

DEMOCRACIA MILITANTE E IMUNIDADE MATERIAL DOS PARLAMENTARES: LIMITES CONSTITUCIONAIS AOS DISCURSOS DE DEPUTADOS E SENADORES

*MILITANT DEMOCRACY AND PARLIAMENTARY PRIVILEGE:
CONSTITUTIONAL LIMITS TO SPEECHES OF REPRESENTATIVES AND
SENATORS*

Daniel Sarmiento¹

Professor Titular de Direito Constitucional (UERJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

João Gabriel Madeira Pontes²

Mestre em Direito Público (UERJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

ÁREA(S): Direito público; direito constitucional.

RESUMO: A democracia brasileira, a exemplo de outros regimes democráticos, vive uma crise. Espaços de poder são hoje ocupados por forças políticas, pessoas e discursos contrários aos direitos fundamentais e ao funcionamento de instituições independentes. Parlamentares eleitos invocam a imunidade material garantida pela Constituição de 1988 para sustentar

visões de mundo absolutamente autoritárias. Nesse cenário, o presente artigo pretende analisar os limites constitucionais à imunidade material, de modo a afirmar que tal garantia, embora fundamental para assegurar a independência do Poder Legislativo e o bom exercício dos mandatos, não abarca a defesa de ideias francamente antidemocráticas, como a dissolução do Congresso Nacional, o fechamento da Suprema Corte ou discursos de ódio. A demarcação desses limites não apenas

¹ Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. *Visiting Scholar* na Yale Law School. Coordenador da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ. Advogado. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6194143345951603>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1430-4796>.

² Integrante da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ. Advogado. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8309423531349679>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4895-4490>.

perpassa o exame do que é imunidade material e da interpretação que o Supremo Tribunal Federal dá ao conceito. A tarefa também envolve o reconhecimento de que a democracia brasileira deve ser uma democracia militante, isto é, um regime político que protege a sua própria sobrevivência, diante de projetos autoritários de poder.

ABSTRACT: *Brazilian democracy, like other democratic regimes, is experiencing a crisis. Spaces of power are now occupied by political forces, individuals and discourses that oppose fundamental rights and the functioning of independent institutions. Elected congressmen invoke the parliamentary privilege guaranteed by the 1988 Constitution to support authoritarian worldviews. In this scenario, the article intends to analyze the constitutional limits to parliamentary privilege, in order to defend that such guarantee, although fundamental to ensure the independence of the Legislative and the due fulfillment of electoral mandates, does not include the defense of frankly antidemocratic ideas, such as the dissolution of the National Congress, the closing of the Supreme Court or hate speech. The setting of these limits does not just go through the examination of what is parliamentary privilege and the interpretation that the Supreme Court gives to the concept. The task also involves the recognition that Brazilian democracy must be a militant democracy, that is, a political regime concerned with its own survival in the face of authoritarianism.*

PALAVRAS-CHAVE: Crise da democracia; democracia militante; imunidade material; limites à imunidade material; Constituição.

KEYWORDS: *Democracy crisis; militant democracy; parliamentary privilege; limits to parliamentary privilege; Constitution.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Crise da democracia e democracia militante; 2 Imunidade material dos parlamentares: conteúdo normativo e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 3 Limites constitucionais à imunidade material dos parlamentares à luz da teoria da democracia militante; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Democracy crisis and militant democracy; 2 Parliamentary privilege: normative content and jurisprudence of the Federal Supreme Court; 3 Constitutional limits to parliamentary privilege based on the theory of militant democracy; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

1 7 de abril de 2016. Naquele domingo, a Câmara dos Deputados decidia se aceitava, ou não, a denúncia de *impeachment* que pedia contra a então presidente da República, Dilma Rousseff. A sessão,

que já entrou para os anais da história política do País, foi marcada por alvoroço, dentro e fora do plenário. Do púlpito, congressistas declaravam, nominalmente, os seus votos. Entre “sins” e “não”, homens e mulheres eleitos pelo povo faziam declarações e dedicatórias de voto, que, na maior parte dos casos, não guardavam qualquer relação com o alegado crime de responsabilidade em discussão. Depois de contabilizados mais de trezentos votos, o presidente da Câmara chamou Jair Bolsonaro – à época deputado federal pelo Partido Social Cristão (PSC) – a se manifestar. Ao microfone, o capitão reformado bradou:

Perderam em 64, perderam agora em 2016. Pela família e pela inocência das crianças em sala de aula, que o PT nunca teve, contra o comunismo, pela nossa liberdade, contra o Foro de São Paulo, pela memória do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o pavor de Dilma Rousseff, pelo Exército de Caxias, pelas Forças Armadas, pelo Brasil acima de tudo e por Deus acima de todos, o meu voto é sim.³

Se cada um dos votos proferidos naquela sessão buscava expressar de algum modo os valores e a ideologia do respectivo deputado federal, o de Bolsonaro continha elogio à ditadura militar e a conhecido torturador, condenado pelas hediondas sevícias praticadas contra os opositores do regime. As palavras geraram justa indignação, inclusive entre defensores do *impeachment* situados no campo democrático⁴, e renderam ao capitão reformado uma denúncia perante o Conselho de Ética da Câmara. Ao final, o processo foi arquivado, sob o argumento de que aquela manifestação estava protegida pela imunidade parlamentar⁵.

Não se pode negar a importância da imunidade material de deputados e senadores, assegurada pela Constituição de 1988, para o bom funcionamento da democracia. Porém, episódios como o do voto de Jair Bolsonaro no processo

³ Conforme citado em OYAMA, Thaís. *Tormenta: o governo Bolsonaro – Crises, intrigas e segredo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 12.

⁴ Cf. Miguel Reale diz que se incomodou muito com voto enaltecendo Ustra. G1, 28 abr. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/miguel-reale-diz-que-se-incomodou-muito-com-voto-enaltecendo-ustra.html>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁵ Cf. Conselho de Ética arquiva processo de Bolsonaro por homenagem a Ustra. G1, 9 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/conselho-de-etica-arquiva-processo-de-bolsonaro-por-homenagem-ustra.html>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

de *impeachment* de Dilma Rousseff suscitam dúvidas acerca dos limites dessa garantia constitucional. Será admissível que parlamentares se valham da proteção reforçada à sua liberdade de expressão para atacar a própria democracia e os mais básicos direitos fundamentais? Acontecimentos políticos recentes, como a participação ativa de deputados eleitos na convocação de manifestações populares favoráveis ao fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal e à edição de um novo Ato Institucional nº 5, conferem à pergunta contornos muito atuais. E é exatamente sobre esse tema tão delicado que o presente artigo se debruça, tendo como pano de fundo a disseminação de ideias autoritárias em tempos de crise dos regimes democráticos.

Este texto propõe que a questão dos limites à imunidade material seja analisada sob a perspectiva da teoria da *democracia militante*, isto é, da autodefesa democrática. Não há dúvidas de que a nossa democracia, à semelhança de tantos outros regimes democráticos, preza pela tolerância em relação às mais diversas ideias políticas. Contudo, como assevera Samuel Issacharoff, “mesmo uma sociedade tolerante e democrática deve ser capaz de fiscalizar as suas frágeis fronteiras”⁶, sob pena de se converter em verdadeiro pacto suicida. Nessa linha, demarcar as balizas constitucionais da imunidade material de deputados e senadores é tarefa voltada à construção de mecanismos normativos capazes de reagir diante de quem se vale das salvaguardas típicas do regime democrático para tentar sabotá-lo e destruí-lo pelo lado de dentro.

