

LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: INQUÉRITO DAS FAKE NEWS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Freedom of speech limits: fake news inquiry at the Brazilian Supreme Court

Límites a la libertad de expresión: investigación de las fake news en el Tribunal Supremo

Carlo José Napolitano¹
Lucas Catib de Laurentiis²
Tatiana Stroppa³

DOI: doi.org/10.31501/esf.v1i29.14879

Resumo: Baseado em análise jurisprudencial, este texto apresenta e analisa decisão proferida pelo STF na ADPF 572, que tratou do Inquérito das Fake News. O texto conclui que o Supremo Tribunal Federal mostrou uma inclinação diversa de sua jurisprudência que, em regra, conferia uma posição preferencial à liberdade de expressão. Nesse julgado, excluiu do âmbito de proteção dessa liberdade as informações falsas construídas com a finalidade de desestabilizar o regime democrático e a existência do Supremo e do Congresso Nacional.

Palavras-chave: Democracia. Liberdade de expressão. Personalidade. Informações falsas. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: Based on jurisprudential analysis, this text shows and analyzes the decision of the Brazilian Supreme Court at the ADPF 572, which dealt with the Fake News Inquiry. The text concludes that the STF showed a different inclination from its jurisprudence that, as a rule, gave a preferential position to freedom of speech. In that judgment, it excluded from the scope of protection of this freedom the false news constructed with the purpose of destabilizing the democratic regime and the existence of the Brazilian Supreme Court and National Congress.

Keywords: Freedom of Speech. Fake News. Brazilian Supreme Court. Personality. Democracy.

Resumen: Basado en análisis jurisprudencial, este texto presenta y analiza la decisión del TS en la ADPF 572, que trató del Inquérito de las Fake News. El texto concluye que el Tribunal Supremo mostró una inclinación diversa de su jurisprudencia que, por regla general, confería una posición preferencial a la libertad de expresión. En ese juicio, excluyó del ámbito de protección de esa libertad las informaciones falsas construídas con la finalidad de desestabilizar el régimen democrático y la existencia del Supremo y del Congreso Nacional.

Palabras-clave: Libertad de expresión. Información falsa. Tribunal Supremo. Personalidad. Democracia.

¹ Doutor, Universidade Estadual Paulista, Bauru, SP, Brasil. carlo.napolitano@unesp.br | <https://0000-0002-6328-6398>.

² Doutor, Pontifícia Universidade Católica, Campinas, SP. lucas.laurentiis@gmail.com | <https://0000-0001-5596-6695>.

³ Doutora, Centro Universitário de Bauru, Bauru, SP. Faculdade Itana de Botucatu, Botucatu, SP. tatianastroppa@hotmail.com | <https://0000-0002-3456-7588>.

Artigo submetido em: dezembro/2023. Aprovado em: março/2024

Esferas, ano 14, vol. 1, nº 29, janeiro-abril de 2024 | ISSN 2446-6190

Revista Esferas tem seu conteúdo sob uma [Licença Creative Commons](#)



Introdução

O presente trabalho⁴ analisa a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572, voltada à declaração de inconstitucionalidade da Portaria 69, de 14 de março de 2019, editada de ofício pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, para instaurar o inquérito administrativo nº 4781, midiaticamente conhecido como o *Inquérito das Fake News*.

Mesmo que o foco deste trabalho seja a análise dos argumentos jurídicos que sustentam e atacam a tramitação do referido inquérito, sabe-se que o tema de fundo do debate aqui desenvolvido tem abrangência mundial e foi desenvolvido de forma extensa pela literatura internacional: trata-se de analisar os efeitos da desinformação em massa, assim como de buscar meios de frear sua propagação. As consequências desse fenômeno são amplas e foram, igualmente, mapeadas: vão desde a desconfiância de pais e parentes em relação aos efeitos da vacinação de crianças, até a corrosão do sistema democrático como um todo, tendo em vista a descrença generalizada nas instituições e na política, efeito esse que é gerado pela indistinção entre fatos e teorias conspiratórias (Lewandowsky, Ecker & Cook, 2017). Sem negar a relevância e a complexidade desses aspectos, o presente texto apresenta a visão do Supremo Tribunal Federal sobre o fenômeno da desinformação.

