

TROLLS, HATERS E FAKE NEWS: ADPF 572 E AS PERSPECTIVAS DE LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

.....
Leonardo Martins

Doutor em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin (2001), Alemanha; atualmente é Professor Associado IV da UFRN e “Ambassador Scientist” / Vertrauenswissenschaftler (cientista embaixador) da Alexander von Humboldt Foundation.

Rainel Batista Pereira Filho

Juiz de Direito do TJRN; Mestrando em Direito Constitucional (UFRN).

Rodrigo Cavalcanti

Advogado; Professor da Universidade Potiguar (UnP); Mestrando em Direito Constitucional (UFRN).

RESUMO

A globalização enquanto fenômeno de aproximação mundial, geradora de perspectivas e de agilização da velocidade de informações, especialmente através das redes sociais, também torna sua utilização um meio atual de práticas ilícitas, propagação de notícias falsas e comandam novos meios do exercício da política que ocasionam a necessidade da discussão acerca da legalidade de suas ferramentas e dos limites da do direito fundamental à manifestação do pensamento, liberdade de expressão. Uma análise acerca da ADPF 572 torna possível transpassar por conceitos inerentes ao novo modelo de política através das redes sociais, impactos na democracia e seus limites para fins de proteção desse bem jurídico através da *ultima ratio* que é o direito penal.

Palavras chave

Globalização; redes sociais; política; notícias falsas; direito penal.

ABSTRACT

Globalization as a phenomenon of global rapprochement, generating perspectives and streamlining the speed of information, especially through social networks, also makes its use a current means of illicit practices, spreading false news and commanding new means of exercising the policy that cause the need for discussion about the legality of its tools and the limits of

that of the fundamental right to the expression of thought, freedom of expression. an analysis about ADPF 572 makes it possible to traverse concepts inherent to the new policy model through social networks, impacts on democracy and its limits for the purpose of protecting this legal asset through the ultimate ratio which is criminal law.

Keywords

Globalization; social networks; politics; *fake news*; criminal law.

1. INTRODUÇÃO

A relação entre Estado constitucional e liberdade implica a discussão hodierna dos limites de atuação e intervenção do Estado na garantia e concretização dos direitos fundamentais sob a perspectiva de defesa de bens jurídicos mais amplos como o próprio Estado democrático de direito.

A percepção de um Estado de bem-estar social torna necessária uma análise das obrigações positivas e negativas de limitação e atuação estatais em relação à sociedade, assim como a relação de tal atuação com os recursos disponíveis para atender todas as demandas que exsurtem de um mundo globalizado cuja velocidade de informações aumenta exponencialmente, tanto em se tratando de informações verdadeiras, quanto falsas. As consequências podem se tornar cada vez mais devastadoras.

Para se falar em liberdade perante e em conformidade com um Estado democrático de direito é imprescindível uma análise preliminar das acepções filosóficas e constitucionais do direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV CF), de suas limitações e alcances individuais e coletivos não apenas no contexto nacional como também na perspectiva internacional, em especial em países reconhecidos como constitucionais e democráticos, a exemplo dos Estados Unidos e da Alemanha.

Ademais, com incremento da tecnologia e da globalização, a liberdade de manifestação do pensamento toma uma forma cada vez mais instantânea, massiva e contundente com a utilização de redes sociais cujo uso, além de produzir a integração humana, inclui uma permissibilidade de difusão de informações e opiniões de toda natureza que podem significar concretamente um sobrepujamento dos limites da liberdade, uma vez que, mesmo em se tratando de uma garantia constitucional, não é um direito absoluto.

A ultrapassagem desses limites denota uma atuação positiva do Estado em relação ao infrator, culminando na aplicação de sua *manus* mais pesada, que é o direito penal, dentro de um movimento de expansão punitivista que acompanha uma sociedade do medo e dos riscos.

Nesse contexto, analisaremos em quais aspectos o ordenamento jurídico pátrio e o direito comparado permitem a utilização da *ultima ratio* representada pela intervenção estatal lastreada no direito penal. Especialmente, serão discutidos crimes contra a honra, mais comuns entre as infrações penais perpetradas. No entanto, dar-se-á maior ênfase aos crimes que tenham por vezes grave repercussão coletiva, apta a impactar a formação da opinião pública por envolver um suposto conflito com interesse nacional central, como é o caso de crimes enquadrados na Lei de Segurança Nacional, notadamente dos crimes de exposição de opiniões, financiamento e participação em atos que atentem contra as instituições democráticas e os crimes eleitorais que tratam das atividades de comunicação e informações falsas, já popularmente conhecida como *fake news*.

No presente trabalho, analisar-se-á a atuação do Estado como órgão garantidor da concretização do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, assim como sua

atuação de caráter negativo, que pressupõe uma intervenção estatal positiva, a fim de serem estabelecidos seus limites e de verificar se e quando há necessidade de intervenção estatal para garanti-lo e reprimir os excessos.

Com vistas a esse propósito de investigação, traz-se à pauta, em primeiro lugar, o assim chamado “Inquérito das *fake news*” em trâmite no STF, além de decisões paradigmáticas da Suprema Corte dos EUA e do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a temática. Buscam-se os critérios de julgamento junto aos quais a proporcionalidade da atuação Estatal na proteção e limitação da liberdade de expressão desempenha um papel fundamental.

2. O INQUÉRITO 4871 DO STF: FAKE NEWS COMO FACETA DA EXPANSÃO PUNITIVISTA DO ESTADO?

A atual conjuntura política e social brasileira permite ou até mesmo exige uma constante participação de seus órgãos representativos em prol da paz e bem-estar social, os quais, cada vez mais, parecem distantes diante da polarização política e da histórica desigualdade social e econômica.

Nesse contexto socioeconômico o conflito político exsurge como meio de externar opiniões públicas de concordância, discordância ou protesto, cuja observância das regras estabelecidas constitucionalmente deve estar calcada no direito fundamental da liberdade de manifestação do pensamento e demais direitos fundamentais como normas supremas vinculantes de atos de órgãos dos três poderes estatais constituídos.

Em que pese tais normas jus fundamentais (direitos fundamentais) representarem, em primeira linha, direitos de status negativos em face do Estado, cuja função é limitar sua atuação, ao mesmo tempo em que confere ao titular a livre manifestação de seu pensamento ou opinião, tais normas constitucionais não são absolutas. Ao contrário, foram outorgadas com limites que podem ser concretizados pelos poderes constituídos, a começar, notadamente, pelo legislador. Em sentido contrário ao interesse imediato do titular, que é exercer seu direito fundamental constitucionalmente outorgado, especialmente no art. 5º, IV CF, o Estado limita o direito para cercear abusos e demais excessos idôneos a provocar danos, entre outros, a direitos de personalidade de terceiros.

A polarização política evidenciada nos últimos anos no Brasil e acalorada com o *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff e com a eleição de Jair Bolsonaro após uma campanha marcada por manifestações sociais nas ruas e nas redes sociais, trouxe a discussão acerca da utilização dessas redes como meio de veiculação rápida de notícias. Muitas delas, porém, são comprovadamente falsas. Tais *fake news* são difundidas geralmente com o objetivo de manchar a imagem e atos políticos adversários e de modificar ou ainda inflamar opinião pública contra instituições dos Poderes Legislativo e Judiciário.