O presente artigo está dividido em três partes, acompanhadas de uma breve conclusão. Na primeira parte, será examinado o conceito de democracia militante: a sua origem, a sua base teórica e normativa, a sua importância em meio à crise dos regimes democráticos. Na sequência, o texto discutirá o tema da imunidade material dos parlamentares, indicando por que tal garantia é relevante para a vida democrática de um país e quais são as balizas à sua fruição, já reconhecidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por fim, serão propostos outros limites à imunidade material dos congressistas brasileiros, tendo-se como fundamento a interpretação desse instituto à luz da teoria da democracia militante. Do ponto de vista metodológico, o artigo se baseia na análise crítica da literatura nacional e estrangeira sobre os temas abordados, bem como da jurisprudência do STF.

⁶ ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Powers in the Era of Constitutional Courts*. Nova York: Cambridge University Press, 2015. p. 123 (tradução livre).

1 CRISE DA DEMOCRACIA E DEMOCRACIA MILITANTE

Democracias mundo afora vivem tempos conturbados. Depois de anos de crescimento e consolidação – animados por fatores como a queda do comunismo no Leste Europeu, o fim do ciclo ditatorial na América Latina e a independência de várias nações africanas⁷ –, os regimes democráticos começaram a viver o que Larry Diamond caracterizou como um período de recessão⁸. Os motivos por trás disso são múltiplos e variam de país para país. De fato, o fenômeno possui não apenas raízes socioeconômicas, fincadas no aumento dos índices de desigualdade, após as décadas de hegemonia do neoliberalismo, como também matrizes culturais, notadamente a reação de setores conservadores ao avanço das agendas de minorias raciais e sexuais na sociedade e em espaços institucionais relevantes⁹. Aos olhos de muitos eleitores, é como se a democracia tivesse perdido o seu encanto, o que contribuiu para a ascensão política de lideranças autoritárias cujos programas vão de encontro aos pilares do Estado Democrático de Direito. O diferencial, na contemporaneidade, está no fato de que, com grande frequência, as democracias não perecem repentinamente, a golpes de estado ou quarteladas. Elas vão “morrendo aos poucos”, corroídas nas suas bases pela ação insidiosa de líderes e forças políticas autoritárias, que, tendo ascendido ao poder pela via eleitoral, passam a atentar sistematicamente contra os direitos fundamentais e as instituições democráticas, e a tratar adversários políticos como inimigos a serem eliminados¹⁰.

Em meio a esse panorama sombrio, há quem enxergue no comportamento das instituições a chave para se investigar se determinada democracia está, ou não, em crise. De acordo com essa interpretação, se os órgãos de controle ainda são capazes de demonstrar algum grau de resiliência às investidas do

⁷ Cf. NICOLAU, Jairo. Prefácio. In: LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 7.

⁸ Cf. DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic Recession. *Journal of Democracy*, v. 26, n. 1, p. 141-155, 2015.

⁹ Devido ao estreito recorte temático deste artigo, não será possível analisar as razões que explicam a onda de recessão democrática que hoje aflige vários países ao redor do mundo. Por isso, remete-se o leitor a PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 15-60; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 21-46.

¹⁰ Cf., e.g., LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; BERMEO, Nancy. On Democratic Backsliding. *Journal of Democracy*, v. 27, n. 1, p. 06-08, 2016.

novo autoritarismo, falar em crise democrática seria alarmista demais. Porém, tal compreensão deixa de lado um ponto fundamental, que é a importância do enraizamento de certos valores para a sobrevivência das democracias. A democracia pressupõe uma sociedade em que os valores democráticos são aceitos e cultivados¹¹. Em outras palavras, crises democráticas não dizem respeito apenas ao mau funcionamento das instituições em dado momento histórico, mas, também, à degradação dos sentimentos democráticos que circulam entre os membros da coletividade¹². Inclusive porque essa degradação tende a produzir a contaminação e a perversão das instituições.

Nesse sentido, muitas democracias, entre elas a brasileira, passam por uma crise. Isso porque seus eleitores escolheram – ou ao menos transigiram com – programas políticos lastreados na recusa de promessas básicas da Constituição. Independentemente das razões que os levaram a fazê-lo, foram os próprios cidadãos, no exercício do seu direito fundamental ao voto, que abraçaram as lideranças autoritárias que hoje atentam contra a democracia. Deve-se, assim, vasculhar a história para revisitar esforços passados de elaboração de instrumentos jurídicos voltados à contenção de determinadas ameaças, em contextos semelhantes de desencantamento generalizado da democracia e de participação de movimentos antidemocráticos na cena política.

Entre as décadas de 1920 e 1940, pairava sobre a Europa uma aura de desconfiança em relação ao futuro do projeto democrático, que, para muitos, já havia se esgotado¹³. Esse clima de profunda descrença – somado à ambição das elites políticas tradicionais, à negligência da *intelligentsia* liberal e aos amargos frutos econômicos colhidos após a Primeira Guerra Mundial – foi solo fértil para o fortalecimento dos programas fascistas em países como Alemanha, Espanha, Itália e Portugal. Preocupado com a expansão do autoritarismo no

¹¹ Não à toa, Manuel Castells afirma que “a força e a estabilidade das instituições dependem da sua vigência na mente das pessoas” (CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 12). Em sentido semelhante, Juan Linz e Alfred Stepan dizem que democracias bem consolidadas são aquelas em que a forma democrática de governo é a única opção possível (“*the only game in town*”) aos olhos dos cidadãos. Cf. LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. *Toward Consolidated Democracies*. *Journal of Democracy*, v. 07, n. 2, p. 14-33, 1996.

¹² Cf. KONCEWICZ, Tomasz Tadeusz. *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*. *Review of Central and East European Law*, v. 43, n. 2, p. 125, 2018.

¹³ Cf. RIJPKEMA, Bastiaan. *Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance*. Trad. Anna Asbury. Oxon e New York: Routledge, 2018. p. 22-24.

velho continente, o constitucionalista alemão Karl Loewenstein publicou célebre artigo, dividido em duas partes¹⁴, no qual sustentou que, para se manter viva, toda democracia deve se dotar de ferramentas jurídicas capazes de assegurar que agentes autoritários não consigam acessar os espaços formais de representação popular, para depois destruírem a própria democracia. A essa tese ousada, o referido autor deu o nome sugestivo de “democracia militante”.

Segundo Loewenstein, a difusão de ideias e emoções autoritárias era facilitada, àquela época, por várias condições nacionais específicas, desde a crise financeira que assolava determinados países europeus até a sensação de fracasso e de humilhação alimentada pelos cidadãos dos Estados derrotados na Primeira Guerra Mundial. No entanto, para o constitucionalista alemão, além desses elementos, existiria outro grave ponto: a fraqueza estrutural das democracias para lidar com aqueles que visam a destruí-la. De acordo com Loewenstein, foi essa fraqueza – antes mesmo da depressão econômica ou da insatisfação política – que permitiu a consagração eleitoral de líderes autoritários, sempre dispostos a se aproveitarem dos direitos e das garantias que os próprios regimes democráticos generosamente lhes concederam.

