discriminatória (art. 140, § 3º, do CP) de injúria racial (art. 2º-A da Lei nº 7.716/1989 e de discriminação racial, nacional, xenófoba ou homofóbica (art. 20 da Lei 7.716/1989) (BRASIL, 1989b) como atos expressivos e, portanto, incluídos no âmbito da proteção, e sujeitos apenas à limitação feita pelo próprio Parlamento, que é a cassação do mandato por abuso das prerrogativas, sendo que o agente, só depois de retornar à condição de cidadão/cidadã comum, seria responsabilizado em caso de nova infração penal.

A aplicação de uma teoria que deixe a salvo da responsabilidade civil ou criminal os atos assertivos, expressivos e declarativos dos parlamentares, independentemente do seu conteúdo, reduziria as possibilidades de intervenção do Poder Judiciário e aumentaria a responsabilidade do Poder Legislativo diante de manifestações intoleráveis e, por isso, indecorosas e passíveis de sanção disciplinar.

Por outro lado, a responsabilização pelos atos diretivos e compromissivos traçaria uma linha clara além da qual os parlamentares saberiam estar sujeitos à responsabilização pelo Poder Judiciário, permanecendo como zona de incerteza os atos diretivos e compromissivos indiretos, manifestados pelos parlamentares sob a forma aparente de atos assertivos, expressivos e declarativos, o que já ocorre mesmo com o atual entendimento jurisprudencial.

As soluções possíveis para o problema do abuso da imunidade material dos parlamentares - de um lado, a teoria dos atos de fala; do outro, o entendimento jurisprudencial segundo o qual são relevantes o local da elocução e o seu nexos funcional - serão testadas no próximo capítulo, tendo em vista não só as situações em que os intolerantes são minoritários e insurgentes, mas também a possibilidade nada desprezível de que os intolerantes obtenham aprovação majoritária circunstancial, ou mesmo duradoura, alcancem o poder político por meio do sufrágio e

passem a preencher os cargos não eletivos dos órgãos responsáveis pela aplicação do direito e pela persecução penal com agentes que partilhem da sua visão de mundo.

É evidente que, por si só, o compromisso com uma determinada teoria não é capaz de evitar a erosão da democracia, mas pode servir como um dos diversos instrumentos de resistência não violenta às tentativas oblíquas de, em nome da liberdade de expressão e do pluralismo político, enfraquecer esses mesmos valores.

AS IMUNIDADES PARLAMENTARES À LUZ DA TEORIA DOS ATOS DE FALA

Apresentadas as principais questões teóricas de interesse da presente investigação, a seguir analisaremos três casos concretos recentes e notórios da disputa política no Brasil, em que a tensão entre liberdade e tolerância ficou muito evidenciada, e verificaremos se a teoria dos atos de fala oferece uma solução mais satisfatória do que a jurisprudência predominante do STF, que seja a um só tempo eficaz e garantista, para o problema dos abusos das imunidades parlamentares.

4.1 RESTRIÇÕES ÀS IMUNIDADES MATERIAIS NO CASO DEP. JAIR BOLSONARO VS. DEP. MARIA DO ROSÁRIO

Um dos casos mais notórios de restrição do alcance das imunidades parlamentares diz respeito à manifestação do então deputado federal e ex-presidente da república Jair Bolsonaro, referente à também deputada federal Maria do Rosário.

Os parlamentares tiveram um debate acalorado com troca de insultos, no dia 11/11/2003, no Salão Verde do Congresso Nacional, referente às propostas de redução da maioria penal, em que, segundo as notas taquigráficas da Câmara dos Deputados, ocorreu o seguinte diálogo:

A SRA. DEPUTADA MARIA DO ROSÁRIO - O senhor é que promove essa morte, *(corte na gravação. Ininteligível.)*

O SR. DEPUTADO JAIR BOLSONARO - Estupro?

A SRA. DEPUTADA MARIA DO ROSÁRIO - É, é o senhor que promove, o senhor promove, sim.

O SR. DEPUTADO JAIR BOLSONARO - (*Ininteligível.*) Grava aí, grava aí, grava aí que eu sou estuprador, agora.

A SRA. DEPUTADA MARIA DO ROSÁRIO - É.

O SR. DEPUTADO JAIR BOLSONARO - Olha, jamais eu ia estuprar você, porque você não merece.

A SRA. DEPUTADA MARIA DO ROSÁRIO - Olha, espero que não, porque senão dou-lhe uma bofetada.

O SR. DEPUTADO JAIR BOLSONARO - Dá que eu te dou outra. Dá que eu te dou outra. Dá que eu te dou outra.

A SRA. DEPUTADA MARIA DO ROSÁRIO - O que é isso?

O SR. DEPUTADO JAIR BOLSONARO - Me chamou de estuprador. Você me chamou de estuprador, perdeu a moral, vagabunda.

A SRA. DEPUTADA MARIA DO ROSÁRIO - O que é isso aqui? O que é isso aqui? O que é isso aqui? Desequilibrado! O que é isso, seu desequilibrado? Mas o que é isso? Mas o que é isso aqui? Ele me chamou de vagabunda (BRASIL, 2003).

No dia 9/12/2014, numa Sessão da Câmara dos Deputados que tratava do Dia Internacional dos Direitos Humanos, o deputado Jair Bolsonaro referiu-se ao incidente anterior, nos seguintes termos:

O SR. JAIR BOLSONARO (Bloco/PP-RJ. Sem revisão do orador.) - Não saia, não, Maria do Rosário, fique aí. Fique aí, Maria do Rosário. Há poucos dias você me chamou de estuprador no Salão Verde e eu falei que eu não a estuprava porque você não merece. Fique aqui para ouvir. E, Sr. Presidente, o senhor não pode tomar partido de posições de Parlamentares aqui, não. E, quando eu sair daqui, eu vou ocupar o seu espaço aí, que pertence a mim (BRASIL, 2014a).

No dia seguinte, em 10/12/2014, numa entrevista concedida ao Jornal Zero Hora, no seu gabinete parlamentar, o deputado, questionado sobre o insulto da véspera, respondeu “Não merece porque ela é muito ruim, porque ela é muito feia, não faz meu gênero, jamais a estupraria. Eu não sou estuprador, mas, se fosse, não iria estuprar, porque não merece” (FOSTER, 2014).

Muito embora o caso ainda não tenha sido julgado, e esteja suspenso, em razão da posterior eleição e posse do deputado no cargo de Presidente da República (BRASIL, 2019b), pode-se tomar o exemplo porque o STF, na decisão que recebeu a denúncia (Inquérito 3.932) por incitação ao crime (art. 286 do CP) e a queixa-crime (Petição 5.243) por injúria (art. 140 do CP) contra o parlamentar, disse que a sua manifestação verbal não estaria coberta pelas imunidades parlamentares (BRASIL, 2016), muito embora a discussão de mérito sobre se as manifestações são injuriosas e se foram feitas em contexto de retorsão imediata ainda não tenha sido travada pela corte.

O julgamento conjunto deu origem às Ações Penais 1.007 e 1.008, e o acórdão trouxe, em síntese, os seguintes fundamentos:

Que, para o reconhecimento das imunidades parlamentares, é preciso fazer uma distinção entre as manifestações verbais ocorridas no recinto do Parlamento, que dispensariam a verificação do nexos com o exercício do mandato, e as ocorridas fora do recinto, que exigiriam a verificação do nexos funcional para a incidência da proteção constitucional.

Que o fato de a entrevista ter sido concedida no gabinete do deputado era meramente acidental, já que não foi ali que as ofensas se tornaram públicas, e sim através da imprensa e da internet (BRASIL, 2016).

O precedente invocado pela Corte foi o do Inquérito 3.814, que dizia respeito à ação penal privada proposta pelo então Governador do Estado de Roraima, José de Anchieta Júnior, contra o então senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, pela suposta prática dos delitos de calúnia, injúria e difamação, consistente numa manifestação ocorrida em 05/12/2013, no Senado Federal, em que o senador acusava o governador de prática de crimes contra a administração pública e de envolvimento com uma rede de pedofilia.

A Ministra Rosa Weber, relatora do caso, embora reconhecendo a jurisprudência do STF que tem restringido a imunidade, nos crimes contra a honra, aos atos com nexos funcional, destacou que, quando as supostas ofensas são proferidas no recinto do Parlamento, a inviolabilidade é absoluta e, por isso, a queixa-crime deve ser rejeitada, no que foi acompanhada pelos outros ministros (BRASIL, 2014b).

Comparada à incidência da teoria dos atos de fala, a solução dada pelo STF a esses casos, baseada no local da elocução, tornando, a de-

pendor do caso, indispensável ou dispensável a demonstração do nexo funcional, geraria as seguintes consequências:

Quando a elocução ocorrer no recinto do Parlamento, a solução dada pelo STF implicará uma extensão maior da imunidade parlamentar e, com isso, protegerá também os atos diretivos (incitações ao crime) e os atos compromissivos (ameaças) dos parlamentares, permitindo apenas a limitação feita pelo próprio Parlamento da manifestação (processo por quebra de decoro com potencial perda do mandato), mas sem repercussão penal.

Cabe notar que, embora a inicial acusatória tenha sido por crimes contra a honra, o discurso apurado no Inquérito 3.814 foi claramente um ato diretivo, na medida em que o senador, com sua manifestação, visava a provocar a ação das autoridades competentes contra o governador que, se viesse a ocorrer, e ficasse provada a falsidade dolosa das acusações, preencheria em tese o tipo de denúncia caluniosa (art. 339 do CP). Para esse caso, só restaria a limitação feita pelo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados.

A esse respeito, é interessante analisar o caso do deputado Eduardo Bolsonaro, filho do ex-Presidente da República, que declarou, no dia 28/10/2019, em entrevista à jornalista Neda Nagle, publicada no YouTube, o seguinte:

Tudo é “culpa do Bolsonaro”, percebeu? Fogo na Amazônia - que sempre ocorre; eu já morei lá em Rondônia, sei como é que é; [...] óleo no Nordeste: “culpa do Bolsonaro”. Daqui a pouco vai passar esse óleo, tudo vai ficar limpo, vai vir uma outra coisa, qualquer coisa: “culpa do Bolsonaro”. Se a esquerda radicalizar a esse ponto, a gente vai precisar ter uma resposta. E uma resposta, ela pode ser via um novo AI5; pode ser via uma legislação aprovada através de um plebiscito, como ocorreu na Itália... alguma resposta vai ter que ser dada. O que faz um país forte não é um Estado forte: são indivíduos fortes. (BRASIL, 2019c)

Representado no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT), o deputado foi inocentado, tendo o Deputado Igor Timo, relator da representação, entendido que não houve excesso de linguagem, apenas manifestação política incisiva dentro dos limites legítimos do mandato parla-

mentar. No mesmo voto em que entendeu não haver quebra de decoro, o Relator sentiu a necessidade de expressar que “o AI5 foi um tempo obscuro e que o BRASIL não permite em tempo algum, referenciar ou citar com saudosismo tempos sombrios da nossa história” (BRASIL, 2021b).

Adotando a teoria dos atos de fala, a declaração do deputado Eduardo Bolsonaro poderia ser vista como ato compromissivo (ameaça) e, portanto, não coberto pela imunidade, sujeitando-o à responsabilização penal perante o STF, levando à discussão sobre o mérito (entre outras coisas, sobre a seriedade da ameaça (BITTENCOURT, 2016b, p. 445), mas sem excluir *a priori* o debate em razão das imunidades.

Nesse caso, até mesmo a teoria adotada pelo STF nos casos dos Inquéritos 3.814 e 3.932 condicionaria a fala do Deputado Eduardo Bolsonaro à verificação do nexu funcional, para afirmação ou negativa da imunidade parlamentar, na medida em que não foi proferida no recinto do Parlamento, e sim em entrevista a uma jornalista, veiculada na internet e, uma vez negada à imunidade parlamentar, exigiria a discussão do mérito.

Diante do risco de enfraquecimento das instituições democráticas pelo discurso intolerante, qual das soluções (a oferecida pela teoria dos atos de fala ou a que distingue o local da elocução, adotada pelo STF) oferece proteção mais eficiente?

Adotando a teoria dos atos de fala, ainda que seja preciso suportar o custo de atos assertivos, expressivos e declarativos claramente preconceituosos, grosseiros, danosos como os do deputado Jair Bolsonaro contra a deputada Maria do Rosário (que, mesmo quando o ofendeu inicialmente, o fez graças a uma provocação habilidosa e insistente do deputado para obter a declaração que desejava diante das câmeras), por outro lado é possível responsabilizar penalmente os parlamentares por atos diretivos e compromissivos mesmo que praticados dentro do recinto do Parlamento, como na acusação contra o próprio Jair Bolsonaro de que, além de ofender a honra da deputada, estaria ofendendo a paz pública com um discurso de incitação do crime de estupro.