O recurso às *fake news* no contexto das eleições e nos crimes conexos representa ilícito de competência da Justiça Eleitoral, conforme entendimento pacífico do próprio STF. À Justiça Comum resta o processamento e julgamento de outros crimes cometidos em outras conjunturas.

Ocorre que as manifestações sociais nas ruas e via redes sociais passaram a externar em alguns casos o desejo do retorno ao regime antidemocrático, do restabelecimento do Ato Institucional nº 5 (AI-5), da tomada do poder pelas Forças Armadas, do fechamento do Congresso Nacional e do STF.

A vasta cobertura jornalística e midiática transpareceu e alimentou a informação de que tais acontecimentos representariam, em muitos aspectos, manifestações que incitavam à alteração do regime de governo e organização estatais típicos do Estado democrático de direito.

Houve então recebimento pelo STF de denúncia anônima de que tais manifestações e seu conteúdo estariam sendo fomentados mediante investimentos de determinados grupos políticos que envolviam participação de blogueiros, youtubers e outros influenciadores digitais. A fim de se potencializar de modo fraudulento a difusão de notícias falsas, tais grupos valeram-se de robôs e perfis falsos nas redes sociais. Tratou-se de um movimento orquestrado, de modo a visar à desestabilização política e social com consequente enfraquecimento ou mesmo quebra da ordem democrática e de suas instituições, como o próprio órgão judicial último de proteção constitucional.

Tal núcleo de informações estabeleceu no STF o entendimento de que se tratava de um ataque arquitetado por uma organização criminosa com ânimo não apenas de atingir a sua honorabilidade, mas também de propiciar

meios de ruptura do sistema democrático brasileiro protegido pela Constituição Federal e pela Lei de Segurança Nacional (a seguir: LSN), Lei nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983.

A LSN tipifica, entre outros, o crime de associação para, mediante violência, alterar o Estado de direito (art. 16), tentativa de mudar o vigente regime do Estado de Direito mediante emprego de violência (art. 17), incitação à subversão e à ordem social e política e por fim de caluniar e difamar o Presidente do Supremo Tribunal Federal (art. 23).

A abertura do Inquérito Administrativo nº 4781 com base no art. 43 do RISTF¹ por meio da Portaria nº 69 – STF de 14 de março de 2019, emanada do Presidente do Supremo Tribunal Federal que nomeou outro membro da Corte como seu relator para investigar suposta ocorrência de crimes com dolo *calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*² contra a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e de seus familiares, como instituição garantidora do Estado democrático de direito, ensejou grande discussão jurídica acerca de sua constitucionalidade.

Tal discussão desembocou no ajuizamento da ADPF nº 572 pelo Partido Político REDE Sustentabilidade – REDE, cujo objeto é precisamente a arguição de que o STF estaria extrapolando seus limites institucionais garantidos na Constituição, ao ter infringido, assim, a acusação àquele órgão jurisdicional que faz as vezes de “guardião da Constituição”, o princípio da separação de poderes, o devido processo penal acusatório e o art. 43 do Regimento Interno do STF, entre outras questões de natureza processual penal, cujo aprofundamento fugiria ao escopo desse trabalho.³

Não se pretende aqui analisar as questões inerentes à discussão processual penal do cabimento de inquérito de competência do STF, sua natureza jurídica ou recepção do seu Regimento Interno pela Constituição Federal, assim como de questões de impedimento ou suspeição que permeiam a celeuma jurídica ínsita à ADPF nº 572.

Com efeito, interessa aqui tão somente analisar o tratamento jurídico dado aos atos praticados pelas pessoas investigadas no referido inquérito nº 4.871.

O Relator do processo da ADPF socorre-se na *ultima ratio* que é o direito penal como meio de

restringir a liberdade individual de manifestação do pensamento, a fim de alegadamente proteger bens jurídicos relevantes, mas não para impedir arbitrariamente a liberdade de manifestação do pensamento, uma vez que tal direito fundamental não fora outorgado pelo constituinte sem limites. Essa diferenciação é imprescindível para distinguir uma intervenção estatal, seja ela legislativa, administrativo-executiva ou jurisdicional, justificada constitucionalmente de uma atuação abusiva e autoritária tal qual caracterizada na petição inicial subscrita pelos representantes do autor da ADPF.

Entre os principais argumentos dos membros do Supremo Tribunal Federal que julgaram improcedente a ADPF em tela, e que assim confirmaram a constitucionalidade do inquérito em andamento e, destarte, da utilização do direito penal, estão a defesa de bens jurídicos vitais à própria existência e permanência do Estado constitucional, que são a democracia e as instituições que a asseguram.

Dessa forma, não basta que o STF entenda ou chegue à conclusão de que existiram manifestações contrárias, críticas ou até mesmo foram publicadas sátiras de suas atuações, mas se efetivamente tais manifestações não estariam abarcadas pelo direito fundamental da liberdade de manifestação do pensamento, por atingirem de forma direta as instituições democráticas e mais, se tais atos ocorreram de forma deliberada, dolosa, organizada e com divulgação de notícias fraudulentas que tenham como escopo não somente criticar, mas alterar o Estado de Direito, tentar mudar o Estado vigente mediante emprego de violência ou de incitar à subversão à ordem social e política, como visto condutas correspondentes a tipos penais constituído na LSN.

A discussão em si não gravita em torno da existência de limites às liberdades individuais, mas se, em nome de seu exercício e com as atuais armas de propagação da expressão do pensamento, incluindo notícias falsas, tais notícias podem ocasionar o caos a tal ponto de propiciar a derrocada das instituições democráticas.

2.1 A expansão punitivista do Estado e o movimento de controle das liberdades individuais

O direito penal como braço mais pesado do legítimo uso da violência, força ou poder

estatal serve, sempre que necessário, para uma concepção e determinação dos *inimigos do Estado* de acordo com as acepções e contextos históricos que se formam e evoluem a cada nova necessidade do Estado de proteger a si e às suas instituições.

Historicamente, o direito penal é arma de demonstração do poder estatal que delimita e escolhe seus inimigos, recaindo tais acepções na própria racionalidade das leis penais.⁴

A proliferação das chamadas *fake news* e a polarização política pela qual passa o Brasil terminam por fomentar embates das mais variadas formas, sejam apenas em manifestações de opiniões, redes sociais e tradicionais veículos de comunicação em massa, sejam nas vias públicas, de tal sorte a possibilitar ao Estado identificar, no contexto dessa sociedade, os indivíduos que atentam contra a integralidade e as instituições do Estado democrático de direito.

Tais atos, levados ao crivo do Estado e da opinião pública, formam ambientes de tensão que ocasionam o medo e justificam a utilização do direito penal como meio de inculcar um medo ainda maior do braço forte do Estado. Valendo-nos de uma metáfora, tem-se um *cabo de guerra* que, historicamente, pende para a derrota de quem se contrapõe ao Estado.