O inquérito destinou-se à investigação de informações fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus*

⁴ Uma primeira versão deste artigo foi apresentada previamente no Grupo de Trabalho Comunicação e Justiça da 10ª Edição do Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política (10ª COMPOLÍTICA), realizado na Universidade Federal do Ceará (UFC), em 10 de maio de 2023, contudo, o texto não foi publicado nos anais do evento em questão.

caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, com base no artigo 43 e seguintes do seu Regimento Interno (Brasil, 2019). De modo primordial, objetiva-se responder à seguinte questão de pesquisa⁵: o STF ao julgar a ADPF 572 relacionou a proteção dos direitos da personalidade como limitação para o exercício da liberdade de expressão, principalmente no ambiente digital?

Para alcançar esse objetivo, o método utilizado foi o indutivo. Como técnica de pesquisa, fez-se a leitura minuciosa do acórdão (decisão) proferido pela Corte, analisando-se a ementa, o relatório e o voto do ministro relator do processo.

Essa opção metodológica se justifica pois considera-se, de acordo com Silva (2013, p. 568), que esses documentos – em especial, ementa e acórdão – expressam “os únicos dois produtos coletivos do processo de decisão” do Supremo Tribunal Federal. No entanto, é importante frisar que não se desconsidera e também não se desconhece que essa opção de análise não é imune de críticas e questionamentos quanto ao recorte efetuado. Alguns trabalhos contestam essa opção, tais como o próprio Silva (2015, 2016) e Costa (2014), contudo, outros seguem a linha aqui adotada, como é o caso

⁵ Este trabalho decorre de pesquisa principal que objetiva, ao final da investigação, identificar as orientações e interpretações conferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF), em análise comparativa, em casos judiciais decididos pelas cortes e que dizem respeito a conflitos envolvendo o exercício da liberdade de expressão na internet e a busca pela proteção dos direitos da personalidade *on line*, no intuito de verificar se há uma linha mestra, ou, em outros termos, um *modus operandi* de interpretação do STF/TCF relacionado a esse objeto e que consubstancie o âmbito de garantia desses direitos em causa. O projeto de pesquisa “A liberdade de expressão na internet e a proteção dos direitos da personalidade no ambiente online: análise comparativa de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional Federal Alemão”, é financiado pela Chamada CNPq/MCTI/FNDCT 18/2021 - Faixa A - Grupos Emergentes, processo 403756/2021-9 e conta com os autores como coordenadores e pesquisadores principais, além de alunos de graduação e pós-graduação pertencentes ao grupo de pesquisa Mídia e Sociedade, na linha de pesquisa Direito à Comunicação: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4162952981530090>. O projeto que ora se relata parcialmente trata-se de um desdobramento da participação do primeiro autor no projeto de cooperação internacional “Comunicação e democracia: responsabilidade da mídia, mídia de serviço público, acesso à Internet e direito à informação na Alemanha e no Brasil”, financiado pelo Programa CAPES/DAAD – PROBRAF, processo 88887.371422/2019-00. Napolitano, C. J.; Laurentis, L. C. de; Stroppa, T. Limites à liberdade de expressão: Inquérito das Fake News no Supremo Tribunal Federal.

de Almeida e Bogossian (2016). Também não se desconsidera que o processo decisório do STF é caracterizado pelo julgamento em série, com apresentação dos votos dos Ministros em separado, conforme Klafke e Pretzel (2014) e Silva, (2013). Entretanto, como dito, ementa e acórdão são documentos coletivos da corte.

Além disso, a análise dos julgados segue um questionário previamente definido, com critérios objetivos que potencialmente minimizam o subjetivismo típico de análise jurisprudencial. Eis aqui o questionário pré-definido na pesquisa para a análise dos casos: 1) Qual o pedido feito na ação? Ou seja, quais foram os elementos fáticos e legais da ação? 2) Qual foi efetivamente a decisão da Corte? A Corte privilegiou a liberdade de expressão ou os direitos da personalidade? 3) A Corte utilizou o princípio/critério da proporcionalidade como método de solução dos conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade? Essas questões serão respondidas no relato do caso e na análise da decisão nas próximas seções.