Por outro lado, a definição da imunidade parlamentar em função do local da elocução, ainda que permita a responsabilização penal por manifestações externas, encontra as seguintes dificuldades: a primeira, de definir o que é o “recinto” do Parlamento, tanto no caso do Deputado, entrevistado em seu gabinete, como no caso das cada vez mais frequentes sessões telepresenciais da Câmara e do Senado; a segunda, referente à

definição do nexo funcional, já que a suposta ofensa, no caso do Senador Mozarildo contra o Governador Anchieta, poderia ter ocorrido numa entrevista a uma rede de televisão, e a acusação de envolvimento numa rede de pedofilia, que não tem relação necessária nem com o cargo de governador nem com a função fiscalizatória do parlamentar, poderia ser tratada como hipótese sem nexo funcional e, por isso, passível de responsabilização do parlamentar.

O ponto fundamental, no que diz respeito ao princípio da tolerância, é que a solução adotada pelo STF deixaria as instituições impotentes diante de discursos que vão além dos crimes contra a honra e se tornam verdadeira incitação ao crime, como, por exemplo, o incentivo a atos de ruptura da ordem democrática, desde que praticados no recinto do Parlamento, num discurso no Plenário ou em alguma das Comissões, até porque, com a transmissão ao vivo da atividade legislativa pela televisão, a sua repercussão, reforçada pelas redes sociais, teria impacto imediato.

A distinção entre apologia (ato assertivo ou expressivo) e incitação ao crime (ato diretivo) já foi feita pelo STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, em que o tribunal reconheceu a legitimidade das chamadas “Marchas da Maconha”, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 287 do CP (“Apologia ao Crime”), para excluir “qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas” (BRASIL, 2014c), lembrando, no acórdão, que a autorização dada pela corte não representava um salvo conduto à incitação ao crime nem ao incentivo ao uso de drogas (BRASIL, 2014c).

Partindo dessa definição, no caso das declarações do deputado Jair Bolsonaro sobre a deputada Maria do Rosário, a aplicação da teoria dos atos de fala levaria ao reconhecimento da sua imunidade com relação ao crime de injúria (ato assertivo ou expressivo), mas à possibilidade de responsabilização, em tese, pelo crime de incitação ao crime (ato diretivo), sendo preciso entrar no mérito para saber se, de fato, o conteúdo das suas declarações preenche ou não o tipo do art. 286 do CP.

4.2 RESTRIÇÕES ÀS IMUNIDADES PROCESSUAIS NO CASO SEN. DELCÍDIO DO AMARAL

Embora não esteja diretamente relacionada com o problema das imunidades materiais e, portanto, da teoria dos atos de fala, a prisão do

então Senador Delcídio do Amaral, ordenada pelo STF na Ação Cautelar 4.039 (BRASIL, 2015), será discutida por ter inaugurado uma nova forma de restrição às prerrogativas parlamentares, agora de natureza processual, e que se repetiria no caso que será o último e principal objeto de análise da presente investigação, em que a corte “decretou” uma “prisão em flagrante” e reconheceu a “inafiabilidade” do fato imputado ao Senador não em abstrato, a partir do rol dos crimes inafiançáveis, previsto no Código de Processo Penal e na Constituição, mas em concreto, valendo-se de previsão do CPP segundo a qual não cabe fiança sempre que couber a decretação da prisão preventiva.

A decisão do Ministro Teori Zavascki apreciou pedido de prisão preventiva formulado pelo Procurador-Geral da República contra o então Senador Delcídio do Amaral e, em primeiro lugar, reconheceu a existência de prova da materialidade e de indícios suficientes de autoria delitiva de crimes contra a administração da justiça, contra a administração pública, organização criminosa e lavagem de dinheiro, consistentes na realização de diversas reuniões entre o Senador, Bernardo Cerveró e Edson Ribeiro, este último advogado de Nestor Cerveró, preso preventivamente, com a oferta de vantagem financeira mensal à família (R\$ 50.000,00) e promessas de ingerência junto a ministros de Cortes Superiores, “sempre no sentido de que desistissem de firmar acordo de colaboração premiada e que não houvesse qualquer menção ao Senador Delcídio do Amaral, a André Esteves e ao banco BTG Pactual” (BRASIL, 2015), com relação aos supostos crimes ocorridos no âmbito da Petrobrás.

Em seguida, a decisão expôs os fundamentos da prisão preventiva, e apontou o risco à aplicação da lei penal, consiste na discussão, entre os envolvidos na reunião, gravada por Bernardo Cerveró, sobre “possíveis rotas de fuga, com utilização de aeronaves de contatos, formas de sair do país e de inutilização do monitoramento eletrônico” (BRASIL, 2015), em caso de libertação de Nestor Cerveró.

A decisão cautelar tem trinta e nove laudas, mas só a partir da trigésima quinta começa a discussão que interessa à presente investigação, a saber, a imunidade processual dos parlamentares.

Em primeiro lugar, para caracterizar a situação de flagrante delito, o ministro Zavascki sustenta que o crime de organização criminosa, um dos imputados ao senador, é de natureza permanente; em segundo lugar,

que a inafiançabilidade decorre do art. 324, IV, do Código de Processo Penal, segundo o qual não será concedida fiança “quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva”.

O Ministro deixa claro que não é possível prender preventivamente um deputado, mas apenas em flagrante de crime inafiançável e, para sustentar a sua interpretação da inafiançabilidade, além de apelar para a natureza relativa da imunidade processual, sustenta, de uma forma premonitória, que o referido caso é um atentado direto “contra a própria jurisdição do STF, único juízo competente constitucionalmente para a persecução penal em questão”.

No que viria a ser discutido com frequência muito maior, o Ministro Zavaski justifica a imposição da medida extrema ao Senador, embora sem utilizar essa expressão diretamente, como a medida necessária para combater o *contempt of court* (BRASIL, 2015, p. 37).

Note-se que, para a presente investigação, quanto à teoria dos atos de fala, não incidem as imunidades materiais, porque se trata de supostos atos compromissivos (oferta de vantagem financeira à família de Nestor Cerveró e promessa de auxílio na fuga) e diretivos (influência para que Nestor Cerveró não o delatasse) do Senador, mas foi preciso estudá-la porque a restrição da imunidade processual teve como fundamento a autopreservação das instituições judiciais, tese que se repetiria no caso do deputado Daniel Silveira.

Quanto à permanência da infração penal de organização criminosa, não há nenhum reparo doutrinário a fazer: de fato, o delito é de caráter permanente, embora as questões relativas à permanência da organização no momento da prisão sejam discutíveis, já que a decisão foi tomada no dia 24/11/2015, e a decisão refere-se a reuniões ocorridas nos dias 4/11/2015, 18/11/2015 e 19/11/2015, não havendo nenhuma referência a evento posterior ao dia 19.

Desta forma, não é categórica a demonstração da permanência (afinal a decisão foi tomada cinco dias depois da última reunião registrada), mas ao menos não se trata de um erro crasso, havendo a possibilidade concreta da permanência, sobretudo em razão da promessa de auxílio na fuga em caso de eventual libertação de Nestor Cerveró.

Impressiona, no entanto, a singeleza da fundamentação, com a menção pura e simples ao dispositivo legal, sem maiores considerações, a

respeito do caráter inafiançável da infração atribuída ao Senador e que, portanto, seria o último requisito para a sua prisão.

De fato, o emprego do termo “crime inafiançável” pelo Constituinte é reconhecidamente atécnico e, no âmbito penal, já despertou discussões acerca do seu alcance, se ele envolveria também, sob o ponto de vista processual, a proibição da concessão de liberdade provisória sem fiança, transformando, na prática, os crimes inafiançáveis em crimes de prisão preventiva obrigatória, mas diversas decisões judiciais e alterações legislativas (por exemplo, o HC 104.339, julgado pelo STF, referente à liberdade provisória no crime de tráfico de drogas, e a Lei 11.464/2007 (BRASIL, 2007), que passou a permitir a liberdade provisória sem fiança nas prisões por crimes hediondos) deixaram claro que a vedação constitucional refere-se apenas a essa cautelar específica, e não à concessão de liberdade provisória vinculada ou não a outras medidas cautelares pessoais, de natureza não pecuniária (PACELLI, 2017, p. 603) (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 1069-1071).

Além disso, há uma discussão importante a respeito do rol de crimes inafiançáveis. A Constituição considera inafiançáveis o tráfico de drogas, a tortura, o terrorismo, a ação de grupos armados contra o Estado, o racismo e os crimes definidos pelo legislador como hediondos, constantes da Lei 8.072/1990. Tal rol constitucional foi reproduzido, sem acréscimos, no art. 323 do Código de Processo Penal, pela alteração introduzida pela Lei n 12.403/2011).

Segundo a Lei 8.072/1990, o crime de organização criminosa só é inafiançável quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado, que não era o caso do Senador Delcídio, já que a lei não atribuiu natureza hedionda a nenhum dos crimes contra a administração pública ou contra a administração da justiça.

A atual lei dos crimes organizados, em vigor no momento da prisão do senador (Lei 12.850/2013), inclusive, revogou a previsão anterior, da Lei 9.034/1995, passando a admitir a fiança para os acusados por tais delitos (TÁVORA, ALENCAR, 2019, p. 1083).

Não podendo socorrer-se da inafiançabilidade em abstrato, o ministro Zavascki precisou sustentar uma inafiançabilidade em concreto, nos termos do art. 324, IV, do Código de Processo Penal, razão pela qual a decisão dedica tantas páginas à discussão dos pressupostos (*fumus commissi delicti*) e fundamentos (*periculum libertatis*) da prisão preventiva.

Gustavo Badaró (2018, p. 1133-1136), por exemplo, restringe a denominação “crimes inafiançáveis” aos delitos do art. 323 do CPP, que são a reprodução do rol constitucional, tratando as situações do art. 324 do CPP como “hipóteses de inafiançabilidade”; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2018, p. 924) igualmente restringem a denominação crimes inafiançáveis ao rol do art. 323 do CPP; Aury Lopes Jr. (2016, p. 713-715) adota a mesma distinção, entre “crimes inafiançáveis” e “situações de inafiançabilidade”, mas, ao longo do texto, adota uma terminologia menos uniforme, chamando de “situações de inafiançabilidade” tanto as do art. 323 como as do art. 324 do CPP. Por fim, Nestor Távora e Rosmar Alencar (2019, p. 1080-1081) optam por tratar as vedações do art. 323 do CPP como restrições constitucionais e as do art. 324 como restrições infraconstitucionais à fiança.

Assim, o termo “inafiançável” empregado pela Constituição, tanto para qualificar alguns crimes, como para restringir a prisão dos parlamentares aos flagrantes desses crimes, denota uma gravidade da conduta que tornaria intolerável a restituição da liberdade em troca de uma caução patrimonial. Por isso, não é absurda, *a priori*, a interpretação de que a inafiançabilidade possa ir além de um rol de crimes previstos abstratamente e permita a avaliação da maior gravidade no caso concreto.

O grande problema do reconhecimento da inafiançabilidade em concreto é que ela esvazia o conteúdo material da prerrogativa da imunidade processual, pois autoriza qualquer autoridade policial a julgar que um determinado delito, mesmo não estando no rol de crimes inafiançáveis, o é diante de sua gravidade concreta, e lavre o auto de prisão em flagrante do parlamentar conduzido por agentes policiais ou por qualquer do povo à sua presença, ressalvados apenas os casos para os quais não caiba, nem em abstrato, a prisão preventiva, nos termos do art. 313 do CPP: crimes culposos ou crimes dolosos com pena máxima em abstrato não superior a quatro anos, desde que o réu seja primário e não tenha descumprido medida cautelar anterior.

4.3 RESTRIÇÕES ÀS IMUNIDADES MATERIAIS E PROCESSUAIS NO CASO DEP. DANIEL SILVEIRA

Se o caso do então deputado Jair Bolsonaro é emblemático quanto à restrição das imunidades materiais, e o do ex-senador Delcídio do Amaral é o primeiro registrado de relativização da imunidade processual

à prisão, exceto quando em flagrante delito, o episódio envolvendo o deputado Daniel Silveira (PTB-RJ) (Pet. 9.456), além de envolver a restrição simultânea das duas imunidades (material e processual) é aquele em que o princípio da tolerância se manifesta mais claramente e que, portanto, exige uma análise mais aprofundada da resposta institucional ao seu comportamento.

Em 16/2/2021, o Deputado Daniel Silveira (PTB-RJ) foi preso por ordem do Ministro Alexandre de Moraes, expedida no Inquérito 4.781, por ter disponibilizado no canal do Youtube “Política Play” um vídeo de dezenove minutos e nove segundos, em que, nas palavras do ministro:

além de atacar frontalmente os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por meio de diversas ameaças e ofensas à honra, expressamente propaga a adoção de medidas antidemocráticas contra o Supremo Tribunal Federal, defendendo o AI-5; inclusive com a substituição imediata de todos os Ministros, bem como instigando a adoção de medidas violentas contra a vida e segurança dos mesmos, em clara afronta aos princípios democráticos, republicanos e da separação de poderes (BRASIL, 2021c, p. 1).

Duas questões que extrapolam o objeto da presente investigação, mas que são dignas de registro, devem ser mencionadas com brevidade: em primeiro lugar, o Inquérito 4.781 foi instaurado de ofício pelo presidente do STF, que designou o Ministro Alexandre de Moraes como relator, para apurar “notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas e demais infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2020, p. 29).