O direito penal como *ultima ratio* deve, em princípio, atender à sua fragmentariedade, como defendido por Claus Roxin⁵ na sua teoria do bem jurídico protegido constitucionalmente, para justificar a incidência de normas penais, a qual é baseada em duas premissas, quais sejam: o direito penal como instrumento de proteção contra os riscos chamados intoleráveis para a convivência de determinada sociedade e a punição como resposta ao rompimento dessa proteção.

No caso em estudo, o bem jurídico protegido constitucionalmente contra riscos intoleráveis poderia ser visto na honorabilidade da instituição do STF e, principalmente, nas bases e na própria sustentação do Estado democrático de direito com a possível prática de crimes contra a Segurança Nacional, contexto no qual *fake news* podem, em tese, insuflar uma mobilização social ilícita.

O problema muitas vezes se encontra no estabelecimento de critérios que mostrem de maneira antecipada, respeitando-se princípios basilares do direito penal como a legalidade,

quais seriam os atos que ensejariam os chamados riscos intoleráveis e, principalmente, como isso exsurge dentro de uma sociedade cada vez menos tolerante e ávida por punição como meio de combate à violência simbólica disseminada na opinião pública.

Os meios de comunicação tradicionais, as redes sociais e a utilização da tecnologia por avatares, robôs e a instantaneidade trabalham a serviço da pulverização de informações, de tal modo a construir deliberadamente pensamentos, opiniões e atitudes que podem influenciar desde a escolha de uma simples refeição até a aprovação de plebiscitos como o Brexit.

É a partir de tal concepção que emergem teorias caras ao direito penal como a do *direito penal do inimigo*. O conceito, que nos remete ao propósito político de combater o crime e declarar guerra aos inimigos da democracia, não apenas buscam justificar a expansão do direito penal, mas intencionam também fundamentar a diminuição de liberdades civis, a flexibilização de garantias e o hiperpunitivismo.

Nesse sentido, a política criminal mostra-se cada dia mais refém de um suposto medo social da violência midiaticamente apresentada e sustentada politicamente, o que gera uma demanda por mais atuação do direito penal, na expectativa de um maior controle e solução dessa violência dentro de uma sociedade de riscos, ocasionando uma suplantação do Estado social pelo Estado penal.

A utilização do direito penal como meio de demonstração de força política estatal desvirtua seu real e verdadeiro papel que seria de contenção do poder punitivo do Estado, de tal modo a mantê-lo dentro dos limites menos irracionais.⁶

2.2 Os limites da liberdade de expressão e o tratamento do Supremo Tribunal Federal no contexto dos tipos penais

O STF por vezes já decidiu sobre a aplicação do direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento, tomando por base parâmetros desenvolvidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como aquela Corte internacional, o STF também entende que esse direito fundamental não é absoluto. Ao contrário, deve ser restringido por intervenção estatal na sua área de proteção

normativa, desde que presentes determinados pressupostos, tais quais os definidos no art. 13 da CADH.⁷

Em diversas oportunidades, o STF tratou dessa intervenção. Em alguns casos, considerou a intervenção legítima e constitucional, como no caso de a manifestação reproduzir aspectos e conotações de cunho racista ou antissemita⁸ ou ainda que tenha a intenção de injuriar terceiros⁹. Por outro lado, em outras decisões entendeu ser a intervenção inconstitucional, como no caso de *programas de humor e utilização de charges*¹⁰ ou no caso da *exigência de diploma para exercício da profissão de jornalista*.¹¹

No caso do inquérito das *fake news*, questiona-se se há extrapolação do direito de manifestação de pensamento quando e se houver prévia comunhão de intenções e atos de disseminação de notícias falsas que passaram a ser chamadas pelo estrangeirismo de *fake news*, com dolo *injuriandi*, *calumniandi* ou *diffamandi* à honorabilidade do STF, de seus membros e familiares, ou ainda quando tais manifestações estão eivadas de intenção de promover a modificação e subversão da ordem constitucional democrática ao defender e pedir intervenção das Forças Armadas, fechamento de instituições democráticas como o Congresso Nacional e do próprio STF.

O bem jurídico a ser protegido pelo direito penal estaria, de acordo com a investigação proposta, além da honra do STF, também na própria existência do Estado democrático de direito, quando tais atos estariam sendo orquestrados por organizações criminosas com intuítos descritos nas normas penais previstas nos artigos 16, 17 e 23 da Lei nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983, conhecida como Lei de Segurança Nacional.

A investigação em si gira em torno do financiamento por parte de partidos políticos ou de políticos individuais para disseminação por influenciadores digitais (blogueiros e youtubers), além da utilização de tecnologia de avatares e robôs para propagação de notícias falsas (*fake news*) que tenham o condão de alterar o estado de percepção da realidade das pessoas e de suas próprias ações no sentido específico desta investigação, de atingir, além da honorabilidade dos membros da Suprema Corte, uma possível ruptura das instituições democráticas para migração a um governo antidemocrático.

Tal assertiva extrai-se da maioria dos votos proferidos no julgamento da ADPF nº 572, nos quais se verificou a inconstitucionalidade do inquérito. A maioria dos julgadores evocou a necessidade da investigação da autoria e materialidade de tais crimes diante do fato de que a forma das manifestações e seus reais intuitos estariam de fato atentando contra o Estado democrático de direito na medida em que, nas manifestações em tela, tentou-se diminuir e até execrar a função precípua do STF de guardião da Constituição.

Identificado o bem jurídico a ser protegido e a justificar a incidência do direito penal, imprescindível se torna explicitar os tipos penais precípuos de defesa dessa democracia e das instituições democráticas que exsurgem, haja vista que suas tipificações na LSN determinam aspectos próprios como o dolo específico e inequívoco, além de uma absoluta propriedade do meio a ser empregado na atividade delitiva.

Não basta que reste comprovado nos autos do inquérito que existem indícios de autoria e comprovação de materialidade dos crimes previstos na LSN.

Além da tipicidade da conduta cominada com a sanção penal, deve restar comprovado o dolo específico de *incitar à subversão da ordem política ou social* ou de *integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça como previsto na norma* (arts. 16 e 17 da Lei 7.170/1983¹²).

Ademais, deve ser comprovado não apenas o dolo, mas também a absoluta idoneidade do meio utilizado para a consecução do fim almejado, de modo a de fato atingir o bem jurídico protegido com intensidade mínima, sem que se fira, assim, o princípio da insignificância. De resto, deve-se verificar se não se tem, na espécie, um crime impossível, em razão de possível absoluta impossibilidade do meio, conforme art. 17 do CPB.

No mais, os referidos tipos penais determinam o emprego de violência ou grave ameaça como elemento do tipo, não se enquadrando como tal conceito o mero dissabor da vítima ou coletividade ou ainda ameaças insuficientes à alteração do *status quo* do bem jurídico ou da atuação da vítima.

Já os crimes de incitação à subversão da ordem política (art. 23, I da LSN) e de incitação à animosidade entre as Forças Armadas ou entre elas e a sociedade civil (art. 23, II da LSN) caracterizam-se como crimes de perigo abstrato, uma vez que basta a incitação com o intuito de atingir a subversão do Estado de direito ou a referida animosidade do art. 23, II LSN para que a conduta seja típica, não sendo necessária a presença de um resultado naturalístico para sua consumação.