Por esse motivo, o autor dizia ser necessária a adoção de medidas para reduzir a participação do autoritarismo na vida política das democracias. A proposta de Loewenstein dialoga com um debate antigo da filosofia política acerca dos limites da tolerância¹⁵. O pensador austríaco Karl Popper abordaria, anos depois, essa mesma questão, ao tratar do que ele denominou “paradoxo da tolerância”. Nas suas palavras:

Tolerância ilimitada levará ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada mesmo àqueles que são intolerantes, se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra o ataque do intolerante, então os tolerantes e a tolerância serão destruídos. [...] Devemos, portanto, reivindicar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar o intolerante. Devemos reivindicar que qualquer

¹⁴ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Militant Democracy and Fundamental Rights, I. The American Political Science Review*, v. XXXI, n. 3, p. 417-432, 1937; e LOEWENSTEIN, Karl. *Militant Democracy and Fundamental Rights, II. The American Political Science Review*, v. XXXI, n. 4, p. 638-658, 1937.

¹⁵ Sobre o tema, cf. WALZER, Michael. *On Toleration*. New Haven: Yale University Press, 1997.

movimento intolerante seja posto fora da lei, e devemos considerar como criminosos o incitamento à intolerância e a perseguição, exatamente como devemos considerar o incitamento ao assassinato, ou ao sequestro; ou como devemos considerar qualquer tentativa de se reviver o tráfico de escravos.¹⁶

Nesse debate, a teoria da democracia militante marca posição no sentido de que, para reivindicar o direito a ser tolerado, o indivíduo deve conceder ao outro esse mesmo direito. Ou, na formulação de John Rawls, “um indivíduo só pode denunciar as violações dos princípios que ele mesmo reconhece”, razão pela qual “os intolerantes não possuem o direito de reclamar quando lhes é negada uma mesma liberdade”¹⁷. Trata-se, em última análise, de admitir que o conceito de *reciprocidade* configura premissa inafastável nos debates acerca dos limites da tolerância política¹⁸.

Nessa perspectiva, as democracias devem ser tolerantes, estendendo a todas as pessoas, independentemente das suas crenças e das suas visões de mundo, o mesmo tratamento. Contudo, há situações-limite em que o princípio da tolerância se depara com restrições legítimas, como se dá quando determinado agente político pretende se utilizar das regras da democracia para fazer implementar agendas que negam essas mesmas regras. Para Loewenstein, tais hipóteses devem deflagrar medidas de autodefesa democrática.

A mais conhecida dessas medidas consiste na proibição do funcionamento de organizações e partidos políticos cujas bandeiras sejam contrárias ao núcleo dos valores democráticos, providência existente em vários outros países, como Alemanha e Itália¹⁹. No Brasil, o princípio da democracia militante também pode ser extraído da Constituição de 1988, cuja narrativa estruturante está

¹⁶ POPPER, Karl. *The Open Society and Its Enemies*. New One-Volume Edition. Princeton: Princeton University Press, 2013. p. 581 (tradução livre).

¹⁷ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 190 (tradução livre).

¹⁸ Cf. FORST, Rainer. *Tolerance in Conflict: Past and Present*, Trad. Ciaran Cronin. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 23.

¹⁹ Cf. BOURNE, Angela K.; BÉRTIOA, Fernando Casal. Mapping “Militant Democracy”: Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945-2015). *European Constitutional Law Review*, v. 13, n. 2, p. 231, 2017.

ancorada na recusa da ditadura civil-militar e na construção de uma sociedade comprometida com a promoção de liberdade e de igualdade para todos. Esse princípio aparece com clareza no art. 17, *caput*, da Lei Maior, o qual prevê que “[é] livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana [...]” (grifos acrescentados). Percebe-se, assim, que o texto constitucional garante ampla liberdade associativa no campo político, mas condiciona o exercício desse direito ao respeito de outros valores igualmente relevantes, como o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais.

Não bastasse, ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 572 – na qual se discute a validade do polêmico inquérito que investiga a prática de atos contrários ao funcionamento da Corte –, fizeram menção expressa à democracia militante, relacionando-a à proteção das instituições constituídas em face de investidas autoritárias, como se vê no voto do Ministro Edson Fachin:

Nenhuma disposição do texto Constitucional pode ser interpretada ou praticada no sentido de permitir a grupos ou pessoas suprimirem o gozo e o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Nenhuma disposição pode ser interpretada ou praticada no sentido de excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo.

Essa ordem de ideias ecoa o que Karl Loewenstein chamava de democracia militante (*streitbare Demokratie*), mas, ao invés de simplesmente abolir grupo ou partidos, como às vezes é lida a tese do constitucionalista alemão, elas restringem sua aplicação aos atos que, abusando dos direitos e garantias protegidos pela Constituição, invocando-os a pretexto de ideologia política, visam abolir ou restringir direitos de determinadas pessoas ou grupos.²⁰

²⁰ STF, ADPF 572, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 13.11.2020. No mesmo julgamento, o Ministro Gilmar Mendes também se referiu, em seu voto, à democracia militante.

Não há dúvida de que o uso de medidas militantes, sobretudo de providências fortes como o banimento de partidos políticos, é ato grave para a democracia, já que tensiona direitos como as liberdades de expressão e de participação política²¹. Ademais, tais medidas podem acabar sendo instrumentalizadas por agentes públicos mais preocupados com a promoção dos seus próprios interesses ideológicos do que com a defesa do regime democrático²². Veja-se o mau exemplo da experiência jurisprudencial brasileira. Em 1947, o Tribunal Superior Eleitoral cancelou o registro do Partido Comunista do Brasil, muito embora, de acordo com o Relator originário do processo, não houvesse nenhuma prova concreta de que o PCB estivesse atentando contra os valores democráticos e os direitos fundamentais. Um dos argumentos aventados pelo Relator designado foi precisamente o de que a democracia instituída pela Constituição de 1946 era uma democracia militante e, portanto, deveria combater a referida associação comunista, que, a seu ver, “não é propriamente um partido. É uma insurreição em marcha, [...] uma confraria, uma ordem religiosa às avessas, [...] uma conjuração!”²³ Como consequência, foram cassados os mandatos de todos os parlamentares à época eleitos pelo PCB.

De toda forma, fato é que qualquer ideia ou teoria pode ser mal utilizada, e não se deve abandoná-las apenas pelo risco de malversação. Assim, não se deve rechaçar de plano a teoria da democracia militante, mas sim buscar definir o seu escopo de aplicação e erigir salvaguardas institucionais, com vistas a evitar equívocos e arbitrariedades no momento de aplicá-la à prática. Em outros termos, depois de verificados os perigos presentes no uso da teoria, deve-se identificar os valores democráticos cuja tutela justifica a mobilização de medidas militantes, e os mecanismos processuais de depuração, de (auto)contenção e de

²¹ Cf. BOURNE, Angela K. *Democratic Dilemmas: why democracies ban political parties*. Oxon e New York: Routledge, 2018. p. 1 (tradução livre).

²² Cf. ACCETTI, Carlo Invernizzi; ZUCKERMAN, Ian. What’s Wrong with Militant Democracy? *Political Studies*, v. 65, n. 1S, p. 182-199, 2017; MALKOPOULOU, Anthoula; NORMAN, Ludwig. Three Models of Democratic Self-Defense. In: MALKOPOULOU, Anthoula; KIRSHNER, Alexander S. (Ed.). *Militant Democracy and Its Critics*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019. p. 92-111; e MÜLLER, Jan-Werner. Militant Democracy. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1254-1269.

²³ TSE, Processo nº 411/412, Rel. Sá Filho, Rel. p/ resolução Des. José Antônio Nogueira, Sessão de 07.05.1947.

supervisão das decisões tomadas pelas autoridades às quais compete a difícil tarefa de vigiar as fronteiras da democracia²⁴.