A instauração sem provocação do titular da ação penal ou da autoridade policial, e com base em dispositivo do regimento interno do tribunal, gerou forte discussão acerca da legitimidade do feito investigativo, levando à propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572, pela Rede Sustentabilidade, que argumentou que o art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) trata do poder de polícia interno, exigindo que o fato ocorra na sede do tribunal e, cumulativamente, envolva autoridade ou pessoa sujeita à jurisdição do STF, e que os dois requisitos estariam ausentes no caso, e por isso haveria

violação dos princípios da separação dos poderes, do juiz natural e do devido processo legal (BRASIL, 2020, p. 6).

O STF, no entanto, julgou improcedente a ação e considerou constitucionais tanto a Portaria GP 69/2019, que instaurou o inquérito, como o art. 43 do RISTF, que o fundamentou, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2020, p. 3).

Em segundo lugar, os delitos indicados pelo Ministro Alexandre de Moraes na decisão constavam da antiga Lei de Segurança Nacional, revogada meses depois pela Lei 14.197/2021, que passou a ser conhecida como Lei do Estado Democrático de Direito e incorporou alguns daqueles tipos ao CP.

O presente trabalho não tem o objetivo de analisar detidamente a constitucionalidade do Inquérito 4.781, nem as questões de direito intertemporal relativas à antiga Lei de Segurança Nacional, mas é preciso registrar que a prisão do deputado Daniel Silveira foi determinada no curso de uma investigação com objeto excessivamente amplo e que já estava em andamento quase dois anos antes dos fatos a ele imputados, e que foram enquadrados em tipos penais cuja legitimidade já era discutida na doutrina, por constarem de uma lei publicada durante a Ditadura Militar, e que estavam na iminência de sua revogação ou alteração pelo parlamento.

Assim, apesar do discurso contundente de defesa da democracia e das garantias fundamentais empregado pelo Ministro Alexandre de Moraes em sua decisão, não é possível ignorar que os instrumentos utilizados, apesar de validados pelo plenário do STF, parecem padecer dos mesmos vícios que o Ministro buscou combater ao ser confrontado com a manifestação agressiva do deputado, o que torna esse caso um exemplo pedagógico do paradoxo da tolerância.

Para compreender o que o vídeo representou, e aplicar com rigor a teoria dos atos de fala, é preciso recorrer à transcrição feita pelo sítio de internet Poder360 (2021). Dada a sua extensão, ela não será reproduzida à integralidade neste trabalho, mas é preciso começar dizendo que o teor é altamente ofensivo aos ministros da Suprema Corte, em especial ao Ministro Edson Fachin, mas boa parte dele não passou de um conjunto de atos assertivos e expressivos a respeito da formação intelectual dos ministros, à sua coragem, à avaliação de eventos ocorridos no Brasil (o tuíte do General Villas Boas em 2018) e no exterior (a invasão do Capi-

tólio dos Estados Unidos da América por um grupo de extrema-direita, incitado pelo então Presidente Donald Trump em 6/1/2021).

Num dado momento, fica claro que o Deputado se orgulha da virulência do seu discurso, quando afirma: “Ah, o quê? Eu estou sendo duro demais? Tô sendo o quê, ogro? Ah, tô sendo tosco? O que que você espera? Que eu seja o quê? Que eu tenha um tipo de comportamento adequado para tratar a Vossa Excelência? É claro que eu não vou ter” (PODER360, 2021).

Talvez o ponto mais importante para a análise, quanto à incidência da teoria dos atos de fala, seja a passagem em que o deputado diz que “sonha” com uma agressão física contra o Ministro Fachin:

Me desculpe, ministro, se estou um pouquinho alterado. Realmente eu tô. Por várias e várias vezes já te imaginei tomando uma surra. Ô... quantas vezes eu imaginei você e todos os integrantes dessa Corte. Quantas vezes eu imaginei você, na rua, levando uma surra. O que você vai falar? Que eu tô fomentando a violência? Não. Eu só imaginei. Ainda que eu premeditasse, ainda assim não seria crime. Você sabe que não seria crime. Você é um jurista pífio, mas sabe que esse mínimo é previsível.

Então, qualquer cidadão que conjecturar uma surra bem dada nessa sua cara com um gato morto até ele miar, de preferência, após cada refeição, não é crime (PODER360, 2021).

Aqui o Deputado sabe que está testando todos os limites da democracia e, considera, ou ao menos afirma, que não está excedendo os limites da sua liberdade de pensamento e de expressão, não só como parlamentar, mas até mesmo a que teria como cidadão comum, ao reproduzir uma das lições primárias do Direito Penal, segundo a qual a mera cogitação de um crime, quando não exteriorizada, é atípica.

Para verificar se esse trecho do discurso é apenas um ato expressivo, como o próprio Deputado quer fazer crer, ou um ato diretivo (“incitação da violência”) como ele diz não ser o caso, é preciso recorrer, na teoria dos atos de fala, ao conceito de ato performativo indireto.

John Searle explica que o caso mais simples da significação é a aquele em que o agente profere uma sentença que significa exatamente o que foi dito, mas que nas indiretas, nas insinuações, na ironia e na metáfora o

significado da elocução e o significado da sentença se afastam em diversos aspectos (SEARLE, 1979, p. 30).

Segundo o autor, o grande problema dos atos performativos indiretos é demonstrar como o interlocutor pode compreender que a sentença que ele escuta significa aquilo que ele compreendeu e algo mais (SEARLE, 1979, p. 31).

Como dito mais acima, Kloosterhuis (2015) aponta os efeitos perlocucionários indiretos como facilitadores da comunicação estratégica em que o agente produz um efeito operando num âmbito de negativa plausível, em que, se confrontado, negará o seu compromisso com o efeito produzido, afirmando não ter tido intenção de fazê-lo.

No caso do deputado Daniel Silveira, uma questão preliminar é definir que o seu discurso não é dirigido apenas aos ministros do STF, mas ao auditório universal, e muito especialmente aos seus seguidores, já que não se trata de uma comunicação privada, mas de uma publicação na rede mundial de computadores.

Searle (1979, p. 31) enfatiza que, em vários casos, a convenção social transforma as solicitações em atos indiretos, como nas frases “Você pode pegar o sal?” e “Você está pisando em meu pé”, que na verdade significam “Por favor, me passe o sal” e “Por favor, tire o pé de cima do meu”.

Para definir as condições em que é possível identificar um ato performativo indireto, Searle (1979, p. 44) aponta quatro condições (preparatória, de sinceridade, proposicional e essencial) para os atos diretivos e para os atos compromissivos, justamente aqueles apontados na presente investigação como os que excedem o âmbito da imunidade parlamentar.

A condição preparatória para o ato diretivo é: “o interlocutor é capaz de fazer algo”; para o compromissivo, “o emissor é capaz de fazer algo”; a condição de sinceridade para o ato diretivo é “o emissor deseja que o interlocutor faça algo”; para o compromissivo, “o emissor pretende fazer algo”; a condição proposicional para o ato diretivo é: “o emissor predica um ato futuro do interlocutor”; para o compromisso, é: “o emissor predica um ato futuro do emissor”; a condição essencial, para o ato diretivo é: “o ato deve contar como uma tentativa do emissor de levar o interlocutor a fazer algo”; para o ato compromisso, é “o ato deve contar como a assunção de uma obrigação, pelo emissor, de fazer algo” (SEARLE, 1979, p. 44).

As quatro formas principais de proferir um ato diretivo indireto, segundo Searle (1979, p. 45) são as seguintes:

O emissor pode fazer uma solicitação (ou outra diretiva) indireta ao questionar ou afirmar a capacidade do interlocutor de fazer algo;

O emissor pode fazer uma diretiva indireta ao questionar se ou afirmar como o interlocutor pode fazer algo;

O emissor pode fazer uma diretiva indireta ao questionar se ou afirmar que deseja que o interlocutor faça algo;

O emissor pode fazer uma diretiva indireta ao afirmar que ou questionar se existem boas razões para que algo seja feito, exceto quando a razão já é que o interlocutor queira fazer algo, caso em que o emissor só pode perguntar se ele deseja fazê-lo. (SEARLE, 1979, p. 45)

As duas últimas formas de praticar um ato diretivo relacionam-se, na dogmática penal, às modalidades da participação moral na conduta alheia por induzimento (quando se dá a alguém a ideia de fazer algo) ou por instigação (quando se alimenta a ideia, já existente, de alguém de fazer algo) (BITTENCOURT, 2016a, p. 565-566).

Todo o discurso anterior do deputado, que culmina na manifestação de seu “desejo” ou de sua “imaginação” de que os ministros da corte levem uma surra na rua, por mais que seja sucedida da afirmação, seja ela ingênua ou cínica, o que não é relevante para a presente investigação, de que isso não passa de uma “imaginação”, um desejo penalmente atípico, são um exemplo categórico de incentivo (seja por induzimento, seja por instigação) dos seus seguidores à prática da violência física contra os ministros do STF.

É perfeitamente possível que os seus seguidores abordem os ministros em suas residências, ou em espaços públicos, como restaurantes e aeroportos, já que não andam acompanhados de fortes esquemas de segurança como o Presidente da República, por isso a condição preparatória - capacidade dos seguidores de dar a surra nos ministros - está caracterizada.

Quanto às condições de sinceridade, proposicional e essencial, a elocução do parlamentar opera precisamente no campo que Kloosterhuis (2015) definiu como de negativa plausível: uma insinuação que, se explicitada, confere ao emissor a possibilidade de recuar, mas que desde o início fora capaz de produzir os efeitos pretendidos sobre os interlocutores.

Ainda há a possibilidade de enxergar o trecho do discurso do Deputado Daniel Silveira como uma ameaça (ato compromissivo) indireta. Sobre esses atos, Searle (1979, p. 56) aponta as seguintes formas:

O emissor pode fazer uma compromissiva indireta ao questionar ou afirmar a sua capacidade de fazer algo;

O emissor pode fazer uma compromissiva indireta ao questionar, e não afirmar, o desejo do interlocutor de que ele faça algo;

O emissor pode fazer uma compromissiva indireta ao afirmar, ou de algumas formas questionar, que é possível que ele faça algo;

O emissor pode fazer uma compromissiva indireta ao afirmar, mas sem questionar, a possibilidade de que ele pretenda fazer algo;

O emissor pode fazer uma compromissiva indireta ao afirmar que ou questionar se existem boas razões para que algo seja feito, exceto quando a razão já é que o emissor queira fazer algo, caso em que o emissor só pode afirmar, e não questionar, se ele próprio deseja fazê-lo.

Embora o CP só seja explícito com relação à possibilidade de interpelar alguém por conta de uma manifestação indireta no caso dos crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação), para que o emissor as explique (BITTENCOURT, 2016b, p. 420-421), há consenso doutrinário e jurisprudencial com relação à tipicidade penal da ameaça velada, tanto no que diz respeito ao próprio crime contra a liberdade individual do art. 147 do CP (BITTENCOURT, 2016b, p. 443), como com relação aos crimes patrimoniais violentos de roubo e de extorsão, em que a grave ameaça é uma das elementares do tipo.

A condição de sinceridade dos atos diretivos ou compromissivos indiretos corresponde à ideia do dolo na dogmática penal, que é exigido como elemento subjetivo dos delitos imputados ao deputado.

Sem aprofundar o complexo debate dogmático, pode-se dizer que a doutrina em geral identifica dois elementos do dolo: a consciência (elemento cognitivo) e a vontade (elemento volitivo) de realização dos elementos do tipo (BUSATO, 2015, p. 411) (QUEIROZ, 2016, p. 248). A verificação do dolo não é uma investigação psicológica do íntimo do agente, mas uma constatação possível a partir da sua manifestação, ou seja, do que foi externalizado.

Quanto à consciência de que a conduta projetada pelo agente realizará os elementos do tipo, basta a chamada consciência profana de que

os atos projetados têm a capacidade de produzir determinadas consequências, sendo dispensável a consciência da ilicitude da conduta (QUEIROZ, 2016, p. 257-259).

Quanto à vontade de realizá-los (elemento volitivo), ela deve envolver um compromisso do agente com a realização do resultado previsto ao projetar a conduta (BUSATO, 2015, p. 413-415), lembrando ainda que está abarcado não só o dolo direto (desejo de produção do resultado previsto ao projetar a conduta) mas também o eventual (em que a conduta projetada é praticada a despeito da previsão do resultado danoso, com desprezo pelas consequências) (BUSATO, 2015, p. 420-421).

No caso do parlamentar, para a verificação do elemento cognitivo, basta acompanhar o histórico das reações dos seus apoiadores às suas manifestações anteriores e, quanto ao elemento volitivo, basta notar que a conduta foi praticada no vídeo com total indiferença diante das consequências previstas.