Também no intuito de reduzir o subjetivismo inerente a esse tipo de análise jurisprudencial, a pesquisa realiza um *double-check blind review*. Esse cotejo duplo é executado pelos pesquisadores associados ao projeto. A análise segue o seguinte roteiro: 1º passo – leitura prévia e análise dos julgados por parte de um dos pesquisadores; 2º passo – análise em profundidade da decisão, conforme o questionário anteriormente apresentado; 3º passo – *double-check blind review/ revisão duplo cego*, repetindo-se as etapas/passos anteriores; 4º passo – resultado final da análise. Neste trabalho a primeira análise foi realizada pelo primeiro autor e a revisão duplo cego foi realizada pelo segundo e terceiro autores. Essa técnica de pesquisa se aproxima ao que foi mencionado por Canotilho

(2003) como método *briefing a case*, pois são contextualizados os casos, analisados os textos e os significados das normas, apresentadas as controvérsias, os argumentos, a retórica argumentativa, e, por fim, a decisão efetiva do STF, alinhando-se ao que foi definido por Bucci (2013) como “casotecas”. Trata-se, portanto, de “um exercício de Dogmática da Decisão, mediante análise crítica de algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal” (Ramos, 2015, p. 30).

Para cumprir o objetivo deste trabalho, o texto está assim estruturado: além desta introdução, na próxima seção será contextualizado o caso, apresentada e analisada a decisão do STF e, na sequência, apresentam-se algumas considerações, indicando, em conclusão, uma alteração em posicionamentos anteriores do próprio Supremo Tribunal Federal que atribuíam uma posição preferencial à liberdade de expressão para a adoção de um entendimento que confere legitimidade à limitação da divulgação de informações fraudulentas (*fake news*) construídas com o propósito de desestabilizar a manutenção de um ambiente plural e democrático; de conteúdos esses que visam atacar diretamente a atuação do Congresso Nacional e do próprio Supremo ao incitar ódio e ataques aos integrantes das referidas instituições.

Contextualização do caso, apresentação e análise da ADPF 572⁶

No que diz respeito à contextualização do caso, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572 foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo partido político Rede

⁶ Esta seção, seguindo a metodologia proposta, foi baseada no acórdão, relatório e voto do relator, com transcrições literais e edições do texto pelos autores (Brasil, 2020).

Sustentabilidade em 23 de março de 2019 para contestar, dentre outras questões, a constitucionalidade da Portaria GP n. 69, de 14 de março de 2019, emitida pela Presidência do Supremo Tribunal Federal. A referida portaria determinou a abertura do Inquérito Administrativo nº 4781 para investigar a existência de informações fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*⁷, que atingiam a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares (Brasil, 2020).

É importante destacar a conjuntura política e social à época da instauração do inquérito. Era início do governo Bolsonaro (2019-2022), março de 2019, governo “com uma pauta conservadora, moralizadora, de combate à corrupção, de apoio à Operação Lava Jato” (Recondo & Weber, 2019, p. 20). De algum modo, o Supremo era considerado um entrave a essas pautas.

A Operação Lava Jato parece ter sido o estopim para a instauração do inquérito. No mês de março o STF iria julgar se casos relacionados à corrupção e ao mesmo tempo relacionados a crimes eleitorais deveriam tramitar na Justiça Federal ou na Eleitoral.

O STF, com a pressão dos procuradores da Lava Jato, da mídia e das redes sociais estava também sob ataque. “Na imprensa, lia-se que a máquina de mídias sociais bolsonaristas havia escolhido o STF como seu alvo preferencial naquele momento” (Recondo & Weber, 2019, p. 22). Essa máquina de mídias sociais bolsonaristas, mais tarde, recebeu a alcunha de “Gabinete do Ódio” (Recondo & Weber, 2023, p. 79).

⁷ *Animus calumniandi, diffamandi e injuriandi* significa a intenção da prática de crime de calúnia, difamação e injúria.

O inquérito, que ainda se encontra em tramitação, tem como finalidade investigar supostas denúncias caluniosas, ameaças e infrações que atingiriam a honra e segurança dos ministros que compunham a Corte, bem como de seus familiares. Entre os elementos fáticos investigados estavam: o arremesso de artefato explosivo de dentro de um carro, o arremesso de um objeto em via pública ao final de evento acadêmico, uma ameaça de tiro contra as costas, um comentário incitando o estupro e a morte das filhas dos ministros, informações falsas que vinculariam oito dos onze ministros do STF ao narcotráfico internacional, vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, a investigação de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e o Estado de Direito.

Uma semana após a edição da portaria e abertura do inquérito, o partido Rede Sustentabilidade propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) alegando que a medida seria inconstitucional, em síntese, pelos seguintes motivos: afronta às liberdades individuais de expressão; desrespeito à separação dos Poderes ao conduzir a investigação criminal por conta própria, sem a intervenção do Ministério Público e de forma sigilosa; falta de justa causa, não havendo referência a fatos concretos na Portaria GP n.º 69; inexistência de fato praticado na sede ou dependências do Tribunal; inexistência de fato praticado por pessoa sujeita à jurisdição do STF.