Por outro lado, também se deve refletir sobre as estratégias de autodefesa democrática para além da moldura preventiva na qual está inserida a formulação original da democracia militante²⁵. Expedientes como a proibição de partidos políticos autoritários apostam na ideia de que, uma vez no poder, grupos antidemocráticos poderão se tornar muito mais resistentes à ação das instituições de controle e que, por isso, como ensina o ditado, é melhor prevenir do que remediar. Embora absolutamente correto, tal raciocínio não pode levar a teoria a fechar os seus olhos para aqueles casos – infelizmente comuns, em tempos de recessão democrática – nos quais lideranças autoritárias já ocupam posições relevantes de poder²⁶. Afinal, se agremiações partidárias e candidatos com bandeiras autoritárias já se mostram capazes de promover danos à democracia, é certo que os prejuízos são muito maiores quando tais atores conseguem se infiltrar nas esferas formais de exercício do poder político, tendo a oportunidade de concretizar as suas agendas²⁷.

Abre-se margem, assim, para repensar a democracia militante sob o paradigma da reação. É justamente como medida reativa a agentes antidemocráticos que se deve compreender a fixação de limites constitucionais à imunidade material de parlamentares que usam os seus próprios mandatos eletivos para defender medidas como a dissolução do Congresso Nacional e o fechamento da Suprema Corte, ou para promover o ódio ou a violência contra minorias vulneráveis. Antes de ingressar nesse tema específico, cumpre analisar

²⁴ Para uma análise mais detida das críticas à democracia militante e dos contra-argumentos a essas críticas, bem como de propostas voltadas à construção de um arcabouço teórico-constitucional para as medidas de autodefesa democrática e à redução dos riscos subjacentes ao seu uso pelas instituições públicas, cf. PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*, op. cit., p. 103-309.

²⁵ Sobre a relação entre democracia militante e prevenção, cf. CAYÓN, José Ignacio Solar. Defesa preventiva de la democracia: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Criterio Jurídico Garantista*, ano 3, n. 6, p. 36-55, 2012; e VINX, Lars. Democratic equality and militant democracy. *Constellations*, 2020.

²⁶ Cf. GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 171.

²⁷ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Democracia militante. *Folha de São Paulo*, 14 mar. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2020/03/democracia-militante.shtml>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

o que é imunidade material, e como esse instituto vem sendo interpretado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É o que se passa a fazer.

2 IMUNIDADE MATERIAL DOS PARLAMENTARES: CONTEÚDO NORMATIVO E JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição de 1988 estabelece que “[o]s deputados e senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” (art. 53, *caput*), além de estender a mesma garantia aos deputados estaduais (art. 27, § 1º) e aos vereadores – a estes na circunscrição dos respectivos Municípios (art. 29, inciso VIII). A imunidade material, também conhecida como inviolabilidade parlamentar, é instituto antigo, originado no Direito anglo-saxão²⁸. Em relatório sobre o tema, comissão formada por membros da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns do Parlamento da Inglaterra asseverou que, sem tal proteção, os legisladores “seriam prejudicados no desempenho das suas funções parlamentares, e a autoridade do próprio Parlamento para enfrentar o Executivo e para atuar como um fórum de expressão das ansiedades dos cidadãos seria, conseqüentemente, diminuída”²⁹.

Sob tal perspectiva, diferentemente do que afirmam alguns dos seus críticos mais ferrenhos, a imunidade não consiste em privilégio pessoal de deputados e senadores. Trata-se, antes, de regra que fortalece a livre expressão dos congressistas, em prol da independência da instituição que integram, da higidez das funções públicas que exercem e dos interesses dos eleitores que representam³⁰. Em artigo publicado na imprensa em outubro de 1898, ainda sob a grave impressão deixada pelo uso constante do estado de sítio pelos presidentes da República Velha como instrumento autoritário de controle da oposição³¹, afirmou Rui Barbosa:

²⁸ Cf. ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961. p. 23.

²⁹ CÂMARA DOS LORDES; CÂMARA DOS COMUNS. *Parliamentary Privilege: First Report, 1999*, parágrafo 03 (tradução livre). Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/jt199899/jtselect/jtpriv/43/4305.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

³⁰ COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon Legislative Power of the States of the American Union*. Boston: Little, Brown and Company, 1871. p. 134.

³¹ Cf. GOMES, Ana Suelen Tossige; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. O estado de exceção no Brasil republicano. *Direito e Praxis*, v. 8, n. 3, p. 1760-1787, 2017; e NAUD, Leda Maria Cardoso. Estado de sítio: primeira parte. *Revista de Informação Legislativa*, v. 2, n. 5, p. 134-180, 1965.

Não são [...] as imunidades parlamentares esse privilégio dos membros do congresso, figurado pelos amigos do estado de sítio. Privilégio constituem elas, sim, mas da câmara, do senado, do congresso, da nação, cujas vontades ele exprime no exercício do poder legislativo, e não poderia exprimir com a sobranceira precisa sem esse escuso para a consciência dos seus membros. O congresso é um poder inerme. O presidente da república, um poder armado. Que liberdade, nas hostilidades entre um e outro, poderia ter o primeiro, se uma inviolabilidade constitucional o não garantisse contra a força do segundo? O poder legislativo faz a lei. O poder executivo dá-lhe execução. Mas evidentemente as posições ficariam transpostas, se o executivo pudesse vibrar contra o legislador a arma da coação pessoal.

O privilégio, de que se trata, é, portanto, um privilégio a favor do povo, um privilégio a favor da lei, um privilégio a favor da constituição.³²

Não é por coincidência que, na turbulenta história constitucional brasileira, essa garantia tão importante para o funcionamento adequado da democracia tenha sido menosprezada pelas cartas políticas nos períodos de governos ditatoriais. Prevista nas Constituições de 1824 (art. 26), de 1891 (art. 19), de 1934 (art. 31), de 1946 (art. 44) e, por fim, de 1988, a inviolabilidade parlamentar por opiniões, palavras e votos foi muito enfraquecida pelo texto de 1937, outorgado por Getúlio Vargas, bem como pela Emenda Constitucional nº 1/1969, que alterou a Constituição de 1967 depois da edição do famigerado Ato Institucional nº 5³³. Isso não significa, é claro, que a liberdade de atuação parlamentar, a

³² BARBOSA, Rui. O privilégio parlamentar. In: *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, v. XXV, t. I, 1947. p. 27.

³³ De acordo com o art. 43, *caput*, da Constituição de 1937, “[s]ó perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento nacional pelas opiniões e votos que, emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos da responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime” (grifos acrescentados). Em sentido semelhante, dispunha o art. 32, *caput*, da Constituição de 1967, com a redação dada pela EC 1/1969, “[o]s deputados e senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional” (grifos acrescentados).

despeito do seu reconhecimento na esfera jurídica, tenha sido objeto de proteção eficaz durante períodos atribulados como o Império e a República Velha. De toda maneira, foi no Estado Novo e na ditadura civil-militar que a inviolabilidade de congressistas sofreu com a imposição de condições draconianas não só no plano dos fatos, como também no próprio texto constitucional.