É preciso destacar mais um trecho do discurso, em que o deputado Daniel Silveira critica decisões anteriores do Poder Judiciário que, em sua opinião, estariam restringindo indevidamente as imunidades parlamentares:

Então, como já dizia lá Ruy Barbosa, a pior ditadura é a do Judiciário, pois contra ela não há a quem recorrer. E, infelizmente, infelizmente, é verdade. Vide MP [Ministério Público]. Uma sucessão de merda. Um bando de militante totalmente lobotomizado fazendo um monte de merda. Esquecendo da prerrogativa parlamentar indo atrás da [deputada] Cris Tonietto porque ela falou a respeito de militantes LGBTs, sensualizando crianças, defendendo a ideologia de gênero nas escolas, na verdade, o sexo nas escolas com ideologia. E quando ela fala ela está respaldada, e eu falo por aqui o que eu aqui, e eu estou falando com base na liberdade de expressão que o cretino do Alexandre de Moraes, lá atrás, quando ele foi passar pela sabatina do Senado, falou mais de 17 vezes em menos de 1 minuto de vídeo, ‘liberdade de expressão, liberdade de expressão’ o tempo todo, tá, que está no artigo 5º, que é cláusula pétrea. A chamada cláusula de pedra. Salvo engano, inciso 9º ou inciso 16. Um é pra liberdade de expressão e um pra liberdade de manifestação. Aí, e também falo com base no artigo 53, garantia

constitucional. Eu acho que vocês não mereciam estar aí. E, por mim, claro, claro, que se vocês forem retirados daí, seja por nova nomeação, seja pela aposentadoria, seja por pressão popular, ou seja lá o que for. Claro que vocês serão presos, porque vocês serão investigados, então vocês não terão mais essa prerrogativa. Seria um pouco diferente. (PODER360, 2021)

Essa passagem demonstra que o caso é o mais importante para a presente investigação, já que o próprio emissor entende que pode estar dizendo algo potencialmente ofensivo aos ministros da Corte, mas considera-se legitimado a fazê-lo pela direito fundamental à liberdade de expressão e pela prerrogativa parlamentar da imunidade penal material.

Além disso, consegue deixar claro que o longo discurso, repleto de atos assertivos e expressivos propriamente ditos (críticas, juízos de valor desfavoráveis, ofensas) e de atos diretivos e compromissivos indiretos (incentivos à violência e ameaças veladas), tem além disso um sentido global: o de provocar ou desafiar o STF a agir contra ele, o que ocorreu logo em seguida, com a decretação da sua prisão.

O Ministro Alexandre de Moraes não fez nenhuma menção expressa à imunidade penal material dos parlamentares na decisão, mas iniciou sua fundamentação dizendo que

A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias a ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, artigos 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando o rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, artigo 60, §4º), com a consequente, instalação do arbítrio. (BRASIL, 2021c, p. 2)

Além disso, reconheceu o valor da liberdade de expressão e do pluralismo, mas afirmou que são inconstitucionais tanto as condutas que têm o objetivo de controlar e aniquilar o pensamento crítico, como aquelas pretendam destruí-lo.

Em seguida, entendeu que a sua conduta amoldava-se a diversos tipos penais da então vigente Lei de Segurança Nacional, a saber, o do art. 17 (“tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito”; o do art. 18 (“tentar impedir,

com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados”); o do art. 22, I (“fazer, em público, propaganda: I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social”), o do art. 23, I, II e IV (“Incitar: I - à subversão da ordem política ou social; II - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis (...) IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei”) e o do art. 26 (Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do STF, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação) (BRASIL, 1983).

Assim, o relator considerou tanto atos diretivos e compromissivos (arts. 17, 18 e 23) como atos assertivos e expressivos (arts. 22 e 26) como passíveis de responsabilização, apesar da prerrogativa parlamentar, sem ao menos seguir a tradição da Corte de diferenciar o local da elocução, se no recinto parlamentar ou fora dele, como critério relevante para a restrição da imunidade.

Sob o ponto de vista da presente investigação, não haveria a menor dúvida quanto à restrição da imunidade nos autos diretivos e compromissivos. A questão mais problemática, novamente, diz respeito às imunidades processuais.

Assim como no caso do Senador Delcídio do Amaral, o ministro relator entendeu tratar-se de delito permanente e inafiançável, recorrendo ao art. 324, IV, do CPP (BRASIL, 2021c, p. 7), para afirmar a sua inafiançabilidade em concreto, já que aqueles tipos da Lei de Segurança Nacional não integram o rol de crimes inafiançáveis em abstrato.

Quanto à permanência, diferentemente do caso do Senador Delcídio do Amaral, as condutas imputadas ao Deputado Daniel Silveira, pela sua estrutura típica, são, todas elas, instantâneas, ainda que possam ser reiteradas e configurar continuidade delitiva.

Ocorre que, segundo o Ministro:

verifica-se que o parlamentar DANIEL SILVEIRA, ao postar e permitir a divulgação do referido vídeo, que repiso, permanece disponível nas redes sociais, encontra-se em infração permanente e conseqüentemente em flagrante delito, o que permite a consumação de sua prisão em flagrante (BRASIL, 2021c, p. 7).

Com a seguinte tese, qualquer pessoa que disponibilize um conteúdo considerado ofensivo na rede mundial de computadores estará permanentemente sujeita à prisão em flagrante até o momento da sua remoção, o que representa uma confusão, no que diz respeito ao *iter criminis* entre os momentos da execução e da consumação, em que a prisão em flagrante próprio é possível, com a fase do exaurimento, em que o flagrante só é possível, logo após a prática do crime, se o agente é perseguido em situação que faça presumir ser ele o autor da infração, ou encontrado na posse de armas, instrumentos, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Em suma, até seria possível prender o deputado, logo após a disponibilização do vídeo, no local de onde ele foi transmitido, se encontrado com os equipamentos de informática usados para a gravação e transmissão, mas não considerar que se trata de infração permanente até a sua remoção, o que significa, além disso, uma confusão entre a infração permanente, que é a duração da própria conduta delitativa, com os efeitos permanentes (disponibilidade de um conteúdo já postado) de uma infração instantânea (postagem do conteúdo).

Quanto à inafiançabilidade, o que se discutiu no caso do Senador Delcídio do Amaral permanece válido para o caso do Deputado Daniel Silveira: apelar à noção de inafiançabilidade em concreto significa esvaziar o conteúdo da imunidade processual, tornando os parlamentares sujeitos à prisão em flagrante pela prática de qualquer crime que admita em tese a prisão preventiva, independentemente da sua qualificação, desde que a autoridade competente o considere inafiançável em concreto.

Embora os dois casos de restrição à imunidade processual tenham sido inusitadas “decretações” de uma prisão em flagrante por uma autoridade judicial, a restrição da imunidade, aberta também às autoridades policiais, permitiria que elas, ao julgarem se tratar de crime passível de prisão preventiva (já que têm legitimidade para representar por ela ao juiz), lavrassem o auto de prisão em flagrante em desfavor do parlamentar, mesmo que o fato não constasse do rol das infrações inafiançáveis da Constituição, do Código de Processo Penal e da Lei de Crimes Hediondos.

Sob o ponto da ação estratégica, o STF aceitou a provocação do Deputado Daniel Silveira, agiu para reprimir sua manifestação, e isso produziu um efeito curioso no Congresso Nacional. Assim como no caso

do Senador Delcídio do Amaral, os pares do deputado Daniel Silveira referendaram, no Parlamento, a ordem prisional emanada do STF, e o mantiveram encarcerado (BRASIL, 2021d); por outro lado, ao contrário do primeiro caso, isso gerou também a protocolização, oito dias depois da prisão, da Proposta de Emenda Constitucional n° 3/2021, na Câmara dos Deputados, que reforça as imunidades parlamentares, tornando explícito o fato de que os crimes inafiançáveis que admitem a prisão do deputado são apenas aqueles previstos pela Constituição (BRASIL, 2021e).

Além disso, ao analisar a manifestação virulenta do deputado sob o ponto de vista do decoro parlamentar, o Conselho de Ética da Câmara dos Deputados (BRASI, 2021f) reconheceu a existência de infração ética, deu parecer pela suspensão do mandato por seis meses, e encaminhou a representação ao plenário, responsável pela decisão final.

A posição ambígua da Câmara dos Deputados é um bom indicativo da complexidade da discussão: por um lado, referendou a decisão do STF por entender intolerável a manifestação intolerante de um dos seus membros; por outro, reconheceu que a fundamentação adotada pelo STF, na decisão, poderia representar uma abertura para a aniquilação das imunidades e, por isso, para uma indevida intolerância contra as posições políticas minoritárias, e debateu uma Emenda Constitucional para esclarecer, para casos futuros, o ponto mais controverso da decisão judicial, que diz respeito à inafiançabilidade.

Sob o ponto de vista da teoria da democracia, uma das questões de maior interesse diz respeito aos motivos pelos quais não houve reação semelhante do Congresso Nacional no caso do Senador Delcídio do Amaral, em que o STF também apontou um atentado contra a sua própria jurisdição, mas que não se tratava de um discurso público de incitação à violência contra as instituições, e sim uma operação de bastidores para fraudar uma persecução penal em andamento.

Após a decisão da Corte de “decretar” a prisão em flagrante de Silveira, a Procuradoria-Geral da República (PGR) ofereceu denúncia contra o parlamentar (Petição 9.456), pela suposta prática dos delitos previstos no art. 344 do Código Penal (coaçoão no curso do processo), no art. 23, II, da Lei 7.170/83 (incitação da animosidade entre as Forças Armadas e Poderes da República) e no art. 23, IV, em combinação com o art. 18, ambos da Lei 7.170/83 (tentativa de impedir, mediante violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União e dos Esta-

dos), cujo recebimento pelo Supremo Tribunal Federal, em 28/04/2021, (BRASIL, 2021g) resultou na instauração da Ação Penal 1.044.

O primeiro ponto digno de nota é que a inicial acusatória não se refere apenas ao vídeo publicado em 16/2/2021 pelo Deputado, mas também a condutas praticadas pelo parlamentar, conexas com ela, ocorridas em 17/11/2020 e 6/12/2020 (BRASIL, 2021g, p. 2).

A segunda questão relevante é que o tipo penal de coação no curso do processo (art. 344 do CP) não tinha sido vislumbrado pela Suprema Corte na decisão que ordenou a prisão de Silveira, mas a denúncia foi recebida também com relação a esse crime (BRASIL, 2021g, p. 4) e, aplicando a teoria dos atos de fala, a sua classificação é de ato compromissivo, pois se trata de uma ameaça destinada a intimidar os ministros responsáveis pelo exame do inquérito instaurado a pedido da PGR para apurar diversos atos contra as instituições democráticas (BRASIL, 2021g, p. 2).

A terceira questão importante é que a PGR, embora faça referência a “agressões verbais” como parte da descrição da conduta enquadrada ao tipo de coação no curso do processo, não imputou, na inicial acusatória, a prática dos crimes dos arts. 22, I e 26 da Lei 7.170/83, restringindo o âmbito da acusação ao deputado a seus atos diretivos e compromissivos, deixando de fora os atos assertivos, expressivos e declarativos, num reconhecimento, ainda que implícito, de que eles estão protegidos pela imunidade parlamentar.

Por outro lado, a decisão de recebimento da denúncia pelo STF seguiu valorando elocuições que, a seu juízo, representam ofensas à honorabilidade dos Ministros do Supremo ou, ainda, representam uma violência moral contra os magistrados (BRASIL, 2021g, p. 3), que são atos assertivos e expressivos, mas que, para compatibilizar-se com a tipificação trazida na inicial acusatória, devem ser ressignificados como parte do conteúdo proposicional das próprias incitações ao crime, que são atos diretivos.

Na discussão específica sobre a extensão das imunidades parlamentares, a Corte seguiu a jurisprudência predominante, afirmando que seu reconhecimento exige a demonstração da existência de nexos funcional entre a elocução e o mandato eletivo (BRASIL, 2021g, p. 3)

Tratando das imunidades parlamentares, o voto do relator, ao rejeitar a tese defensiva da inviolabilidade por palavras, opiniões e votos do in-

diado, reconheceu como um paradoxo a utilização, “como verdadeiro escudo protetivo, de uma suposta liberdade de expressão e de uma imunidade parlamentar para atentar contra a democracia do Estado de Direito, pregando a volta do arbítrio, da ditadura” (BRASIL, 2021g, p. 54).

Ao fazer um esmerado histórico da regulamentação das imunidades parlamentares nas Constituições brasileiras, o relator referiu-se à Emenda 1/1969 à Constituição de 1967, ambas da época da Ditadura Militar, como “carta envergonhada” e mencionou que nela havia uma exceção às imunidades, consistente na responsabilização por crimes contra a Segurança Nacional (BRASIL, 2021g, p. 106-107), sem atentar para (ou, atentando, preferindo calar sobre) a ironia de que o caso do deputado Daniel Silveira discute precisamente a violação de tipos penais contidos na Lei de Segurança Nacional.