Nessa perspectiva dos crimes de perigo abstrato abre-se um leque de possibilidades de intervenção do direito penal preventivo que pode justificar a aplicação de medidas processuais de restrição da liberdade, tais como as medidas alternativas ou diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP. Em sede de pedido cautelar no Inquérito 4871, um membro da Corte deferiu o bloqueio de contas em redes sociais de investigados, consubstanciando medidas cautelares diversas da prisão e como meio de prevenir a “continuidade delitiva” prevista no art. 70 do CPB.

O deferimento dessas medidas cautelares em especial suscitaram uma discussão jurídica de sua constitucionalidade devido a evidente intervenção do Poder Judiciário na esfera do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, assim como uma discussão até sobre a legalidade, uma vez que a AGU ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade na qual requer o reconhecimento da impossibilidade de aplicação de medidas cautelares nesse sentido, e que seja fixada a interpretação conforme a Constituição no sentido do rol previsto no art. 319 do CPP ser definitivamente considerado taxativo.

Deve-se agora investigar os pressupostos normativos da liberdade de expressão do pensamento tal qual garantida no art. 5º, VI da CF, seus limites constitucionais, com consideração especial de sua concretização na jurisprudência do STF, do Tribunal Constitucional Federal Alemão e da Suprema Corte norte-americana.

3. SUPORTE FÁTICO-CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO (ART. 5º, IV CF)

A liberdade de manifestação do pensamento não tem lastro no conceito de verdade que, em si, é relativo ou contingente. Sobretudo a partir

do constitucionalismo da segunda metade do séc. XVIII e seus especiais produtos que foram as primeiras sistemáticas positivamente de catálogos de direitos fundamentais que imediatamente passaram a compor a Constituição como estatuto do Estado dotado de supremacia normativa. Com isso, o individualismo, a racionalidade e a liberdade assumem o lugar central em oposição ao pensamento mágico e religioso que propugnava a verdade no dogma infalível e tinha como conseqüência adágios como: *"the king can do no wrong"*, *"the king does not lie"*.

A primeira Constituição brasileira a posicionar as liberdades de expressão e imprensa foi a de 1824, desde então já vedando a censura.

Nem mesmo o regime militar foi capaz de banir do texto constitucional o mencionado pilar da democracia, prevendo-o expressamente na Constituição de 1967, mas com vigência apenas formal, considerando que a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 limitou o exercício da liberdade de expressão do pensamento ao proibir publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes, estatuinto a censura (STRECK; CANOTILHO; SARMENTO, 2017).

Ultrapassado o período de limitações à liberdade, o art. 5º, IV CF protege-a como direito fundamental. Adiante no texto constitucional, no Título VIII, que trata da Ordem Social, no Capítulo 3 (arts. 220 a 224 da CF), o constituinte retomou a tutela objetivamente, no art. 220 caput da CF, para então em seus parágrafos e incisos, além dos arts. 221 a 224 CF, estipular uma série de limites constitucionais aos direitos fundamentais de comunicação que abarcam desde a liberdade de manifestação do pensamento do art. 5º, IV da CF, que aqui mais interessa, quanto as liberdades de comunicação social (imprensa, internet, *"new media"*) do art. 5º, IX, 4ª variante da CF e de informação a partir de fontes a todos acessíveis, implícita no art. 5º, IX, 4ª variante da CF.

No mais, a liberdade de manifestação de pensamento em nosso ordenamento Constitucional, como praticamente todo direito fundamental tem uma dimensão jurídico-objetiva, além da clássica dimensão jurídico-subjetiva.¹³ Por dimensão jurídico-subjetiva compreende-se a *"liberdade negativa"* ou *status libertatis*, também chamado *status negativus*, entendida como qual a pretensão do titular à abstenção pelo Estado de medidas idôneas a impedir a livre expressão de opinião.

Da dimensão objetiva da liberdade de expressão do pensamento pode se derivar, entre outros efeitos, o dever do Estado de - independentemente de provocação por parte do titular interessado- proteger a liberdade de expressão e da opinião em seu caráter instrumental para formação da opinião pública e, assim, como elemento constitutivo e viabilizador do processo democrático. Com efeito, a sociedade carece do embate de opiniões para criar um espaço público vibrante, inclusivo e capaz de fazer prevalecer as melhores ideias ou ao menos as mais *"legitimadas"* que instruirão o livre processo democrático e especialmente a política legislativa do Estado, uma vez em que funciona como uma fonte de comunicação entre mandantes e mandatários na qual os primeiros comunicam suas específicas demandas aos segundos.¹⁴

Quando entendida em sua acepção de conceito gênero, a *"liberdade de expressão"* envolve de forma ampla a possibilidade de manifestação do pensamento, mediante estabelecimento de opiniões, a faculdade de não manifestação e a liberdade de divulgar opiniões e fatos por quaisquer meios não violentos (STRECK; CANOTILHO; SARMENTO, 2017). Defende-se que estejam inseridas aqui até manifestações artísticas, atitudes corporais, de forma a envolver a maior plêiade de manifestações do intelecto humano (MENDES; BRANCO, 2014, p. 264).

A liberdade de expressão do pensamento além de envolver a eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, ser oponível ao Estado, é caso clássico de eficácia horizontal, sendo possível opô-lo a sociedades empresárias e demais particulares.¹⁵

O nó górdio da interpretação jurídico dogmática acerca do assunto se estabelece quando se procura tratar acerca da realização dos limites à liberdade de manifestação do pensamento, considerando o seu papel de denodo no seio das democracias ocidentais e, especificamente entre nós, a própria cláusula constitucional explícita que proíbe a censura enquanto manifestação prévia acerca do conteúdo a ser veiculado e abarcado pela liberdade de opinião e manifestação.

No Brasil os direitos de liberdade fundamental insculpidos no art. 5º da Constituição possuem idêntico valor, não se aceitando em regra uma diferença hierárquica entre a liberdade de manifestação artística

e cultural e a proteção da intimidade, honra e privacidade, negando-se, por oportuno, a existência de qualquer direito fundamental absoluto, pois todos eles, ante o caso concreto, são passíveis de sopesamento.

A doutrina nacional aponta que em relação ao conceito genérico da liberdade de expressão, pode-se dizer que a arquitetura constitucional em relação a ela e a sua externalização é assaz detalhista em estabelecer critérios de controle e restrição desta liberdade, fixando impedimentos legislativos em seu próprio texto, como ocorre com a impossibilidade de criação de lei que crie embaraço à liberdade de informação jornalística (art. 220, §1º da CF), a vedação da censura e todos os condicionantes previstos no art. 220, §3º da CF (SARLET, 2019).

Esse detalhamento constitucional aponta que o próprio constituinte originário foi seletivo no que tange a possibilidade de se impor restrições à liberdade de imprensa e manifestação do pensamento, em confronto com a proteção à intimidade e da privacidade, denotando uma preponderância da liberdade de pensamento *prima facie*.

Isto quer dizer que a escolha constitucional foi de tratar restrições à liberdade de pensamento e de imprensa como algo excepcional, exigindo que eventuais restrições adicionais, além daquelas já evidenciadas no texto constitucional, necessitem de um esforço argumentativo diferenciado e mais intenso para justificar a necessidade de uma nova limitação.