A inegável relevância da imunidade material para a vida democrática, todavia, não lhe confere caráter ilimitado. Uma das principais razões que costumam fundamentar leituras mais moderadas dessa garantia é a tutela da igualdade formal, prevista no art. 5º, *caput* e inciso I, da CF/1988. Na defesa fervorosa do instituto, Rui Barbosa já se antecipava à crítica, ao afirmar que o preceito da inviolabilidade, “[l]ongue de ser estabelecido contra a igualdade, para favorecer a um diminuto número de cidadãos, foi criado com o intuito de evitar, em benefício de todos eles, que o múnus público do seu manto se converta, para os encarregados de executá-lo, na mais perigosa desigualdade”³⁴, assegurando-lhes, assim, paridade de armas nas disputas com o Executivo. Ocorre que, nas repúblicas democráticas, faz-se necessário garantir aos cidadãos, sobretudo àqueles destituídos de qualquer Poder Público, a capacidade de “de olhar os demais no olho, sem ter que se curvar ou que temer”³⁵. Portanto, nesses regimes, deve-se evitar que tratamentos diferenciados legítimos, como a previsão da imunidade material, transformem-se em convites para práticas abusivas, sob o escudo da lei³⁶.

Analisando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, é possível notar que o escopo de incidência da cláusula de inviolabilidade parlamentar mostra-se amplo no Brasil. Em relação ao conteúdo dos discursos protegidos por essa garantia, restam abrangidas, a princípio, desde graves denúncias de supostos crimes³⁷ até opiniões – positivas ou negativas – direcionadas a quaisquer pessoas e instituições³⁸, ainda que formuladas

³⁴ BARBOSA, Rui. O privilégio parlamentar, *op. cit.*, p. 28-29.

³⁵ PETTIT, Philip. The Republican Ideal of Freedom. In: MILLER, David (Ed.). *The Liberty Reader*. Boulder: Paradigm Publishers, 2006. p. 231 (tradução livre).

³⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle. Comentário ao artigo 53. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 1149.

³⁷ Cf. STF, Inq 2.815-AgRg-ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 18.12.2009; e Inq 2.130, Tribunal Pleno, Relª Min. Ellen Gracie, DJ 05.11.2004.

³⁸ Cf. STF, Pet 7.434-AgRg, Tribunal Pleno, Relª Min. Rosa Weber, DJe 18.03.2019.

por meio de expressões “ácidas, jocosas, mordazes, ou até impiedosas”³⁹, e independentemente do meio de transmissão da mensagem⁴⁰. Quanto ao lugar do pronunciamento, o STF consigna que a inviolabilidade subsiste mesmo fora dos recintos parlamentares⁴¹.

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal também já estabeleceu balizas relevantes para a fruição da imunidade material. Uma delas, à qual se deu o nome de “nexo de implicação recíproca”⁴², diz respeito ao vínculo necessário entre a manifestação parlamentar a ser tutelada pela inviolabilidade e o exercício do mandato eletivo. Em outras palavras, como a imunidade “constitui garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal)”, não faz sentido estendê-la às opiniões do congressista “que se revelem estranhas ao exercício, por ele, do mandato legislativo”⁴³. Com base nesse entendimento, a Corte recebeu queixa-crime ajuizada contra o Deputado Federal Éder Mauro por edição fraudulenta e divulgação de vídeo voltado a ofender o ex-parlamentar Jean Wyllys⁴⁴, tendo, inclusive, condenado o réu pela prática do delito⁴⁵. Antes disso, o Tribunal já havia decidido que as palavras do então Deputado Federal Jair Bolsonaro, dirigidas à também congressista Maria do Rosário, “se revelam estranhas ao exercício do mandato legislativo, ao afirmar que ‘não estupraria’ Deputada Federal porque ela ‘não merece’”⁴⁶.

³⁹ STF, Pet 5.714-AgRg, 1ª Turma, Relª Min. Rosa Weber, DJe 13.12.2017.

⁴⁰ Cf. STF, Inq 2.332-AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 01.03.2011.

⁴¹ Cf. STF, Inq 3.677, Tribunal Pleno, Relª Min. Cármen Lúcia, Red. p/o Ac. Min. Teori Zavascki, DJe 30.10.2014.

⁴² STF, Inq 390-QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.10.1989.

⁴³ Cf. STF, Inq 1.024-QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.03.2005 (sem grifos originais).

⁴⁴ “8. A imunidade parlamentar material, estabelecida para fins de proteção republicana ao livre exercício do mandato, não confere aos parlamentares o direito de empregar expediente fraudulento, artificioso ou ardiloso, voltado a alterar a verdade da informação, com o fim de desqualificar ou imputar fato desonroso à reputação de terceiros. 9. Consectariamente, cuidando-se de manifestação veiculada por meio de ampla divulgação (rede social), destituída, ao menos numa análise prelibatória, de relação intrínseca com o livre exercício da função parlamentar, deve ser afastada a incidência da imunidade prevista no art. 53 da Constituição Federal.” (STF, Pet 5.705, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 13.10.2017)

⁴⁵ Cf. STF, AP 1.021, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 21.10.2020.

⁴⁶ STF, Inq 3.932, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 09.09.2016.

Ademais, o STF vem revisitando julgados antigos para estabelecer interpretação mais restritiva da cláusula da imunidade material. Nessa linha, ressalte-se decisão, proferida no início deste ano de 2020, na qual a Corte afastou a aplicação da garantia da inviolabilidade para receber queixa-crime em face do ex-deputado federal Wladimir Costa, em virtude de ofensas verbais contra artistas, por ele desferidas em sessão do plenário da Câmara dos Deputados e em reunião da Comissão de Constituição e Justiça. De acordo com o entendimento que até então prevalecia no STF, manifestações ditas dentro da própria casa legislativa gozariam de imunidade material absoluta, sendo desnecessário, nesses casos, proceder à verificação da existência, ou não, denexo de implicação recíproca entre elas e o exercício do mandato representativo⁴⁷. Contudo, nessa nova oportunidade, o Tribunal adotou orientação oposta, assentando que “a manifestação do parlamentar acobertada pela imunidade material há [...] de ter relação com o exercício do mandato, onde quer que seja proferida”⁴⁸.

A partir dessas leituras renovadas da imunidade material – que não se coadunam nem com corporativismos, nem com abusos, e que parecem ganhar espaço na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal –, pode-se cogitar de outros limites ao instituto, tendo em vista a necessidade de harmonizá-lo com a tutela dos valores nucleares da Constituição de 1988. Nesse contexto, cabe examinar a inviolabilidade parlamentar à luz da teoria da democracia militante, para que tal garantia, essencial ao regime democrático, não se transmude em mecanismo de blindagem de parlamentares, que possam se valer dele com o objetivo de atentar contra a própria democracia. Esse é o objeto do próximo item.

3 LIMITES CONSTITUCIONAIS À IMUNIDADE MATERIAL DOS PARLAMENTARES À LUZ DA TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE

Já se tornou lugar-comum a afirmação de que “[n]ão se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”⁴⁹. Essa ideia tem grande relevo no campo da interpretação

⁴⁷ “Tratando-se de ofensas irrogadas no recinto do Parlamento, a imunidade material do art. 53, *caput*, da Constituição da República é absoluta. Despiciendo, nesse caso, perquirir sobre a pertinência entre o teor das afirmações supostamente contumeliosas e o exercício do mandato parlamentar.” (STF, Inq 3.814, 1ª Turma, Relª Min. Rosa Weber, DJe 21.10.2014)

⁴⁸ STF, Pet 7.174, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Red. p/o Ac. Min. Marco Aurélio, DJe 28.09.2020 (grifos acrescentados).

⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 34.

constitucional. É que as normas da Constituição não são compartimentos estanques, mas peças que se comunicam e se interpenetram, e que devem ser lidas em conjunto. Não por outro motivo, entre os componentes tradicionais de interpretação constitucional, a doutrina costuma destacar a relevância do elemento sistemático, que convoca o intérprete a olhar para a Constituição como um complexo ordenado de preceitos que, ao se complementarem e se limitarem reciprocamente, formam uma mesma unidade, com vistas à concordância prática entre as suas partes⁵⁰.

Nessa linha, a norma constitucional que trata da imunidade material dos parlamentares não pode ser lida de forma isolada. Ao contrário, deve-se interpretá-la em conjunto com os demais preceitos da Constituição de 1988 que sistematizam o funcionamento do jogo político-eleitoral no Brasil, como é o caso do art. 17, que, conforme já se viu, disciplina os partidos e fornece, em seu *caput*, base jurídica para a aplicação da teoria da democracia militante no nosso País. Desse modo, assim como a criação de partidos políticos encontra limites constitucionais nos princípios do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana, também não é dado aos parlamentares, obrigatoriamente filiados às referidas agremiações (art. 14, § 3º, inciso V, da CF/1988), usarem-se de opiniões, palavras e votos para atentar contra o núcleo essencial desses mesmos valores essenciais à democracia. Trata-se do que José Levi Mello do Amaral Júnior, em tese sobre a inviolabilidade dos congressistas, chamou de “limite mediado pela disciplina constitucional dos partidos políticos”⁵¹.

A demarcação dessa nova fronteira da imunidade material, para além da leitura do instituto à luz da normatização dos partidos políticos, também se justifica a partir da necessidade de interpretação teleológica do art. 17, *caput*, da CF/1988, no Brasil. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais “devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade”⁵². Sob esse viés, como o referido dispositivo busca evitar que os partidos políticos

⁵⁰ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 415-417 e 436-439.

⁵¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Inviolabilidade parlamentar*. Tese de livre docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018. p. 213-274.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 137.

sejam transformados em instrumentos de erosão da democracia, tem-se que o seu objetivo restaria muito comprometido se fosse permitido aos parlamentares, que têm acesso direto aos fóruns de tomada de decisão, perverter a garantia da inviolabilidade com intuítos antidemocráticos⁵³.

Desse modo, embora a imunidade material garanta a todo congressista a possibilidade de criticar, com firmeza e até com dureza e agressividade, instituições, políticas públicas, adversários políticos, organizações da sociedade civil etc., há situações-limite em que tal garantia deve ser afastada em uma democracia constitucional. Não se deve admitir, por exemplo, que parlamentares utilizem o biombo da inviolabilidade para atacar o próprio funcionamento do Congresso Nacional, ao defender a sua dissolução. Também se reconhece que deputados e senadores podem condenar publicamente quaisquer decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, criticar a atuação da Corte, bem como propor mudanças no desenho da instituição. Mas o mesmo não pode ser dito em relação a propostas de fechamento da Corte. Por fim, é claro que congressistas estão livres para propor modelos tradicionais de configurações familiares, criticar determinadas políticas voltadas à defesa de minorias ou defender medidas mais rígidas de segurança pública. Porém, isso não significa que eles possam tratar mulheres, negros, indígenas, homossexuais e transsexuais como cidadãos de segunda classe, ou afirmar que suspeitos de delitos devam ser torturados ou fuzilados em prol da suposta tranquilidade pública. A imunidade parlamentar não acoberta o discurso de ódio.

Manifestações dessa natureza podem até apresentar algum nexo de implicação recíproca com o exercício do mandato eletivo pelo parlamentar, o que, ainda assim, não atrairá a proteção reforçada do direito à livre expressão, garantida no art. 53, *caput*, da CF/1988. Em outros termos, mesmo que a plataforma política do congressista seja centrada nessas ideias antidemocráticas, a regra da imunidade material não será aplicável ao caso concreto, em prol da autodefesa da democracia. De maneira semelhante, pouco importa o local onde tais discursos sejam pronunciados, se dentro do recinto parlamentar ou não.

⁵³ “[...] embora algum grau de tolerância com o extremismo na periferia do sistema democrático seja apropriado e até útil, nossa atitude em relação ao extremismo deve se tornar cada vez mais restritiva à medida que os atores políticos se aproximarem dos centros de tomada de decisão real.” (RUMMENS, Stefan; ABTS, Koen. *Defending Democracy: The Concentric Containment of Political Extremism. Political Studies*, v. 58, n. 4, p. 635, 2010, tradução livre)

Sob tal perspectiva, errou o STF ao reputar que discurso de ódio, proferido pelo então Deputado Federal Jair Bolsonaro contra as populações remanescentes de quilombos, encontrava-se protegido pela garantia da imunidade material, em razão do nexo de implicação recíproca entre tal discurso e o seu mandato⁵⁴. Como se sabe, em rumorosa palestra dada no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, Bolsonaro vociferou: “Eu fui num quilombo. O afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada. Eu acho que nem para procriador ele serve mais. Mais de R\$ 1 bilhão por ano é gasto com eles”⁵⁵. Apesar de a minoria ter apontado para a necessidade de se limitar a inviolabilidade no contexto democrático, a fim de proteger os direitos fundamentais de minorias vulneráveis, a 1ª Turma da Corte resolveu rejeitar a denúncia, sob o argumento de que a fala discriminatória do atual presidente da República continha “crítica a programas governamentais voltados à proteção de grupos hipossuficientes”, o que estaria supostamente em harmonia com o art. 53, *caput*, da CF/1988.

Aliás, o STF já firmou jurisprudência contrária à proteção do discurso do ódio. O *leading case* foi o importante caso *Ellwanger*⁵⁶, que cuidou da condenação criminal de um editor de livros que se especializara na publicação de obras de teor antissemita. Na ocasião, a Corte decidiu que a proteção da igualdade e da dignidade humana sobrepujavam a tutela da liberdade de expressão, justificando a criminalização da conduta, então enquadrada como racismo. O entendimento foi mantido em julgado mais recente, que tratou da conduta de liderança religiosa que atacara de modo virulento os adeptos de religiões afro-brasileiras⁵⁷. Essa orientação da nossa Suprema Corte está em harmonia com a posição da maior parte da jurisprudência comparada e internacional, que tem respaldado a proibição do chamado *hate speech*⁵⁸. Ela parte do reconhecimento

⁵⁴ Cf. STF, Inq 4.694, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 01.08.2019.

⁵⁵ Conforme citado em Congresso em Foco. Bolsonaro: “Quilombola não serve nem para procriar”, 5 abr. 2017. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/bolsonaro-quilombola-nao-serve-nem-para-procriar/>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁵⁶ STF, HC 82.424, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 19.09.2003.

⁵⁷ STF, RHC 146.303, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/o Ac. Min. Dias Toffoli, J. 29.11.2016.

⁵⁸ Veja-se, a propósito, SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. In: *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 207-262; ROSENFELD, Michael. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a comparative analysis. *Cardoso Law School Working Paper Series*, n. 41, 2001.

de que o discurso do ódio, além de em nada contribuir para a democracia, causa gravíssimos danos às suas vítimas⁵⁹.