Em seguida, o relator mencionou a sólida jurisprudência do Supremo a respeito do caráter absoluto da imunidade parlamentar quando a sua atuação estiver coberta pela cláusula espacial ou geográfica, ou seja, se ela ocorrer dentro do Parlamento (BRASIL, 2021g, p. 110) e que, nesses casos, só caberia a censura política pelos seus pares e a responsabilização por quebra de decoro (BRASIL, 2021g, p. 111), mas que, ausente a cláusula espacial, seria preciso demonstrar o nexó funcional, exemplificado como atos protegidos os de “levar ao eleitor sua prestação de contas, suas críticas a políticas governamentais, sua atuação de fiscalização, informações sobre sua atitude perante o Governo” (BRASIL, 2021g, p. 112).

Aplicando seu entendimento ao caso do deputado, o relator sustentou que as “condutas em análise não se enquadram, nem de longe, entre as hipóteses atrativas da incidência da referida imunidade, pois é clarividente não serem manifestações que guardam conexão com o desempenho da função legislativa ou que seja proferida em razão desta” (BRASIL, 2021g, p. 113). Citou, ainda, precedente do STF na Ação Penal 1.024, segundo o qual a divulgação de vídeo com conteúdo fraudulento, para fins difamatórios, não está protegido pela imunidade parlamentar (BRASIL, 2021g, p. 113).

Como já foi dito algumas vezes ao longo do presente trabalho, a insistência na distinção entre a imunidade absoluta no recinto do parlamento e a imunidade relativa fora das dependências da casa legislativa, em lugar da adoção de uma teoria coerente como a dos atos de fala,

exige que o STF faça múltiplas adaptações *ad hoc* à sua jurisprudência para imunizar-se da crítica, ao tentar enfrentar um problema grave para o funcionamento das instituições democráticas, mas sem alcançar, sob o ponto de vista argumentativo, a legitimidade pretendida.

Ao considerar absoluta a imunidade no recinto, impede a responsabilização do parlamentar por atos diretivos e compromissivos praticados dentro dele, ou, quando deseja fazê-lo, como no caso do então deputado Jair Bolsonaro, precisa recorrer ao argumento de que, embora a entrevista à imprensa tenha ocorrido em seu gabinete, ela se destinava a repercutir fora do parlamento, o que, em síntese, relativiza também essa imunidade que se pretendia absoluta.

Ao exigir o nexos funcional para as manifestações não protegidas pela cláusula geográfica, o STF tem feito uma interpretação claramente restritiva das atividades parlamentares, sobretudo no mundo digital e nas redes sociais. Há um trecho que, apesar da maior extensão, merece ser transcrito em razão da sua exemplaridade:

O parlamentar, em publicação videofonográfica em plataforma digital (“YouTube”), por mais de uma vez, usurpou da sua imunidade parlamentar para praticar crimes extremamente graves, não só atacando frontalmente os Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por meio de ameaças e ofensas à honra, com a finalidade de favorecer interesse próprio, como também propagando a adoção de medidas antidemocráticas contra esta CORTE, defendendo o AI-5, inclusive com a substituição imediata de todos os Ministros, bem como instigando a adoção de medidas violentas contra a vida e segurança dos seus membros, em clara afronta aos princípios democráticos, republicanos e da separação de poderes (BRASIL, 2021g. p. 113).

Por mais detestáveis que tenham sido as manifestações do deputado, não há dúvida de que o vídeo está relacionado ao exercício de sua atividade parlamentar, seja como prestação de contas aos seus eleitores, seja como crítica a políticas governamentais, seja como sua atitude perante o governo, para fazer uso das palavras do próprio relator ao definir o âmbito de proteção, a menos que se queira sustentar que a imunidade parlamentar é uma proteção apenas contra o Poder Executivo, mas não contra o Poder Judiciário. Ao recorrer à ideia de nexos funcional, diante

de suas notórias insuficiências, a Corte acaba precisando fazer, sem admiti-lo, um juízo sobre o conteúdo da elocução e, ao fazê-lo, esvazia a prerrogativa, deixando espaço para que esse mesmo esvaziamento ocorra quando se estiver tratando da proteção dos parlamentares contra o Poder Executivo.

Por fim, em 20/4/2022, o STF julgou a Ação Penal 1.044 contra o deputado Daniel Silveira, nos seguintes termos:

Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de rejeitar a alegação de suspeição e impedimento de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, o Tribunal, por maioria, rejeitou as preliminares, bem como decretou a perda de objeto dos agravos regimentais interpostos contra decisão que indeferiu as diligências requeridas na fase do art. 10 da Lei 8.038/90 e contra decisão que determinou a necessidade de juntada das alegações finais para análise de requerimento de extinção de tipicidade e punibilidade; e julgou parcialmente procedente a denúncia para: (a) absolver o réu Daniel Lúcio da Silveira da imputação do art. 286, parágrafo único, do Código Penal, considerada a continuidade normativo-típica em relação ao art. 23, II, da Lei 7.170/83; (b) condenar o réu Daniel Lúcio da Silveira: (b.1) como incurso nas penas do artigo 18 da Lei 7.170/83, por 2 (duas) vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, em virtude da ultra-atividade da lei penal mais benéfica em relação ao artigo 359-L do Código Penal à pena de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão; (b.2) como incurso nas penas do art. 344 do Código Penal, por 3 (três) vezes, na forma do art. 71 do Código Penal à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, bem como à pena de 35 (trinta e cinco) dias-multa, no valor de 5 (cinco) salários mínimos dia-multa, considerado o patamar vigente à época do fato, que deve ser atualizado até a data do efetivo pagamento. Consideradas as penas para cada crime, a pena final é de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 35 (trinta e cinco) dias-multa, o valor do dia-multa equivalente a 5 (cinco) salários mínimos, considerado o patamar vigente à época do fato, que deve ser atualizado até a data do efetivo pagamento. Fica fixado o regime fechado para o início do cumprimento da pena. Após o trânsito em julgado, ficam ainda suspensos os

direitos políticos do condenado, enquanto durarem os efeitos da condenação, nos termos do art. 15, inciso III, da Constituição Federal; bem como determinada a perda do mandato parlamentar, em relação ao réu Daniel Lúcio da Silveira, nos termos do art. 55, inciso VI e o § 2º, da Constituição Federal e artigo 92 do Código Penal. Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos o Ministro Nunes Marques (Revisor), que julgava a ação improcedente, nos termos do art. 386, I, II e III, do Código de Processo Penal, e o Ministro André Mendonça, que julgava parcialmente procedente a ação, em menor extensão, nos termos de seu voto.(BRASIL, 2022a).

Considerando que os argumentos do voto vencedor, do relator Ministro Alexandre de Moraes, não diferem em substância do que já foi exposto nas decisões de decretação da prisão e de recebimento da denúncia contra o parlamentar, cabe por fim analisar o voto vencido que reconheceu mais claramente a incidência da imunidade parlamentar, proferido pelo revisor da ação, Ministro Nunes Marques.

Se o voto do relator é um exercício hermenêutico destinado a proteger a democracia, mas adapta *ad hoc* a jurisprudência predominante e, com isso, cria as condições para o esvaziamento das prerrogativas parlamentares e, portanto, da própria democracia, por outro lado, o voto do revisor é um exemplo de como a aplicação mais coerente da jurisprudência atual do STF levaria ao reconhecimento da impotência do Poder Judiciário diante de ataques claros ao seu funcionamento.

O Ministro Nunes Marques (UOL, 2022) acolheu a preliminar defensiva e entendeu que o réu agiu dentro de sua liberdade de expressão, e da nova concretização do princípio trazida pelo art. 359-T do Código Penal, segundo a qual não constitui crime “a manifestação crítica aos poderes constitucionais” (BRASIL, 1940).

O revisor foi além e sustentou que, ainda que tivesse extrapolado o direito fundamental à liberdade de expressão garantido a todos os cidadãos, o réu estaria coberto pelo art. 53, *caput*, da Constituição Federal, e que, portanto, seria inviolável por quaisquer palavras, opiniões e votos, ainda que emitidos fora do exercício estrito do mandato, mas em decorrência deste, ao utilizar sua rede social para comunicar aos seus eleitores fatos ocorridos que considerou injustos e, diante disso, fazer duras críticas aos poderes constituídos.

Muito embora o revisor afirme que o réu usou linguagem grosseira e inaceitável, com expressões chulas e agressivas, como o próprio acusado reconheceria posteriormente, sustentou que a proteção constitucional é necessária para garantir o mais livre exercício da função parlamentar e, em suma, do próprio Parlamento.

Em seguida, o Ministro Nunes Marques passou a tratar do mérito, diante da possibilidade da rejeição da preliminar pela maioria da corte. Nesse particular, fica ainda mais clara a insuficiência da jurisprudência atual do STF em matéria de imunidades parlamentares, que combina a suposta proteção absoluta de manifestações no recinto do Parlamento com a proteção das manifestações externas que guardam nexos funcional com o mandato eletivo.

O julgamento do Deputado Daniel Silveira evidenciou que, ou se adota o caminho da maioria da corte, que faz adaptações *ad hoc* dos precedentes para viabilizar a responsabilização penal, ou se adota o caminho do voto vencido, do revisor da ação, com uma aplicação mais coerente da jurisprudência que resulta no reconhecimento da impotência do Poder Judiciário.

O revisor destaca um outro trecho em que o acusado afirma “eu quero que o povo entre no STF e agarre o Alexandre de Moraes pelo colarinho dele e sacuda a cabeça de ovo dele e o jogue dentro de uma lixeira” (UOL, 2022), mas, em seguida, orienta os seus eleitores, dizendo que eles podem desejar que tal evento ocorra, mas o evento não pode ocorrer e que, por isso, ele não estaria incitando nenhum comportamento ilícito, apenas manifestando o seu próprio desejo, o que seria, a juízo do revisor, penalmente atípico.

Vê-se que, ao rejeitar, no mérito, a prática de crime, e entender que o réu não extrapolou sua liberdade de expressão, o revisor adotou uma concepção literal dos atos de fala, tomando como idênticos o significado da sentença e o significado da elocução do deputado, sem atentar para o fato de que as incitações, como os outros atos de fala diretivos, podem assumir uma forma indireta, oblíqua ou velada.

Desta forma, o voto de revisor do Ministro Nunes Marques expõe, para além de qualquer dúvida, a necessidade de enfrentamento do problema a partir de uma teoria coerente, e não de adaptações *ad hoc* de uma jurisprudência baseada em concepções da liberdade de expressão

e da imunidade parlamentar que estão ultrapassadas diante do mundo digital e das redes sociais.

Num desenvolvimento que impressiona, mas não surpreende, no dia seguinte à condenação, antes mesmo da publicação do acórdão ou do trânsito em julgado, o então Presidente da República, réu nas ações penais que são objeto do item 4.1. do presente trabalho, concedeu ao Deputado Daniel Silveira a graça, modalidade de perdão presidencial conhecida como indulto individual (BRASIL, 2022b), que extingue as penas, mas não afasta os efeitos secundários da condenação, como, por exemplo, a suspensão dos direitos políticos.

Na fundamentação do decreto, o ex-Presidente cita a liberdade de expressão e a necessidade de manutenção dos freios e contrapesos na tripartição do poder (BRASIL, 2022b) e o seu ato foi imediatamente questionado no STF pela Rede Sustentabilidade, por meio da ADPF 964 (BRASIL, 2022c).

O debate sobre a existência e os limites do poder presidencial de perdoar condenados, seja por meio da graça (individual) ou do indulto (coletivo), extrapola os objetivos da presente investigação, mas o próprio fato de sua concessão aprofunda a crise institucional em curso há alguns anos no país, que tem como objeto a definição dos limites democráticos à liberdade e à tolerância, em que, de um lado, o presidente-réu e o deputado-condenado são os expoentes da reivindicação de um suposto direito à intolerância, em nome da liberdade de expressão, e de outro, o STF tenta impor limites a essa intolerância, em nome da preservação da democracia, mas a sua forma de fazê-lo alimenta a crise e reforça as condições de degradação institucional que a Corte pretende evitar.

Com efeito, a teoria dos atos de fala fornece recursos mais do que suficientes para reconhecer que a conduta do deputado Daniel Silveira não está protegida pela imunidade parlamentar, no que se refere a seus atos diretivos (incitações) e compromissivos (ameaças), mas, por outro, que boa parte de suas elocuições, por se tratar de atos assertivos, expressivos e declarativos (críticas e insultos) estão protegidas e, portanto, são penalmente atípicas.

Sua aplicação permite a responsabilização por abusos (incitações e ameaças) sem esvaziar o conteúdo da prerrogativa, ainda que, de fato, imponha às instituições democráticas o custo de aceitar manifestações

intolerantes sob a forma de atos assertivos, expressivos e declarativos, cujo controle, de natureza política, caberia apenas ao próprio Parlamento, sob a forma da quebra de decoro parlamentar, e ao eleitor, em caso de tentativa de renovação do mandato popular.

De qualquer maneira, mesmo que o STF tivesse adotado a teoria testada na presente investigação, a concessão da graça pelo presidente-réu ao deputado-condenado seria bastante provável, precisamente porque ambos partilham uma concepção de liberdade de expressão, ao menos quanto à sua própria expressão e a daqueles que partilham a sua visão de mundo, virtualmente sem limites, mas pelo menos a legitimidade argumentativa da decisão estaria preservada e ela serviria como um precedente mais robusto para casos futuros.