Nada obstante este quadro, as modernas tecnologias de comunicação em massa, denominadas redes sociais, e a acelerada circulação de informações ao revés de fomentar o fortalecimento do espaço público e o aprofundamento da democracia, tem tornado obsoleto o arsenal jurídico dogmático para lidar com a propagação viral de *fakenews*, e do discurso de ódio em suas mais variadas vertentes: *shitstorms* (linchamento virtual), *revenge porn* e *cyberbulling*, todos esses fenômenos que, além de arrasar com a honra e reputação das pessoas, tem modificado a comunicação na esfera pública e trazido sérios desafios à democracia.

4. LIMITES À LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO NO DIREITO COMPARADO

Uma detida análise da referida ADPF 572, cujo objeto é o inquérito instaurado no STF, chama a atenção que todos os julgadores que divulgaram seus votos até meados de 2020 fizeram alusão a julgados da Suprema Corte Americana que aplicaram a primeira emenda à Constituição estadunidense e que trazem a concepção de um “livre mercado de ideias” (*free marketplace of ideas*), cunhado originalmente pelo Juiz da Suprema Corte, Oliver Wendell Holmes, no caso *Abrams v. United States* de 1919.¹⁶

Portanto, diante da importância atribuída pelo STF ao direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento na forma em que foi sedimentado na Suprema Corte norte-americana, deve ser realizada aqui uma breve análise da referida primeira emenda à Constituição estadunidense e da possibilidade de sua limitação naquele ordenamento.

No mais, se trará à pauta jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão, especialmente o modo como tem interpretado a mesma liberdade e, por fim, buscar-se-á fixar qual dos dois modelos seria mais consentâneo a uma correta interpretação do art. 5º, IV da CF.

4.1 Limites à liberdade de manifestação do pensamento nos Estados Unidos

Como se sabe, o direito fundamental geral à liberdade de expressão encontra-se garantido na primeira emenda (*first amendment*) à Constituição estadunidense aprovada em 1791, que estabelece a impossibilidade de o Congresso editar qualquer lei para restringi-la.

O teor da garantia não deixa margem a dúvida: o Estado, por intermédio de seu Poder Legislativo, não pode limitar a liberdade. Caberia aos poderes estatais constituídos, a começar pelo legislador, preservar e proteger inclusive as “más ideias” e os “discursos prejudiciais” em vez de censurá-los e restringi-los. Isso porque, nesse sentido, o Estado deve inexoravelmente adotar uma postura neutra em face de manifestações do pensamento, ainda que o considere desprezível ou perigoso (WEDY, 2019).

Sintomático da especial configuração da liberdade de expressão nos Estados Unidos é a forma pela qual foi lá recepcionado o Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos. No Brasil ele foi recepcionado em sua integralidade mediante o Decreto 592, de 06 de julho de 1992.

Por sua vez, os Estados Unidos, embora signatários do mesmo acordo, que em seu art. 19 prevê total proteção ao “direito de opinião e de expressão”,¹⁷ ao referendá-lo o Senado Americano promulgou resolução com reserva ao art. 20 da Convenção. Por tal reserva, não se autorizou a restrição ao direito à liberdade de expressão autorizada pelo pacto internacional, nos casos de apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

Algumas análises de julgados da Suprema Corte Americana (MILL, 2016) esclarecem que o discurso mentiroso ou mesmo odioso tem guarida nos julgados porque a *U.S. Supreme Court* incorporou como valor axiomático da Constituição americana as razões estabelecidas por John Stuart Mill (SILVA, 2015), para conceber a liberdade de expressão da forma mais ampla possível, sobrepondo a liberdade do cidadão em detrimento do poder regulatório do Estado.

Com base em tais premissas filosóficas a Suprema Corte estabeleceu como regra a proteção à liberdade de expressão, podendo ocorrer, no entanto, sua limitação e regulação a partir da análise de dois eixos: o valor da expressão e a neutralidade da regulação.

4.2 Limitação à liberdade de expressão na Alemanha

A Alemanha adota o sistema da *civil law*, como o Brasil, diversamente da *common law* dos Estados Unidos. Assim, positiva especificamente em sua Lei Fundamental (*Grundgesetz*, a seguir: GG), no Art. 5 II GG, há a possibilidade de limitar a liberdade de expressão em “normas das leis gerais, nos dispositivos legais para proteção da infância e juventude e no direito à honra pessoal”.¹⁸

Desse modo, a própria GG autoriza restrições ao direito fundamental em tela, fixando limites constitucionais, no caso, reservas legais qualificadas. Concretamente, a limitação se dá por normas infraconstitucionais que atendam o requisito de serem “leis gerais”, além de outras que tenham como propósitos a proteção das crianças e adolescentes e ao respeito à honra pessoal.

O TCF avalia a constitucionalidade formal e material do uso de tais reservas legais.¹⁹ Para tanto, como se demonstrará adiante mediante o estudo de alguns julgados, não parte de uma

maior importância *prima facie* da liberdade de expressão em face de outros bens jurídicos, notadamente de outros direitos fundamentais.

4.2.1 Direito fundamental à liberdade de expressão e a negação do Holocausto

Em decisão ensejada por uma Reclamação Constitucional²⁰ movida pelo Partido Nacional Democrático da Alemanha (partido de extrema direita), o TCF ocupou-se de um difícil controle de constitucionalidade, porquanto, tenha estabelecido a imposição de um limite constitucional à liberdade de expressão da opinião protegida no art. 5 I 1, 1º sub-período GG. O Reclamante pretendia realizar um evento cujo título seria “O futuro da Alemanha à sombra de chantagem política?”, na cidade de Munique, em maio de 1991. O competente órgão administrativo concedeu a licença para a realização da reunião ao ar livre sob a condição de o partido não negar a perseguição dos judeus pelo Terceiro Reich. Ao contrário foi determinada a obrigação de expor a todos os participantes da reunião que fazê-lo implicaria crime tipificado no § 130 StGB.

Diante da alegação pela Reclamante da violação de seu direito fundamental à liberdade de expressão da opinião, o TCF iniciou a fundamentação de sua Decisão, com distinção entre “opinião” e “afirmações de fatos”.

Opinião é a declaração marcada pelo subjetivismo do falante que ao expô-la deixa transparecer sua tomada de posição diante de algum fato ou situação fenomênica qualquer, havendo uma relação pessoal entre o emitente e o conteúdo da manifestação que pode ter como fundamento razões de ordem racional ou emotiva. A opinião não pode ser classificada categoricamente como certa ou errada, valiosa ou não, nem tampouco perigosa ou inofensiva, porquanto diz respeito a uma manifestação de cunho pessoal do indivíduo que revela traços de sua personalidade, cujo desenvolvimento é especialmente protegido pelo subsidiário direito fundamental do art. 2 I GG c.c. art. 1 I GG. Para o TCF essa espécie de declaração faz parte da área de proteção da liberdade em tela, especialmente porque em tais casos não se tem como distinguir claramente onde termina o juízo de valor individual, que marca uma opinião, e onde começa a afirmação sobre fatos, em si passível de ser classificada como verdadeira ou falsa.