Ora, se o discurso virulento contra grupos estigmatizados deve ser proibido para particulares, por razões ainda maiores ele não deve ser tolerado se proveniente de parlamentares, que são agentes do Estado. Até porque a visibilidade pública dos congressistas e a repercussão natural de suas manifestações tendem a agravar os danos que o discurso do ódio causa sobre os seus alvos, contribuindo para a criação, na sociedade, de um ambiente opressivo e por vezes perigoso para as vítimas. A ausência de qualquer reação estatal repressiva contra esse discurso pode representar um estímulo para a sua reiteração, além de transmitir a inaceitável impressão de que agressões racistas, machistas, homofóbicas etc., são legítimas e contam com o beneplácito do Estado.

Sem embargo, a categoria do discurso do ódio deve ser lida de modo restritivo, para colher apenas aquelas manifestações que efetivamente ostentem caráter agressivo e discriminatório contra grupos estigmatizados. Não devem ser coibidas, por exemplo, manifestações contrárias a propostas e políticas públicas relativas a esses grupos – *e.g.*, cotas raciais, criminalização da homofobia, demarcação de terras indígenas –, que, embora profundamente equivocadas, não se revistam de caráter desrespeitoso e não se baseiem na negação da igual dignidade humana dos integrantes da categoria social. Afinal, os debates sobre temas politicamente relevantes devem ocorrer com ampla liberdade no Legislativo, como exige a democracia.

Nos casos de efetivo discurso de ódio e em outras hipóteses de inequívoco ataque à democracia – *e.g.*, defesa de golpe militar, de fechamento do Congresso ou do STF –, o afastamento da imunidade material como mecanismo de autodefesa democrática deve se dar de maneira absolutamente cautelosa, atenta às circunstâncias do caso concreto, e dentro dos marcos constitucionais. Isso porque, como alerta Osmar Veronese em trabalho sobre o tema, existe “o risco da má utilização dessa ideia, ou seja, ela ser apropriada por ditadores (mesmo os disfarçados de democratas), dando um sentido completamente diverso do

⁵⁹ Sobre os danos causados pelo discurso do ódio, veja-se MATSUDA, Mari J et al. *Words that Wound: critical race theory, assaultive speech and the first amendment*. Boulder: Westview, 1993; e WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

desejado, e se assim o for, o dano ao sistema democrático poderá ser maior do que a manutenção da fórmula tradicional”⁶⁰.

Recorde-se que, durante a ditadura civil-militar, não era incomum tentar-se afastar a garantia da inviolabilidade para perseguir parlamentares críticos àquele regime autoritário, com base no argumento da proteção das instituições em face de supostos inimigos internos. Foi o que se deu com o Deputado Federal Márcio Moreira Alves, após discurso proferido no Congresso, no qual propusera, em tom de protesto, um boicote às comemorações do Dia da Independência do Brasil⁶¹.

Dessa forma, a relativização da imunidade material, com a finalidade de preservação dos valores democráticos, só pode ocorrer em hipóteses realmente excepcionais – ou em “situações-limite”, como aqui já se referiu. Ademais, não pode prescindir do respeito às formalidades e às salvaguardas processuais, seja no âmbito político-administrativo, seja no âmbito judicial⁶². Afinal, é por meio do processo que se dá à parte a oportunidade de ser ouvida e de influenciar a decisão capaz de impactar a sua esfera jurídica.

Cumprе ressaltar que, no Brasil, importantes diretrizes procedimentais para o afastamento da inviolabilidade parlamentar estão parametrizadas na Constituição de 1988. Na esfera político-administrativa, a CF/1988 dispõe que perderá o mandato parlamentar o deputado ou senador “cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar” (art. 55, inciso I), assim entendido, “além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das

⁶⁰ VERONESE, Osmar. *Inviolabilidade parlamentar: do senador ao vereador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 157.

⁶¹ “O pronunciamento de Moreira Alves acabou sendo considerado ofensivo à dignidade da corporação e um insulto às Forças Armadas, configurando infração à Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967). A reação do gabinete militar, seguindo a orientação mais moderada e legalista do pêndulo de Costa e Silva, foi exigir do Congresso Nacional a suspensão das imunidades parlamentares de Moreira Alves, para que ele fosse processado com base na Lei de Segurança Nacional.” (GORDILHO, Maria Celina Monteiro. *Cassação de mandato, suspensão de direitos políticos e inelegibilidade: relações entre direito e política no regime militar brasileiro (1968-1970)*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2015. p. 20-21)

⁶² Cf. COMISSÃO DE VENEZA. *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures*, 2000. p. 5; ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Powers in the Era of Constitutional Courts*, op. cit., p. 103-106; RIJPKEMA, Bastiaan. *Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance*, op. cit., p. 155-156; e TYULKINA, Svetlana. *Militant Democracy: Undemocratic political parties and beyond*. Oxon e New York: Routledge, 2015. p. 216.

prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas” (art. 55, § 1º, grifos acrescentados). Contudo, a decisão – a ser tomada por maioria absoluta da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, mediante provocação da respectiva mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional – deverá respeitar o direito à ampla defesa (art. 55, § 2º). A ideia é que, embora haja claro abuso de prerrogativa nas hipóteses em que a inviolabilidade parlamentar é utilizada para atacar os princípios democráticos mais básicos por meio de discursos francamente autoritários, deve-se assegurar a observância inarredável ao devido processo legal. Nem mesmo a natureza eminentemente política da decisão tomada pelo Legislativo pode dispensar o controle, pelo Poder Judiciário, do respeito às formalidades essenciais do procedimento⁶³.

O mesmo se dá na esfera judicial, sobretudo porque a inaplicabilidade da imunidade material dará azo à responsabilização penal e/ou civil do parlamentar. Nesse sentido, ao analisar o caso, o juiz ou o tribunal não apenas deve agir com autocontenção institucional e profundo senso de responsabilidade democrática⁶⁴, como também precisa concretizar efetivamente os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/1988), em toda a sua vasta extensão. Além de tutelar o próprio congressista, a observância desses princípios constitucionais pelos órgãos competentes, aliada ao comedimento judicial, serve para que magistrados e cortes possam se desvencilhar de críticas políticas à legitimidade da sua atuação. Como bem destacou Bastiaan Rijpkema, em casos envolvendo a aplicação da teoria da democracia militante, “se o juiz resolve vagar por terreno político, ele se torna parte de uma batalha da qual só pode emergir com menos autoridade”⁶⁵, ao passo que a autocontenção judicial e o respeito integral à garantia do devido processo contribuem para a construção de uma imagem objetiva de imparcialidade, indispensável à atuação do Poder Judiciário.

Em síntese, o reconhecimento de limites à imunidade parlamentar, com base no princípio da democracia militante, parte da premissa de que “quem mais confiança recebe do povo haverá de mais responder perante ele, não apenas

⁶³ Cf. STF, MS 34.327, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 01.08.2017.

⁶⁴ Cf. KIRSHNER, Alexander S. *A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism*. New Haven: Yale University Press, 2014. p. 26-60.

⁶⁵ RIJPKEMA, Bastiaan. *Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance*, op. cit., p. 155 (tradução livre).

política, mas também juridicamente”⁶⁶, sobretudo quando se vale do seu estatuto diferenciado para atacar valores fundamentais para o regime democrático. Em contrapartida, o risco de equívocos ou abusos na demarcação desses limites exige dos órgãos públicos competentes cuidados redobrados, moderação e respeito à Constituição. No contexto do fortalecimento de discursos antidemocráticos, os danos causados pela leniência institucional são insuportavelmente altos, mas, nessa equação, é preciso atentar para que os custos da reação defensiva das instituições não sejam maiores ainda.