Em suma, nos três casos apresentados (Jair Bolsonaro x Maria do Rosário; Delcídio do Amaral; e Daniel Silveira) a teoria dos atos de fala forneceu um subsídio coerente para a restrição das imunidades materiais dos parlamentares, sem representar uma aniquilação da prerrogativa, e sem precisar recorrer a considerações sobre o local da conduta ou o nexo funcional com o exercício do cargo, como faz a jurisprudência predominante do STF.

Por outro lado, a teoria nada tem a esclarecer sobre as restrições às imunidades processuais, para as quais a dogmática jurídica possui subsídios mais do que suficientes para a construção de uma teoria coerente e compreensiva, mas o seu resultado seria uma limitação das possibilidades de ação do Poder Judiciário diante de manifestações intolerantes e um reforço do protagonismo do Poder Legislativo na limitação dos abusos praticados por seus membros.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, caracterizamos e analisamos a forma e o conteúdo da liberdade de expressão, em especial o seu exercício por parlamentares, o que compreende a discussão de seus limites teóricos, como é o caso do paradoxo da tolerância, e de suas limitações práticas, como é o caso, *a contrario sensu*, da garantia constitucional das imunidades parlamentares.

O exercício da liberdade de expressão por parlamentares, que são civil e penalmente invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, pode implicar, como, de fato, muitas vezes implica, manifestações de intolerância, não apenas contra adversários políticos no Poder Legislativo, mas também contra outros agentes, instituições e institutos do sistema democrático.

Quando tais manifestações são ofensas pessoais ou discordâncias políticas, ideológicas ou partidárias, embora possam caracterizar quebra de decoro parlamentar, de natureza ético-administrativa, não configuram ilícito civil ou penal, haja vista essas manifestações estarem protegidas pela garantia das imunidades parlamentares.

As manifestações dos parlamentares passam a ser problemáticas quando configuram discurso de ódio, inspirando intolerância em quem compartilha a mesma visão de mundo contra quem possui visões contrárias, e, *a fortiori*, quando configuram discurso antidemocrático, para além da disputa política e do exercício de prerrogativas por parlamentares.

Nesses casos, convém questionar a extensão das imunidades parlamentares, se devem ou não estar vinculadas ao exercício do cargo, se

pode ou não haver responsabilização criminal quando o parlamentar não mais esteja exercendo o mandato ou, ainda, se haveria alguma hipótese em que o parlamentar seria criminalmente responsável enquanto exerce o mandato.

Para tanto, (1) apresentamos o que chamamos de limites democráticos à liberdade e à tolerância, partindo da compreensão dos paradoxos da liberdade, da tolerância e da democracia, passando pela distinção entre o direito à liberdade de expressão de pensar e agir e, ainda, propondo a hipótese de que a tolerância é, também, um princípio jurídico; (2) apresentamos os principais elementos e aspectos do instituto das imunidades parlamentares e da teoria dos atos de fala; e (3) aplicamos a teoria dos atos de fala para compreender a extensão do instituto das imunidades parlamentares, partindo da análise de três casos de abuso dessa garantia constitucional que foram judicializados.

Nunca é demais lembrar que a democracia é uma e são várias. É uma ideia, ou idealização, de sistema político, que funciona conforme vários regimes ou várias formas de governo. Independentemente do país ou da época, a finalidade da democracia é, ou melhor, deve ser, idealmente, ou idealizadamente, o bem comum do povo. Mas uma maioria de ocasião pode se apropriar do que se defina como “bem comum” e dele excluir as necessidades e os interesses da maior parte do todo, como a liberdade e a tolerância a pensar e agir de modos diferentes e mesmo divergentes. Não há democracia sem liberdade e tolerância. Não há democracia sem limite à liberdade e à tolerância. Eis os paradoxos da democracia: a vagueza da ideia de bem comum, a ambiguidade da maioria, os riscos de abuso (o excesso no exercício da liberdade, o excesso na limitação da liberdade, a desejável tolerância, o indesejável desvio da tolerância, a indesejável tolerância ao intolerável).

Sem embargo de eventuais fatos e críticas em contrário, acreditamos que se pode afirmar que a democracia, no Brasil, alcançou a maturidade, haja vista que suas instituições e seus institutos conseguem controlar os riscos do sistema e suas eventuais crises não implicam sua ruína. No entanto, por ser, primordialmente, representativa, as decisões estatais, que deveriam visar ao bem comum, revelam, por vezes, um abismo entre as necessidades e os interesses do povo, os representados, e os pensamentos e as ações de agentes do Estado, os representantes. Ademais, ainda persistem sérios problemas de compreensão da noção de república e da

distinção entre público e privado, razões pelas quais o exercício do poder político sofre forte influência dos poderes econômicos, de modo que, em muitas situações, os poderes-deveres que são as competências e as prerrogativas, como é o caso das imunidades parlamentares, são exercidos como privilégios pessoais.

Se, por um lado, nossa democracia está distante de seu oposto, a tirania, por outro lado, as manifestações cotidianas de agentes do Estado, dentre os quais se destacam os parlamentares, por representarem, ou deverem representar, os valores preponderantes na sociedade, fazem uso de práticas próprias da tirania, o que podemos perceber nos recorrentes abusos de poder, por excesso de liberdade ou desvio da tolerância, como no caso de manifestações de ódio e antidemocráticas sob a garantia das imunidades parlamentares.

Tendo em vista uma hipótese de “democracia radical”, a representação política não deve separar, nem confundir, tampouco hierarquizar as vontades e o poder. Se a representação política é factualmente necessária, então os representantes devem agir como mediadores entre suas vontades e as vontades dos representados e o exercício do poder. Nesse sentido, a representação política pode ser vista como procedimento para transmissão das vontades e como critério para aferição da legitimidade e da legalidade, ao passo que as imunidades parlamentares não devem ser usadas como imunização político-jurídica, mas como instituto necessário à garantia dos valores democráticos.

Numa democracia, é inerente a existência de tensão, conflitos, discordâncias, o que, de fato, significa o pluralismo político, esse valor e fundamento do Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil. O pluralismo político é realizado pelo equilíbrio entre liberdade e tolerância, daí porque é necessário identificar e enfrentar seus opostos, a dominação e a intolerância, o que passa pela compreensão e evitação dos elementos que as caracterizam, como o abuso de força e o uso da violência.

Como é sabido, a democracia é o sistema político com mais alto grau de flexibilidade registrado historicamente. Tal constatação só é possível porque as democracias vêm resistindo a ataques a sua integridade e, ao longo do tempo e apesar de suas crises, mostram-se capazes de refletir seu sistema de valores, dentre os quais o pluralismo político, em sistemas de normas, que garantem direitos, deveres e poderes. No entanto, nunca

é demais lembrar que essa flexibilidade ora é qualidade, quando representa a capacidade de adaptação do sistema, ora revela suas vulnerabilidades, quando sofre manipulações que, mesmo sem descaracterizá-lo, fazem sua estrutura funcionar de modo antidemocrático, contando para isso com práticas próprias da tirania.

A democracia se caracteriza tanto pelo poder limitado por leis quanto pelo poder exercido com autoridade. Há vários modos de configuração de autoridade, como a tradição, os costumes e as leis. Em tese, o poder político, distribuído em poderes jurídicos, só é lícito e legítimo se exercido sob autoridade, de modo a caracterizar o governo como lícito e legítimo. Na prática, porém, muitas vezes os poderes são exercidos com violência, a ponto de observarmos manifestações de violência do poder, poder da violência e mesmo de violência como tecnologia de governo. Nesses casos, ainda que haja autoridade lícita, não há autoridade legítima, razão pela qual podemos afirmar que uma tal autoridade é exercida com autoritarismo, que é uma prática própria da tirania.

Como vimos, a democracia permanece como ideal, ao passo que as democracias reais, ainda que não sejam convertidas em seu oposto, convivem com práticas próprias da tirania, à semelhança de uma relação de parasitismo. Na democracia, como ideal, a autoridade funciona como limitação ao poder, seja em sentido objetivo, por instituições impessoais, seja em sentido subjetivo, por agentes públicos não-personalistas. Na realidade, o que vemos é a autoridade sucumbir à violência, que é a ausência ou o desvirtuamento da autoridade, como são os casos das manifestações, em palavras e ações, de modo explícito ou implícito, por meio das quais o poder é exercido com autoritarismo.

Vimos que a violência é ilegítima quando ausência de autoridade (caso em que a substitui) ou quando excesso ou desvio (casos em que a corrompe). Quando se exerce poder, com ou sem autoridade, de modo violento, não se valoriza a liberdade alheia, nem a tolerância às diferenças. Noutras palavras, uma “autoridade” autoritária não é democrática, é tirânica; exerce poder com violência; age com excesso de liberdade (o que enseja intolerância) e com desvio da tolerância (o que enseja dominação).

Numa democracia (e, em especial, nas instituições democráticas, como os órgãos legislativos), não é desejável a ilimitação nem da liberdade, nem da tolerância. Liberdade ilimitada implicaria uma de duas situações

absurdas, em que a ideia de liberdade não teria sentido algum: ou todos a teríamos ilimitadamente, caso em que ninguém seria livre, uma vez que todos seríamos, a um só tempo, dominadores e dominados; ou, para que uns a tenham ilimitadamente, os demais não a tenham, caso em que apenas alguns seriam livres (os absolutamente dominadores), enquanto outros (os absolutamente dominados) não o seriam. Tolerância ilimitada é uma contradição em si, pois ensejaria, a um só tempo, a tolerância à intolerância e a intolerância à tolerância, situação absurda em que os tolerantes seriam, por definição, tolerantes com os intolerantes e os intolerantes seriam, também por definição, intolerantes com os tolerantes.

Para ser verdadeiramente democrática, uma sociedade não precisa de liberdade e tolerância ilimitadas. Pelo contrário, precisa estabelecer limites democráticos à liberdade e à tolerância. Também precisa estabelecer limites democráticos à representação e à autoridade, ou, mais precisamente, ao exercício da representação da soberania popular e da autoridade do poder político.

Num Estado Democrático de Direito, importa verificar, em sentido objetivo, se as instituições democráticas (como os órgãos legislativos) funcionam de modo impessoal (se, nesses órgãos, a representação funciona em benefício do povo) e se neles sobressai o uso da razão e o respeito à autoridade (as leis em geral, mas também os costumes e a tradição *interna corporis*). Já em sentido subjetivo, se os membros dessas instituições agem de modo personalista ou corporativista ou não, com ou sem abuso de força e violência (em benefício do povo e em prol das instituições democráticas ou, ao contrário, em benefício próprio e/ou corporativo e/ou em desfavor do povo e/ou contra o sistema democrático).

Apenas se observados esses limites (a impessoalidade, em sentido objetivo; o não-personalismo e o não-corporativismo, em sentido subjetivo) é que a democracia representativa pode ser considerada democrática. As instituições democráticas em geral, assim como os membros dessas instituições, são garantidores do Estado Democrático de Direito (e, no caso dos órgãos legislativos e de seus membros, como representantes do povo, estão subordinados à soberania popular), de modo que aqueles limites demarcam a extensão de sua autoridade, atribuindo-lhes responsabilidades, isto é, como podem, ou, mais precisamente, como devem exercer a autoridade que deriva do poder político (ou, mais precisamen-

te, autoridades: competências, atribuições, obrigações etc.). E, nunca é demais lembrar, numa democracia, o poder político pertence a ninguém em particular, nem a minorias, nem à maioria; pertence ao todo a que chamamos de povo.

Nesse contexto, simbolicamente autoritário, por assim dizer, a liberdade está permanentemente sob risco, seja em seu aspecto negativo, como ausência de interferência, seja em seu aspecto positivo, como desejo de autogoverno ou autonomia. Numa democracia, liberdade é uma faculdade reconhecida como direito subjetivo oponível a outras pessoas e também ao Estado, o que, por óbvio, inclui seus agentes e as relações entre eles. Daí porque, em que pese a liberdade de pensamento seja o que a Filosofia e a Teoria Política chamam de livre-arbítrio, as liberdades de opinião e de expressão são limitadas pela heteronomia jurídica. Na democracia, a liberdade de uma pessoa deve incluir, ou não pode excluir, a liberdade das outras pessoas, o que vale também para os agentes do Estado, como os parlamentares, e nem as imunidades parlamentares podem autorizar ações violentas, como manifestações de ódio e anti-democráticas. No Estado Democrático de Direito, liberdade, ou, mais precisamente, ser livre demanda responsabilidade democrática.

Também sob risco está a tolerância, seja como admissão das diferenças, por todas as pessoas, seja como abstenção de interditar, por uma autoridade. Assim, tolerância é tanto garantia à liberdade de expressão quanto limite à expressão da liberdade. Cabe questionar, no entanto, se a tolerância deve ser sempre tolerável e se a intolerância deve ser sempre intolerável, o que implica admitir ou não a liberdade, ou, como parece ser o caso, permissão ou proibição ao exercício da liberdade.