Mesmo com tais parâmetros não há de se compreender que a liberdade de expressão da opinião protegida pelo art. 5 I 1, 1º subperíodo GG assegure, à guisa de conclusão, proteção a toda e qualquer opinião contra restrições, primeiro porque a própria Grundgesetz estabeleceu os referidos limites expressos a tal liberdade, que todavia não podem ser traçados sem controle de sua constitucionalidade material e, segundo, tal controle dependerá do propósito da restrição e sua relação com os meios empregados para os alcançar.

Os dois principais modais de interpretação da liberdade de expressão do pensamento, o norte-americano e o alemão anteriormente tratados devem ser tidos por ideal, porquanto possuem pontos de contato e de afastamento, principalmente porque guardam relação identitária com acontecimentos histórico-culturais de cada um e que moldaram a sua própria compreensão de cidadania, firmaram seus valores democráticos e sedimentaram

Ocorre, entretanto, que a maioria das concepções arraigadas naqueles países e assentadas por seus Tribunais foram elaboradas em um momento muito diverso do atual, notadamente pelo atual avanço da comunicação das redes sociais.

A antiga “Ágora” dos gregos migrou das praças para as redes sociais, e estas “mentiras simples” que pelo singelo fato de existirem põem em risco evidências científicas, verdades históricas e destroem reputações, viajam pela teia das redes na velocidade de um vírus pandêmico.

Segundo a literatura especializada norteamericana, a liberdade de expressão visaria promover o autogoverno da sociedade, pois, para a democracia existir, as pessoas devem ter a capacidade de dizer o que pensam, mesmo que isto baseie-se em alguma premissa falsa (SUSTEIN, 2019). Mas se os cidadãos passarem a espalhar inverdades e a promover o ódio ou a descrença nas instituições, a própria democracia sofrerá: as pessoas passarão a não acreditar em seus líderes, nas políticas públicas do Estado e no próprio governo.

124

por candidatos e partidos, ao mesmo tempo que retira do cidadão a capacidade de pensar com razoabilidade, dificultando a tomada de decisões importantes para o exercício da cidadania

Ante a esse quadro, a Alemanha elaborou recente legislação para a regulação de conteúdo abusivo na internet no que diz respeito ao uso das grandes mídias sociais (*Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks*, conhecido como *German Network Enforcement Act* - GNEA), de 01 de setembro de 2017. Tal legislação é provavelmente a primeira legislação específica hábil a regular conteúdos nas mídias sociais do mundo (SARLET, 2019).

No Brasil, encontra-se em trâmite no senado o Projeto-lei nº 2630, de 2020, já popularmente conhecida como a “*Lei das fake news*”, que procura regular e controlar o uso das redes sociais para promover discursos abusivos.

O STF, assim como os demais Tribunais Superiores, não tem cumprido a contento o papel de criar parâmetros regulatórios aptos a interpretar a liberdade de expressão de modo a servir de norte exegético para os demais tribunais e juízes de primeiro grau.

Ao se realizar busca de jurisprudência no sítio eletrônico do STF²¹ com os seguintes parâmetros “manifestação de pensamento” OR “liberdade de expressão” and “honra OR imagem OR reputação” das 572 decisões contendo tais termos, a Súmula 279 é o precedente mais citado no universo da busca, o que significa a omissão do Tribunal em analisar as decisões acerca do assunto nos demais Tribunais da Federação sob o argumento de não ser possível a reanálise de prova em sede de Recurso Extraordinário.

É certo que em alguns casos rumorosos que atraíram a atenção do país o STF pronunciou-se acerca do assunto, como ocorreu no caso Ellwanger²², no qual firmou o entendimento da constitucionalidade de se rechaçar o discurso de ódio, ao confirmar um sancionamento penal por incitação à discriminação racial, por meio de ideias antissemitas, que procuravam resgatar a concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, baseada na imaginada inferioridade racial do povo judeu.

Nesse ponto, encontramos-nos em um momento de inflexão histórica, em que a propagação do discurso de ódio e de *fake news* encontra-se potencializada de tal sorte a gerar

impacto em eleições, sendo aproveitada por alguns, o que gera profunda instabilidade política e democrática. O STF vem sendo chamado nesse contexto para desempenhar seu papel de intérprete maior da Constituição. Ele deve configurar as balizas para a interpretação da liberdade de expressão do pensamento em face da nova realidade que se descortina.

Longe de produzir uma resposta simples sobre o ajuste dogmático na decisão proferida acerca destes limites na ADPF 572, cabe aqui, após as ponderações aqui levantadas, indagar qual modelo de interpretação seria mais compatível com a realidade histórico-cultural brasileira.

É fato histórico que durante 21 anos, entre 31 de março de 1964 até 1985, o Brasil viveu um período de exceção, quando liberdades foram suprimidas, um Governo sem nenhuma legitimidade democrática dissolveu os partidos políticos, a “lei do silêncio” impôs-se e quem ousava publicamente discordar foi silenciado ou sofreu exílio.

É notório que a Carta da Primavera de 1988 inaugurou um novo regime, com um compromisso axiológico com a democracia, e, assim, um projeto frontalmente antagônico ao regime ditatorial anteriormente vigente, constituindo um Estado democrático de direito, com fundamento, entre outros três princípios fundamentais, na dignidade humana e no pluralismo político (art. 1º, III e V CF).

Assim, revisitar o passado histórico para subverter acontecimentos e negar a existência de um regime de exceção, propugnar pelo retorno do regime militar, requerer a outorga de novos atos institucionais (tal qual o AI-5), postular a dissolução do Congresso Nacional e o fechamento do órgão máximo do Poder Judiciário não tem como ser considerados simples movimentos sociais, albergados pelos diversos matizes da liberdade de expressão e pensamento, aptos a contribuir para o debate público.

Os movimentos sociais têm em sua maioria uma pauta de reivindicação que não busca subverter a democracia, mas concretizar a promessa do constituinte de construir uma sociedade solidária, livre e justa. Em prol dessa finalidade, ainda que tácita e indiretamente, exerce-se o legítimo direito à crítica a determinadas posições políticas e se adere a certa ideologia de modo a participar do embate

de ideias típica de um regime de liberdade, no qual também as minorias têm voz.

Nesse sentido, movimentos paramilitares que realizam atos de cunho intimidatório ao propagarem um regime ditatorial extravasam os limites da liberdade de expressão da opinião, porquanto agredem a raiz axiomática da decisão fundamental de nossa sociedade, que foi construída em contraste com o regime de exceção que vigorava até a sua promulgação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O inquérito do STF sobre as chamadas *fake news* enseja uma reinterpretação e análise dos novos conceitos e aplicações do direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento protegida no art. 5º, IV CF, das hipóteses de justificada intervenção estatal na sua área de proteção normativa e sobre a correlação entre as novas formas de comunicação e interação humana mundial e globalizada com os rumos da política e da democracia pelo mundo.

A conquista histórica de garantias constitucionais como limitações ao exercício arbitrário do poder do Estado sobre as liberdades individuais denota que as eventuais intervenções devem ter sua constitucionalidade material baseada no sistema de limites previstos pela própria Constituição, mas não mediante decisões pessoais ou de cunho meramente político como se estabelecia no caso da censura.