CONCLUSÃO

A democracia exige robusta proteção das manifestações parlamentares. Afinal, é fundamental para a vida democrática que o Poder Legislativo possa discutir com liberdade e sem receio os temas polêmicos, fazer denúncias e controlar o governo. Daí a relevância da garantia constitucional da inviolabilidade parlamentar. Porém, essa salvaguarda democrática não pode se converter em escudo para aqueles que atentam contra os valores e princípios mais caros à própria democracia. A democracia constitucional não é um pacto suicida, e as instituições devem saber defendê-la de quem as ataca, não importa o quão importante seja o agressor.

REFERÊNCIAS

ACCETTI, Carlo Invernizzi; ZUCKERMAN, Ian. What’s Wrong with Militant Democracy? *Political Studies*, v. 65, n. 1S, 2017.

ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Inviolabilidade parlamentar*. Tese de livre docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

BARBOSA, Rui. O privilégio parlamentar. In: *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, v. XXV, t. I, 1947.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERMEO, Nancy. On Democratic Backsliding. *Journal of Democracy*, v. 27, n. 1, 2016.

⁶⁶ Cf. STF, Inq 2.390, Tribunal Pleno, Rel^a Min. Cármen Lúcia, DJe 30.11.2007.

BOURNE, Angela K. *Democratic Dilemmas: why democracies ban political parties*. Oxon e New York: Routledge, 2018.

BOURNE, Angela K.; BÉRTOA, Fernando Casal. Mapping “Militant Democracy”: Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945-2015). *European Constitutional Law Review*, v. 13, n. 2, 2017.

CÂMARA DOS LORDES; CÂMARA DOS COMUNS. Parliamentary Privilege: First Report, 1999, parágrafo 03 (tradução livre). Disponível eletronicamente em: <<https://publications.parliament.uk/pa/jt199899/jtselect/jtpriv/43/4305.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CAYÓN, José Ignacio Solar. Defensa preventiva de la democracia: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Criterio Jurídico Garantista*, ano 3, n. 6, 2012.

COMISSÃO DE VENEZA. *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures*, 2000.

COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon Legislative Power of the States of the American Union*. Boston: Little, Brown and Company, 1871.

DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic Recession. *Journal of Democracy*, v. 26, n. 1, 2015.

FORST, Rainer. *Toleration in Conflict: Past and Present*, Tradução de Ciaran Cronin. New York: Cambridge University Press, 2013.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

GOMES, Ana Suelen Tossige; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. O estado de exceção no Brasil republicano. *Direito e Práxis*, v. 8, n. 3, 2017.

GORDILHO, Maria Celina Monteiro. Cassação de mandato, suspensão de direitos políticos e inelegibilidade: relações entre direito e política no regime militar brasileiro (1968 - 1970). Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Powers in the Era of Constitutional Courts*. Nova York: Cambridge University Press, 2015.

KIRSHNER, Alexander S. *A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism*. New Haven: Yale University Press, 2014.

- KONCEWICZ, Tomasz Tadeusz. The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux. *Review of Central and East European Law*, v. 43, n. 2, 2018.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. Toward Consolidated Democracies. *Journal of Democracy*, v. 7, n. 2, 1996.
- LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *The American Political Science Review*, v. XXXI, n. 3, 1937.
- _____. Militant Democracy and Fundamental Rights, II. *The American Political Science Review*, v. XXXI, n. 4, 1937.
- MALKOPOULOU, Anthoula; NORMAN, Ludwig. Three Models of Democratic Self-Defense. In: MALKOPOULOU, Anthoula; KIRSHNER, Alexander S. (Ed.). *Militant Democracy and Its Critics*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019.
- MATSUDA, Mari J et al. *Words that Wound: critical race theory, assaultive speech and the first amendment*. Boulder: Westview, 1993.
- MÜLLER, Jan-Werner. Militant Democracy. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- NAUD, Leda Maria Cardoso. Estado de sítio: primeira parte. *Revista de Informação Legislativa*, v. 2, n. 5, 1965.
- NICOLAU, Jairo. Prefácio. In: LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- OYAMA, Thaís. *Tormenta: o governo Bolsonaro - Crises, intrigas e segredo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.
- PETTIT, Philip. The Republican Ideal of Freedom. In: MILLER, David (Ed.). *The Liberty Reader*. Boulder: Paradigm Publishers, 2006.
- PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- POPPER, Karl. *The Open Society and Its Enemies*. New One-Volume Edition. Princeton: Princeton University Press, 2013.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RIJPKEMA, Bastiaan. *Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance*. Trad. Anna Asbury. Oxon e New York: Routledge, 2018.

ROSENFELD, Michael. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a comparative analysis. *Cardoso Law School Working Paper Series*, n. 41, 2001.

RUMMENS, Stefan; ABTS, Koen. Defending Democracy: The Concentric Containment of Political Extremism. *Political Studies*, v. 58, n. 4, 2010.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. In: *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STF. ADPF 572, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 13.11.2020.

_____. AP 1.021, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 21.10.2020.

_____. HC 82.424, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 19.09.2003.

_____. Inq 390-QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.10.1989.

_____. Inq 1.024-QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.03.2005.

_____. Inq 2.130, Tribunal Pleno, Relª Min. Ellen Gracie, DJ 05.11.2004.

_____. Inq 2.332-AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 01.03.2011.

_____. Inq 2.390, Tribunal Pleno, Relª Min. Cármen Lúcia, DJe 30.11.2007.

_____. Inq 2.815-AgRg-ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 18.12.2009.

_____. Inq 3.677, Tribunal Pleno, Relª Min. Cármen Lúcia, Red. p/o Ac. Min. Teori Zavascki, DJe 30.10.2014.

_____. Inq 3.814, 1ª Turma, Relª Min. Rosa Weber, DJe 21.10.2014.

_____. Inq 3.932, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 09.09.2016.

_____. Inq 4.694, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 01.08.2019.

_____. MS 34.327, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 01.08.2017.

_____. Pet 5.705, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 13.10.2017.

_____. Pet 5.714-AgRg, 1ª Turma, Relª Min. Rosa Weber, DJe 13.12.2017.

_____. Pet 7.174, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Red. p/o Ac. Min. Marco Aurélio, DJe 28.09.2020.

_____. Pet 7.434-AgRg, Tribunal Pleno, Relª Min. Rosa Weber, DJe 18.03.2019.

_____. RHC 146.303, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/o Ac. Min. Dias Toffoli, J. 29.11.2016.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle. Comentário ao artigo 53. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

TSE. Processo nº 411/412, Rel. Sá Filho, Rel. p/ resolução Des. José Antônio Nogueira, Sessão de 07.05.1947.

TYULKINA, Svetlana. *Militant Democracy: Undemocratic political parties and beyond*. Oxon e New York: Routledge, 2015.

VERONESE, Osmar. *Inviolabilidade parlamentar: do senador ao vereador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Democracia militante. *Folha de São Paulo*, 14 mar. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2020/03/democracia-militante.shtml>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

VINX, Lars. Democratic equality and militant democracy. *Constellations*, 2020.

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

WALZER, Michael. *On Toleration*. New Haven: Yale University Press, 1997.

Submissão em: 01.12.2020

Avaliado em: 10.01.2021 (Avaliador A)

Avaliado em: 08.01.2021 (Avaliador B)

Avaliado em: 15.01.2021 (Avaliador C)

Aceito em: 15.01.2021