Partindo da noção de tolerância como limite ao intolerável, cujo conteúdo seria o social e politicamente inaceitável, o que nos permite falar em tolerância como princípio político, propomos a hipótese de tolerância como princípio jurídico, cujos sentidos principais seriam a verdade e a autoridade: verdade como construção social ou institucional (em lugar de certeza, que é uma elaboração pessoal ou corporativa), o que implica todas as pessoas, sobretudo os agentes do Estado, a agirem com confiança e lealdade às instituições e aos institutos do sistema democrático; e autoridade como limitação do poder e submissão de todas as pessoas às leis, inclusive e, no caso dos agentes do Estado, dentre os quais os parlamentares, também às tradições e aos costumes que regulamentam

o funcionamento intra e interinstitucional. Como princípio jurídico, a tolerância permitiria a tolerância ao democraticamente tolerável e proibiria a tolerância ao democraticamente intolerável, desautorizando o poder sem autoridade ou para além dela, que manifeste ódio ou ações antidemocráticas. No Estado Democrático de Direito, tolerância, ou, mais precisamente, ser tolerante demanda coerência, ou, ao menos, não-contradição para com a ideia de democracia.

Aqui a liberdade e a tolerância, no sistema democrático, encontram uma de suas limitações práticas, que nos interessa de perto, qual seja, a garantia constitucional das imunidades parlamentares. A questão que se impõe é, por um lado, se os parlamentares têm direito à liberdade de expressão de toda e qualquer manifestação e, por outro lado, se os demais agentes do Estado e os cidadãos têm o dever de tolerar tais manifestações, ainda que sejam manifestações de ódio ou antidemocráticas.

Numa democracia, o reconhecimento de prerrogativas a agentes do Estado só se justifica na medida em que estejam relacionadas direta e estritamente ao exercício de uma função pública. Qualquer ação ou omissão dos agentes do Estado, como os parlamentares, que se afaste do interesse público pode ser considerada um privilégio pessoal ou corporativista e representa um risco à democracia, pois quando uma prerrogativa é um privilégio de poucos, o ato correspondente tende a ser um abuso de poder sobre muitos, em que o poder sucumbe à violência e a autoridade se desvirtua em autoritarismo.

As imunidades parlamentares não são direitos dos parlamentares; são prerrogativas, ou poderes-deveres, vinculados à função pública que exercem. Numa democracia republicana, como é o caso do Brasil, poderes-deveres pertencem à categoria jurídica que garante não somente o atendimento das necessidades sociais, algo mais concreto, mas também algo mais abstrato, como é o caso da realização do interesse público.

Em que pese a dificuldade de definir o que seja interesse público, que é um conceito jurídico indeterminado, não é difícil compreender que é de interesse público a garantia das instituições e dos institutos do sistema democrático, como são os casos dos Poderes da República, o direito à liberdade, o princípio da tolerância e as próprias imunidades parlamentares. Nesse sentido, além das normas constitucionais e infraconstitucionais, como regimentos e regulamentos internos dos órgãos legislativos e os códigos de ética e decoro parlamentar, podemos considerar também

a autoridade da tradição e dos costumes do ambiente parlamentar, em particular, e das relações desse ambiente com os demais ambientes institucionais. Assim sendo, os próprios parlamentares, e os demais agentes do Estado, autorregulamentariam os limites da liberdade e da tolerância de suas manifestações e das relações entre eles, até aqueles limites, delineados acima, que se considerem manifestações de ódio ou antidemocráticas.

Em sentido jurídico-dogmático, as imunidades parlamentares apresentam um aspecto material, que é a inviolabilidade por opiniões, palavras e votos, e um aspecto formal, que é a vedação à prisão, salvo flagrante de crime inafiançável, e a permissão de processo, salvo sustação por maioria de votos do Parlamento. As imunidades protegem os parlamentares em quaisquer circunstâncias, não apenas no exercício de suas funções parlamentares, para que possam exercê-las com liberdade. Senadores e deputados, na vigência de seu mandato, não podem ser responsabilizados por atos estranhos ao exercício de suas funções (dentro do recinto parlamentar, sempre; fora, se incompatível com a execução do estado de sítio). Os Vereadores possuem apenas imunidade material (inviolabilidade) no âmbito do respectivo Município.

As imunidades protegem as manifestações de parlamentares de modos diferentes. Os votos, abertos ou secretos, são manifestações objetivas, e ainda que caracterizem ódio ou ação democrática, são passíveis de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. São as opiniões e palavras dos parlamentares que, dada sua natureza subjetiva, podem ser problemáticas, não apenas a manifestação em si, mas sobretudo seus efeitos internos e externos, caracterizados por ações ou incitações de ódio ou antidemocráticas.

As imunidades parlamentares são garantias institucionais, não pessoais. Mesmo no recinto parlamentar, não são totalmente livres e toleráveis opiniões e palavras manifestas, visto que são censuráveis eventuais desacato, desobediência, ofensas, perturbações e violência verbal ou física. Havendo repercussão para além do recinto, as manifestações dos parlamentares podem soar como apologia, incitação, indução ou mobilização a crimes comuns e/ou condutas antidemocráticas. Assim, a autoridade do Poder Legislativo, complementada pela autoridade do Poder Judiciário, limita a liberdade e a tolerância dos parlamentares tanto no recinto (por eventual quebra de decoro parlamentar), como fora dele (por eventual manifestação de ódio ou antidemocrática).

A legislação oferece parâmetros, positivo e negativo, de quais opiniões e palavras podemos considerar protegidas pelas imunidades parlamentares e quais constituiriam abuso da prerrogativa, por excesso ou desvio. Em suma, não configura abuso das imunidades parlamentares a manifestação divergente, intencional ou não, de interpretação de lei ou de avaliação de fatos ou provas, o que deve ser permitido, a título de garantia à manifestação de divergências políticas, ideológicas ou partidárias. Por outro lado, configura abuso da prerrogativa a manifestação intencional, em benefício pessoal ou corporativo, ou em desfavor de terceiro, o que deve ser proibido, por representar privilégio incompatível com a democracia republicana.

A jurisprudência do STF apresenta muitos exemplos de tentativa de controle do que é visto como um abuso das imunidades parlamentares, sem que isso seja visto como restrição indevida à liberdade de expressão ou ao exercício do mandato eletivo. Nesse sentido, surgiram interpretações que circunscrevem a imunidade material dita absoluta ao recinto do parlamento, e condicionam a imunidade das manifestações externas ao nexo funcional.

As novas tecnologias da informação e comunicação tornam extremamente fluida, talvez irrelevante, a fronteira entre a manifestação interna ou externa do parlamentar, e por isso uma tese que condicione quase todas as manifestações ao nexo funcional pode, por sua vez, conferir poderes excessivos ao Poder Judiciário no controle do discurso divergente e considerado inaceitável pela maioria política da ocasião.

Por isso, uma solução possível, e alternativa à tese do nexo funcional, é o emprego da teoria dos atos de fala, segundo a qual algumas manifestações verbais não são apenas falas, mas, também, fazeres.

Assim, tratar-se-ia de reconhecer como protegidos pela imunidade material apenas os atos assertivos, expressivos e declarativos, correspondentes às palavras, opiniões e votos dos deputados, submetendo os atos diretivos e compromissivos ao regime geral da liberdade de expressão, em que a responsabilização por meio do Poder Judiciário, em caso de abuso, é cabível.

Para os atos assertivos, expressivos e declarativos, ainda persistiria a possibilidade de controle pelo próprio Poder Legislativo, visto que o abuso das prerrogativas do cargo, entre elas a imunidade material, pode

ser caracterizado como quebra de decoro parlamentar, passível de sanção pelo Conselho de Ética.

O reconhecimento de que os atos diretivos - em que o agente procura influenciar o comportamento do interlocutor, como nas ordens, instigações e induzimentos - e os atos compromissivos - em que o agente compromete-se perante o interlocutor com uma ação futura, como nas promessas e ameaças - não estão cobertos pela imunidade parlamentar permite que se mantenha uma proteção de caráter teoricamente absoluto para as manifestações dos parlamentares, sem deixar o sistema democrático impotente perante ações dos parlamentares que tentem se esconder sob o manto da imunidade para promover o enfraquecimento da democracia.

A insistência na distinção entre a imunidade absoluta no recinto do parlamento e a imunidade relativa fora das dependências da casa legislativa, em lugar da adoção de uma teoria coerente como a dos atos de fala, exige que o STF faça múltiplas adaptações *ad hoc* à sua jurisprudência para imunizar-se da crítica, ao tentar enfrentar um problema grave para o funcionamento das instituições democráticas, mas sem alcançar, sob o ponto de vista argumentativo, a legitimidade pretendida.

Ao considerar absoluta a imunidade no recinto, impede a responsabilização do parlamentar por atos diretivos e compromissivos praticados dentro dele, ou, quando deseja fazê-lo, precisa recorrer ao argumento de que, embora o ato tenha ocorrido no parlamento, ela se destinava a repercutir fora dele, o que, em síntese, relativiza também essa imunidade que se pretendia absoluta.

Ao exigir o nexo funcional para as manifestações não protegidas pela cláusula geográfica, o STF tem feito uma interpretação claramente restritiva das atividades parlamentares, sobretudo no mundo digital e nas redes sociais.

Ao recorrer à ideia de nexo funcional, diante das suas notórias insuficiências, o STF acaba precisando fazer, sem admiti-lo, um juízo sobre o conteúdo da elocução e, ao fazê-lo, esvazia a prerrogativa, deixando espaço para que esse mesmo esvaziamento ocorra quando se estiver tratando da proteção dos parlamentares contra o Poder Executivo.

A alternância de poder e as divergências legítimas sobre o próprio conteúdo das garantias fundamentais, como a liberdade de expressão e as imunidades parlamentares, exigem que a sociedade democrática ar-

que até certo ponto com os custos da aceitação de discursos vistos como indesejáveis pela maioria, mas isso não significa tolerar o intolerável nem permanecer impotente diante da tentativa de destruição da própria tolerância.

Um sistema de controle que, ao mesmo tempo, seja eficaz para conter as intolerâncias intoleráveis e, por outro, não sirva como um instrumento de supressão da liberdade de expressão pelos intolerantes, caso cheguem ao poder por meio do sufrágio popular, é o ideal dificilmente realizável em sua plenitude, mas que, por isso mesmo, permanece sendo um dos problemas fundamentais da teoria da democracia.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Diogo Villas Bôas (2018). **Por um Conceito Ampliado de Liberdade: sobre a bi-implicação de autonomia e heteronomia**. Tese (doutorado). Orientador: Marcelo Fabri. Universidade Federal de Santa Maria, Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/handle/1/17459>.
- ARENDT, Hannah (2001). **Sobre a Violência**. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará.
- ARENDT, Hannah (2014). **Entre o Passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva.
- ARENDT, Hannah (2021). **Pensar sem Corrimão: compreender 1953-1975**. Trad. Beatriz Andreiuolo. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo.
- ASSIS, Araken de (s/d). *O contempt of court* no Direito brasileiro. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo6.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- AUSTIN, John L. (1962). **How to do Things with Words: the William James Lectures delivered at Harvard University in 1955**. Oxford: Clarendon Press.
- BADARÓ, Gustavo (2018). **Processo Penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- BARROSO, Luís Roberto (2003). **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar.
- BERLIN, Isaiah (2002). **Liberty**. Oxford: Oxford University Press.
- BIGNOTTO, Newton (2020). **O Tirano e a Cidade**. São Paulo: Edições 70.
- BITTENCOURT (2016a), Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v.1. 16. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva.

- BITTENCOURT (2016b), Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 2. 16. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva.
- BOBBIO, Norberto (2000). **O Futuro da Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz & Terra.
- BONAVIDES, Paulo (2007). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros.
- BOVERO, Michelangelo (2015). A democracia e seus desafios à luz do pensamento de Norberto Bobbio. In: **Para uma Teoria Neobobbiana da Democracia**. Trad. Marcelo de Azevedo Granato. São Paulo: FGV Direito SP, pp. 33-44.
- BRASIL (1940). **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 18 jan. 2022.
- BRASIL (1970). **Resolução do Senado Federal 93**, aprova o Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/regimento-interno>. Acesso em: 2 maio 2021.
- BRASIL (1983). **Lei 7.170**, “Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 14 dez. 2021.
- BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 2 maio 2021.
- BRASIL (1989a). **Resolução da Câmara dos Deputados 17**, aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>. Acesso em: 2 maio 2021.
- BRASIL (1989b) **Lei 7.716**, “Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm> Acesso em: 18 jan. 2022.
- BRASIL (1990). **Lei 8.112**, “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 2 maio 2021.
- BRASIL (1992). **Lei 8.429**, “Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 9 nov. 2021.
- BRASIL (1993). **Resolução do Senado Federal 20**, institui o Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal. Disponível em: https://www.senado.gov.br/senadores/novaLegislatura/Codigo_Etica.pdf. Acesso em: 2 maio 2021.