O avanço tecnológico, a globalização e as redes sociais possibilitaram uma nova forma de comunicação instantânea e de alcance mundial, de velocidade e abrangência cada vez maiores, que fazem de tais instrumentos de comunicação verdadeiras armas de ataque em massa que, quando manipuladas, atingem objetivos que chegam a decidir questões sociais e políticas de grande relevância.

A utilização de *fake news*, *trolls*, *haters*, inteligência artificial e algoritmos passa a fazer parte do contexto da formação da opinião pública, mobilização de manifestações violentas ou pacíficas, influência sobre decisões individuais e coletivas e, por fim, resultados de eleições, plebiscitos, impeachment, deturpação de instituições democráticas e demais aspectos que perfazem a estabilidade de um Estado democrático de direito.

No contexto do direito comparado tem-se que a Suprema Corte estadunidense interpreta extensivamente e aplica com rigor sua Primeira Emenda, que prestigia de forma ampla a liberdade de expressão de modo a, apesar de nem abarcar uma liberdade absoluta nem autorizar as chamadas *fighting words*, não autoriza a promulgação de leis que configurem censura prévia de conteúdo, deixando ao caso concreto a solução de litígios junto aos quais se verifica a extrapolação desse direito fundamental. Há um privilégio da liberdade de expressão, evitando o chamado “*chilling effect*”, ou seja, a Suprema Corte não permite que o critério de verdade seja tão elevado de modo a impedir que expressões limítrofes ou permitidas deixem de serem proferidas por receio de alguma sanção.

Já no contexto da TCF alemão, país no qual se adotou o sistema da *civil law*, a liberdade de expressão da opinião protegida no art. 5 I 1, 1º sub-período GG não é abstratamente superior a outros direitos fundamentais ou outros bens jurídico-constitucionais. Uma restrição é possível por normas infraconstitucionais desde que representem intervenções estatais legislativas justificadas constitucionalmente. Para tanto, pressupõe que a lei interveniente persiga propósito lícito do ponto de vista constitucional, no mais das vezes um bem jurídico-constitucional, como no caso de normas que limitam a liberdade de expressão com relação a direitos de crianças e adolescentes ou a memória das vítimas do holocausto e se valham de meios igualmente lícitos e proporcionais.

É nesse diapasão que se desenvolve a instauração do inquérito junto ao STF, com o intuito de investigar supostas extrapolações ao direito à liberdade de expressão em que pessoas – blogueiros, políticos e empresários – financiariam ataques à honorabilidade do próprio STF, seus membros e familiares, assim como estariam, por meio de *fake news*, robôs e algoritmos, incitando a mobilização social via redes sociais para a desestabilização e quebra de instituições democráticas e da própria democracia brasileira.

Em que pese não terem sido aprofundados nesse trabalho os aspectos processuais e de constitucionalidade da tramitação do inquérito em questão, é possível a interferência judicial sobre o exercício da liberdade de manifestação da opinião desde que para proteger bens jurídicos relevantes e inerentes ao Estado democrático.

Contudo, a forma de interferência do Estado brasileiro nesse caso específico das chamadas *fake news* deu-se por meio do braço mais forte de demonstração do poder estatal que é o direito penal, em um movimento claro de sua expansão e atuação de contusão e limitação não só da própria liberdade de expressão como da possibilidade da liberdade de ir e vir e de medidas restritivas alternativas ou diversas à prisão como o bloqueio de contas particulares em redes sociais no Brasil e no exterior.

Tal interferência do direito penal na forma posta somente se justifica no aspecto constitucional brasileiro no caso de a utilização das *fake news* sob o pretexto da liberdade de expressão no caso da aplicação da LSN a qual traz em seus tipos penais explícitos a proteção

às instituições democráticas e ao próprio Estado democrático de direito. Trata-se de fato, de um bem jurídico protegido constitucionalmente de risco intolerável que permite a incidência da *ultima ratio*.

No entanto, o embasamento na LSN não é suficiente para se recorrer ao direito penal e todos os seus instrumentos coercitivos se não atendidos princípios constitucionais basilares como a estrita legalidade que, para o caso, exige a comprovação de dolo específico de incitação à subversão da ordem constitucional, da paz social e do Estado democrático com atos que demonstrem efetiva lesividade ao referido bem jurídico sob pena de atipicidade e de injustificada utilização do direito penal.

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. *O medo líquido*. São Paulo: Zahar, 2008.
- BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática – Do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2013.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTELLS, Manuel. *Ruptura – A crise da democracia liberal*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- EMPOLI, Giuliano Da. *Os engenheiros do caos*. São Paulo: Vestígio, 2020.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública*. São Paulo: Unesp, 2014.
- HAN, Byung-Chul. *No enxame: perspectivas do digital*. Petrópolis: Vozes, 2018.
- HARTMANN, Ivar A. Crise dos precedentes no Supremo: o caso dos precedentes sobre liberdade de expressão. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, pp. 109-128, jan/abril. 2020. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/462/482>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- HOLMES e SUNSTEIN, Stephen e Cass r. *O custo dos Direitos: por que as liberdades dependem dos impostos*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão, decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Vol. 02. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2016.
- NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n.3, pp. 313-332, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4920>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, pp. 297-316, abr. 2018. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1788>. Acesso em: 25 jul. 2020.
- PARISIER, Eli. *O filtro invisível*. São Paulo: Zahar, 2019.
- ROXIN, Claus. *Política Criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Madri: Civitas, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, pp. 1.207-1.233, set./dez. 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/428/443>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- SILVA, Júlio César Casarim Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 11, n. 1, pp. 37-64. jan./jun. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 25 jul. 2020.
- STRECK, Lênio Luís; CANOTILHO, Joaquim José Gomes; SARMENTO, Daniel et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SUSTEIN, Cass. Falsehoods and the first amendment. *SSRN*, jul./2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3426765> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3426765>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- WEDY, Miguel Tedesco e Horbach. Uma abordagem comparada acerca do discurso de ódio entre Brasil e Estados Unidos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 14, n. 2, 2019. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiL46mzuvDqAhU2>

GrkGHRLyC64QFjABegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fperiodicos.ufsm.br%2Frevistadireito%2Farticle%2Fdownload%2F30692%2Fpdf&usg=AOvVaw1Il_NaoVd-gFxxhIi3ECuSn.
Acesso em: 19 ago. 2020.

WERMUTH, Miquel Angelo Dezordi. *Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na*

realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

NOTAS

1. Art. 43 - Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.
2. Portaria GP nº 69 de 14 de dezembro de 2019 - "O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno, CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (R[I]STF, art. 13, I); CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e [das] infrações correspondentes, em toda a sua dimensão. Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução".
3. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental mediante a qual a Rede Sustentabilidade (REDE) impugna a Portaria GP nº 69/2019, que ensejou o Inquérito nº 4.781 no Supremo Tribunal Federal. Como bem elencado pelo Relator, são fundamentos desta ação constitucional) que o art. 43 do Regimento Interno do STF, citado para fundamentar a portaria, trataria do poder de polícia interno, regulamentado pela Resolução nº 564/2015, e exigiria que o fato ocorresse na sede do Tribunal e, cumulativamente, envolvesse autoridade ou pessoa sujeita à jurisdição do STF. Ambos os requisitos estariam ausentes, a ensejar, não a atuação do Judiciário, e sim do sistema acusatório: da polícia judiciária ou do Ministério Público; ii) que há ofensa ao preceito fundamental da separação dos Poderes (CFRB, art. 60, § 4º, III), não tendo o Judiciário, salvo algumas exceções, competência estabelecida no art. 102 para conduzir investigações criminais; iii) que as pessoas jurídicas e entes despersonalizados não poderiam ser sujeitos passivos de crimes contra a honra, de modo que a portaria não poderia ser instaurada para apurar fatos ofensivos à honra do Supremo Tribunal Federal; iv) que, no caso das pessoas naturais, a investigação estaria condicionada à representação do ofendido; v) que faltaria justa causa, pois, não havendo referência a fatos concretos ou delimitação mínima do objeto, teria sido ofendido o preceito fundamental da legalidade estrita. vi) que o inquérito não foi livremente à distribuição, o que reforçaria a hipótese de tribunal de exceção, vedada pelo art. 5º, XXXVII, da CF, prejudicando a imparcialidade; e vii) que o sigilo atribuído ao inquérito ofenderia o direito de defesa, nos termos do enunciado da Súmula Vinculante nº 14 do STF. (Voto Ministro Dias Toffoli. ADPF nº 572, STF).
4. Cf. Zaffaroni (2006) "A racionalização da doutrina penal para ocultar a admissão da categoria de inimigo no direito penal, lidas a partir da teoria política, são concessões do Estado liberal ao Estado absoluto, que debilitam o modo orientador do Estado de direito, que é a bússola indispensável para marcar a direção do esforço do poder jurídico em sua tarefa de permanente superação dos defeitos dos Estados de direito reais ou históricos" (ZAFFARONI, 2006, p. 13).
5. (ROXIN, 2000, p. 179). Em sua obra o autor defende que o direito penal só se justifica quando ultrapassada a análise fática de sua fragmentariedade, não devendo ser banalizado ou utilizado indistintamente e de forma expansiva, mas tão somente quando atingir bens jurídicos protegidos constitucionalmente e quando a conduta que se deseja punir diga respeito a riscos intoleráveis, entendidos estes como aqueles que os outros ramos do direito não sejam suficientes para a solução do caso concreto.
6. Wermuth (2011, p. 167): "O direito penal deve estar a serviço da contenção das pulsões absolutistas do Estado de polícia, razão pela qual somente pode ser utilizado como *ultima ratio* para a proteção de bens jurídicos mais relevantes, sendo que o respeito aos direitos fundamentais do ser humano é o pressuposto central da intervenção punitiva".
7. Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito

- compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
8. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrímen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica (STF HC 82.424, rel. min. Moreira Alves, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, P, j. 17-9-2003, DJ de 19-3-2004).
9. Cabe referir, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo art. 13, inciso 2, alínea a, depois de vedar a censura prévia, prescreve que o exercício do direito à liberdade de manifestação do pensamento sujeitar-se-á “a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar (...) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas (...)”. (...) Irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasem, abusiva e criminosamente, os limites razoáveis que conformam, no plano ético-jurídico, a prática da liberdade jornalística, degradando-a ao nível primário do insulto e da ofensa, não merecem a dignidade da proteção constitucional, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de caráter delituoso. A prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a veiculação de insultos ou de crimes contra a honra de terceiros, especialmente quando as expressões moralmente ofensivas –manifestadas com evidente superação dos limites da crítica e da opinião jornalísticas –transgridem valores tutelados pela própria ordem constitucional (STF ARE 891.647 ED, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 15-9-2015, DJE de 21-9-2015).
10. O Plenário confirmou os termos da medida cautelar (Informativo 598) e julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade do inciso II, da segunda parte do inciso III e, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º, todos do art. 45 da Lei 9.504/1997. (...) Prevaleceu o voto do ministro Alexandre de Moraes (relator). [STF ADI 4.451, rel. min. Alexandre de Moraes, P, j. 21-6-2018, Informativo 907. Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística” (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa (STF ADI 4.451 MC-REF, rel. min. Ayres Britto, Pj. 2-9-2010, DJE de 1º-7-2011, republicação no DJE de 24-8-2012).
11. Importante ressaltar que essa interpretação também tem sido acolhida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já se pronunciou sobre questão idêntica: o caso “La colegiación obligatoria de periodistas” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). (...) A Corte Interamericana de

Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (STF RE 511.961, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 17-6-2009, DJE de 13-11-2009).

12. Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça.
Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito.
13. Não é o escopo deste artigo discorrer sobre estas dimensões dos direitos fundamentais, mas aponta-se acerca do assunto: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, especialmente capítulo 4; MARTINS, Leonardo e DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, especialmente capítulo 8.
14. Por este motivo NAPOLITANO et al. afirmam que o entendimento acerca da liberdade de expressão denotar apenas uma dimensão negativa, é limitada, pois em uma sociedade desigual como a brasileira a efetivação deste direito reclama ações positivas do Estado, com o objetivo de assegurar a possibilidade real de seu exercício e o enriquecimento do debate público. Assim, a liberdade de expressão não pode ser privilégio de uma elite que detém os meios de comunicação social ou que pode comprar espaço em tais meios, o Estado deve ter uma atitude ativa para que tal liberdade valha para todos. In NAPOLITANO, Carlo José e STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 pp. 313-332. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4920>. Acesso em: 02 jul. 2020.
15. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais surge a partir da crescente concentração de poderio econômico nas mãos de instituições privadas, atirando a incidência de tais direitos sob as relações particulares notadamente quanto maior for a assimetria entre as partes

envolvidas, porquanto as normas sobre direitos fundamentais apresentem, ínsitas a elas mesmas, um comando de proteção que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 448. A respeito do assunto há o caso paradigmático enfrentado pelo Tribunal Constitucional Alemão que em 1958, no denominado de caso Lüth. Neste sentido: MARTINS, Leonardo e DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108.

16. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>. Acesso em: 28 jul. 2020.
17. Vide art. 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acessado em: 25 jul. 2020.
18. Lei Fundamental Alemã: Art. 5 (Liberdade de expressão da opinião, informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia; liberdade artística e científica) (1) Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis. A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas. Não haverá censura. (2) Esses direitos têm seus limites fixados nas normas das leis gerais, nos dispositivos legais para a proteção da infância e da juventude e no direito à honra pessoal.
19. Conforme demonstra MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Vol. 02. São Paulo: Konrad- Adenauer- Stiftung – KAS, 2018, pp. 91-138.
20. Op. cit. p. 104.
21. Demonstrando o aqui afirmado, vide: HARTMANN, Ivar A. Crise dos precedentes no Supremo: o caso dos precedentes sobre liberdade de expressão. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, pp. 109-128, jan/abril. 2020. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/462/482>. Acesso em: 30 jul. 2020.
22. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalfstf/Internacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms. Acesso em: 30 jul. 2020.