- BRASIL (1994). **Decreto 1.171**, “Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em: 2 maio 2021.
- BRASIL (1994). **Decreto 6.029**, “Institui Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6029.htm. Acesso em: 2 maio 2021.
- BRASIL (1999). **Lei 9.784**, “Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 9 nov. 2021.
- BRASIL (2001). **Resolução da Câmara dos Deputados 25/2001**, institui o Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/arquivos/Codigo%20de%20Etica%20da%20CD.pdf>. Acesso em: 2 maio 2021.
- BRASIL (2003). Câmara dos Deputados. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. Núcleo de Redação Final em Comissões. **Discussão entre os deputados Jair Bolsonaro e Maria do Rosário**. 11 nov. 2003. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=11&nmComissao=Outros%20Eventos&tpReuniaoEvento=&dtReuniao=11/11/2003&hrInicio=14:00:00&hrFim=14:10:00&origemDiscurso=&nmLocal=Plen%C3%A1rio%20Principal%20-%20CD&nuSessao=2102/03&nuQuarto=0&nuOrador=0&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=14:00&sgFaseSessao=&Data=11/11/2003&txApelido=&txFaseSessao=&txTipoSessao=&dtHoraQuarto=14:00&txEtapa=>>> Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL (2007). **Lei 11.464**, “Dá nova redação ao art. 2o da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11464.htm> Acesso em: 18 jan. 2022.
- BRASIL (2010). Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator para o Acórdão Min. Ricardo Lewandowski. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127/DF**, Julgada em 17 maio 2006, DJe 11 jun. 2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur179246/false>> Acesso em: 22 dez. 2021.
- BRASIL (2014a). Câmara dos Deputados. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. **Discurso do Deputado Jair Bolsonaro**. 9 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=2&nuSessao=284.4.54.O&nuQuarto=54&nuOrador=1&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=13:46&sgFaseSessao=BC>> Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL (2014b). Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Rel. Min. Rosa Weber. **Inquérito 3.814/DF**, julgado em 07 out. 2014, DJe 21 out. 2014. Disponível em: <ht-

- [tps://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984936](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984936)> Acesso em: 22 dez. 2021.
- BRASIL (2014c). Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187**, julgada em 15 jun. 2011, DJe 29 maio 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>> Acesso em: 22 dez. 2021.
- BRASIL (2015). Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Rel. Min. Teori Zavascki. **Ação Cautelar 4.039**. Decisão em 24 nov. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautelar_4039.pdf> Acesso em: 22 dez. 2021.
- BRASIL (2016). Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux. **Inquérito 3.932/DF**, julgado em 21 jun. 2016, DJe 08 set. 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>> Acesso em: 22 dez. 2021.
- BRASIL (2019a). **Lei 13.869/2019**, de 5/9/2019, “Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 2 maio 2021.
- BRASIL (2019b). Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux. **Ação Penal 1.007**. Decisão em 11 fev. 2019. DJe 13 fev. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339500136&ext=.pdf>> Acesso em: 22 dez. 2021.
- BRASIL (2019c). Câmara dos Deputados. Conselho de Ética e Decoro Parlamentar. **Representação 11/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1835497&filename=REP+11/2019> Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL (2020). Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rel. Min. Edson Fachin. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572**. 10 jun. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754371407>> Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL (2021a). **Lei 14.197**, “Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14197.htm. Acesso em: 14 dez. 2021.
- BRASIL (2021b). Câmara dos Deputados. 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 56ª Legislatura. Conselho de Ética e Decoro Parlamentar. **Reunião Deliberativa Extraordinária (Virtual)**. 5 abr. 2021. Disponível em: <<https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/html/60883>> Acesso em: 10 jan. 2022.

- BRASIL (2021c). Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. **Inquérito 4.781**. Flagrante Delito. 16 fev. 2021. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INQ4781FLAGRANTE-DELITODECISAO.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL (2021d). Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. **Comunicação de Medida Cautelar nº 1/2021**. 19 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/presenca-comissoes/votacao-portal?reuniao=60387>> Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL (2021e). Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 3/2021**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2270800>> Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL (2021f). Câmara dos Deputados. Conselho de Ética e Decoro Parlamentar. **Representação 1/2021**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270377>> Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL (2021g). Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. **Petição 9.456**. 28 abr. 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346753205&ext=.pdf>> Acesso em: 21 abr. 2022.
- BRASIL (2022a). Supremo Tribunal Federal Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. **Ação Penal 1.044**. Decisão de Julgamento. 20 abr. 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5536944&ext=RTF>> Acesso em: 21 abr. 2022.
- BRASIL (2022b). Presidência da República. Decreto de 21 de abril de 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decreto-bolsonaro-silveira.pdf>> Acesso em: 22 abr. 2022.
- BRASIL (2022c). Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 964. Movimentação processual. 22 abr. 2022. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6389004>> Acesso em: 22 abr. 2022.
- BUSATO, Paulo (2015). **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas.
- BUSTAMANTE, Thomas (2012). O argumento *ad absurdum* na interpretação do direito: seus usos e significado normativo. **Revista de Informação Legislativa**, a. 49, n. 196, out./dez. 2012, pp. 7-26. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496612/000967045.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- BUTLER, Judith (2020). **Vida Precária: os poderes do luto e da violência**. Trad. Andreas Lieber. Rev. Tec. Carla Rodrigues. Belo Horizonte: Autêntica.

- CANFORA, Luciano (2007). *Crítica à Retórica Democrática*. Trad. Valéria Silva. São Paulo: Estação Liberdade.
- CHAUÍ, Marilena (2000). *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.
- COHEN, Andrew Jason (2004). What toleration is? *Ethics*, n. 115, The University of Chicago, pp. 68–95.
- CORTINA, Adela (2010). *Las Raíces Éticas de la Democracia*. Conferència d'obertura de la XXVIena edició de la Universitat d'Estiu de Gandia, el 13 de juliol de 2009. València: Universitat de València.
- Orts, Adela Cortina. *Las raíces éticas de la democracia (Spanish Edition)* (p. 2). U. Valencia. Edição do Kindle.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista (2018). *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados Artigo por Artigo*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm.
- DIAS, Roberto; DE LAURENTIIS, Lucas (2012). *Imunidades parlamentares e abusos de*
- Direitos: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. *Revista de Informação Legislativa*, a. 49, n. 195 jul./set. 2012, pp. 7-24. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496594/000966843.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 maio 2021.
- DUNKER, Christian (2022). *Lacan e a Democracia: clínica e críticas em tempos sombrios*. São Paulo: Boitempo.
- FERRAJOLI, Luigi (2015). *A Democracia Através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político (e-book)*. VVTT. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais (Thomson Reuters).
- FISH, Stanley (1980). How to do things with Austin and Searle. In: _____. *Is there a text in this class? The authority of interpretative communities*. Harvard University Press: Cambridge. p. 197-245.
- FOSTER, Gustavo (2014). Bolsonaro diz que não tem processos e faz nova ofensa. “Não merece ser estuprada porque é muito feia”. *GZH Política*. 10 dez. 2014. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2014/12/bolsonaro-diz-que-nao-teme-processos-e-faz-nova-ofensa-nao-merece-ser-estuprada-porque-e-muito-feia-cjfkf8rj3x00cc01pi3kz6nu2e.html>> Acesso em: 10 jan. 2022.
- GOMES, Eneias Xavier (2012). Da crítica de Kelsen às imunidades parlamentares. *Revista Direito Público Administrativo*, v. 11, n. 19, jul./dez. 2012, pp. 485-499.

- Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/59805/critica_hans_kelsen_gomes.pdf. Acesso em: 1 maio 2021.
- GRICE, Paul (2002). *Studies in the way of words*. Harvard University Press: Cambridge. Disponível em: <http://perso.ens-lyon.fr/jacques.jayez/Cours/Implicite/Studies_in_the_Way_of_Words.pdf> Acesso em: 19 jan. 2022.
- KANT, Immanuel (2018). *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70.
- KLOOSTERHUIS, Harm (2015). Insult in Context: Incorporating Speech Act Theory in Doctrinal Legal Analysis of Interpretative Discussions. *Erasmus Law Review*. a. 9. v. 3. Disponível em: <http://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2015/3/ELR-D-15-003_005/fullscreen> Acesso em: 19 jan. 2022.
- LAURINDO, Marcel Mangili (2021). A Lei de Segurança Nacional e os juristas autoritários. *Nexo*, Ensaio, 1 jun. 2021. Disponível em: https://www.nexojournal.com.br/ensaio/2021/A-lei-de-seguran%C3%A7a-nacional-e-os-juristas-autorit%C3%A1rios?utm_source=NexoNL&utm_medium=Email&utm_campaign=anexo. Acesso em: 1 jun. 2021.
- McKINNON, Catriona; CASTIGLIONE, Dario (2003). Introduction: reasonable tolerance. In: McKINNON, Catriona; CASTIGLIONE, Dario (ed.). *The Culture of Tolerance in Diverse Societies: reasonable tolerance*. Manchester University Press: Manchester; New York, pp. 1-9.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (2012). Poderes da Administração Pública. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Novos Rumos para o Direito Público: reflexões em homenagem à Profa. Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, pp. 221-236.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa (2020). *Representação Política contra Democracia Radical: uma arqueologia (a)teológica do poder separado*. Belo Horizonte: Fino Traço.
- MIGUEL, Luis Felipe (2014). *Democracia e Representação: territórios em disputa*. São Paulo: Editora Unesp.
- MILL, John Stuart (2011). *Sobre a Liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Lisboa; Rio de Janeiro; São Paulo: Almedina; Nova Fronteira; Saraiva.
- MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho (2019). *Extremismo Político: como as democracias podem lidar com as novas ameaças antidemocráticas*. Belo Horizonte: Arraes.
- MOUFFE, Chantal (2000). *The Democratic Paradox*. New York: Verso.
- MOURA, Evânio (2021). Os crimes contra o Estado democrático de Direito e a revogação da LSN. *Consultor Jurídico*, Opinião, 8 set. 2021. Disponível em: ht-

- [tps://www.conjur.com.br/2021-set-08/moura-crimes-estado-direito-revogacao-l-sn](https://www.conjur.com.br/2021-set-08/moura-crimes-estado-direito-revogacao-l-sn). Acesso em: 8 set. 2021.
- PACELLI, Eugenio (2017). **Curso de Processo Penal**. 24. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Atlas.
- PODER360 (2021). **Leia a transcrição do que disse Daniel Silveira e o que levou o STF a prendê-lo**. 21 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/justica/leia-a-transcricao-do-que-disse-daniel-silveira-e-o-que-levou-o-stf-a-prende-lo/>> Acesso em: 10 jan. 2022.
- POPPER, Karl (1967). **Tolerancia y responsabilidad intelectual**. Disponível em: <http://www.hacer.org/pdf/Popper.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- POPPER, Karl (1974). **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Vol. 1. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte; São Paulo: Itatiaia; EdUSP.
- QUEIROZ, Paulo (2016). **Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm.
- RANCIÈRE, Jacques (2014a). **Ainda se Pode Falar de Democracia?** Trad. Vanessa Brito. Rev. João Francisco Figueira; Vítor Silva. Lisboa: KKYM.
- RANCIÈRE, Jacques (2014b). **O Ódio à Democracia**. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo.
- RIBEIRO, Renato Janine (2000). Democracia *versus* República: a questão do desejo nas lutas sociais. BIGNOTTO, Newton (org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000, pp. 13-24.
- RICOEUR, Paul (1995). Tolerância, intolerância, intolerável. In: RICOEUR, Paul (1995). **Leituras 1: em torno do político**. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, pp. 174-190.
- RUNCIMAN, David (2018). **Como a Democracia Chega ao Fim**. São Paulo: Todavia.
- SARTORI, Giovanni (1994). **A Teoria da Democracia Revisitada**. Vol. I – O Debate Contemporâneo. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Régis de Castro Andrade. São Paulo: Ática.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz (2019). **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras.
- SCHWARTZMAN, Simon (2015). **Bases do Autoritarismo Brasileiro**. Campinas: Editora da Unicamp.

- SEARLE, John (1979). **Expression and Meaning**: studies in the theory of speech acts. Cambridge; London; New York; New Rochelle; Melbourne; Sydney: Cambridge University Press.
- SILVA, José Afonso (2006). **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (2020). **Democracia em Crise no Brasil**: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. Rio de Janeiro; São Paulo: EdUERJ; Contracorrente.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues (2019). **Curso de Direito Processual Penal**. 14. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm.
- UOL. **Caso Daniel Silveira**: STF inicia sessão que vai julgar o deputado. Vídeo. 20 abr. 2022. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ojAIHM6N-q4>> Acesso em: 22. abr. 2022.
- VENICE COMMISSION (2010). **Blasphemy, insult and hatred: finding answers in a democratic society**. [Science and technique of democracy, n. 47]. Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- VIÉIRA, Oscar Vilhena (2018). **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Cia. das Letras.
- WALZER, Michael (1997). **On Toleration**. New Haven: Yale University Press.
- WEBER, Max (2012). **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 1. Trad. Regis Barbosa; Karen Elsabe Barbosa. Rev. Tec. Gabriel Cohn. Brasília: Editora UnB.
- ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael (2019). **Lawfare**: uma introdução. São Paulo: Contracorrente.
- ZANONE, Valerio (2010). Tolerância. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco (2010). **Dicionário de Política**. Vol. 2. Brasília: Editora UnB, pp. 1245-1247.