Na sessão de julgamento do dia 16 de junho de 2020, o Supremo Tribunal Federal decidiu questões jurídicas e processuais, tais como a legitimidade ativa do partido político para ajuizar a ADPF e a adequação processual da via eleita. No que tange ao mérito, foram discutidos: o sistema acusatório

brasileiro, investigação e ação penal; a garantia do juiz natural; a distribuição/delegação de competência do presidente do STF para outro ministro, no caso, a delegação para a condução do feito ao ministro Alexandre de Moraes; a proteção do Estado de Direito democrático e dos Poderes instituídos; a separação dos poderes, entre outras questões não menos importantes.

Não se pretende aqui fazer a análise de todas as questões levantadas na arguição. Interessam aquelas que foram voltadas a determinar os limites jurídicos do exercício da liberdade de expressão justamente nos casos em que essa liberdade foi utilizada com o propósito de disseminação de conteúdos falsos voltados a atacar a honra e a imagem do STF, de seus membros e familiares, bem como para defender a intervenção das Forças Armadas para o fechamento do STF e do Congresso Nacional, como sintetizado pelo ministro relator Edson Fachin em seu voto (Brasil, 2020).

Foi justamente neste sentido que o relator enfatizou que a legislação brasileira, a normatividade internacional e a própria jurisprudência do STF oferecem nortes para a compreensão do conteúdo da liberdade de expressão assegurada, dentre outros, nos artigos 5º, inciso IX (É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença), e 220 da Constituição da República (A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição).

Em relação aos parâmetros internacionais de proteção de direitos humanos, afirma o relator que tanto o sistema universal quanto o interamericano de direitos humanos densificam o exercício desse

direito. Como exemplos, menciona o artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,⁸ e também o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁹

De acordo com Fachin, “deste conjunto de normas, extrai-se que o regime jurídico de proteção da liberdade de expressão garante, por um lado, a impossibilidade de censura prévia, e, por outro, a possibilidade, *a posteriori*, de responsabilização civil e penal” (Brasil, 2020). O relator passa então a mencionar diversas decisões do próprio Supremo Tribunal Federal sobre a temática da liberdade de expressão do pensamento. Inicia com a ADPF 130, na qual a Corte deliberou, em 2009, sobre a não recepção da lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) pela Constituição de 1988. Na oportunidade, o STF decidiu que a liberdade de imprensa deve ser compreendida como um “*sobredireito*, prevendo que o direito de crítica é protegido num legítimo Estado de Direito democrático, como salvaguarda da democracia” (Brasil, 2020).

⁸ “Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública” (Brasil, 1992).

⁹ “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. 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 a 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. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (Brasil, 1992).

Esse entendimento da Corte na ADPF 130 acerca da liberdade de expressão é constantemente reafirmado e reforçado pelo STF em diversas decisões, tais como: Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2566 decisão de 2018, que considerou inconstitucional a vedação de proselitismo na radiodifusão comunitária; ADI 4451/2018, conhecida como a ADI da Plada, que considerou inconstitucionais dispositivos da legislação eleitoral que restringiam a liberdade de expressão humorística em período eleitoral; ADPF 187/2011 sobre a Marcha da Maconha, na qual o STF garantiu a livre manifestação de ideias ante potenciais medidas incriminatórias de inibição do amplo debate público; ADI 4815/2015, caso das biografias não autorizadas, na qual ficou ratificada a compreensão da liberdade de expressão como direito preferencial em relação a outros direitos e que eventuais responsabilizações devem ser pleiteadas a posteriori.

Após essa digressão legislativa e jurisprudencial, o relator trata da temática das *fake news* e de sua proliferação nas mídias sociais. Estas, de acordo com o voto, podem ser consideradas “novas praças públicas”, conforme mencionado pela Suprema Corte Norte Americana, no caso *Packingham v. North Carolina* (Brasil, 2020).

Considerando essa questão, o relator pondera que os sistemas de proteção de direitos humanos autorizam a aplicação de restrições a essa liberdade a partir de algumas premissas. Ele cita, por exemplo, o Relatório Especial do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas para a Promoção e a Proteção do Direito de Liberdade de Opinião e Expressão, que “impõe três condições segundo as quais o exercício do direito à liberdade de expressão pode estar sujeito a restrições por parte dos Estados” (Brasil, 2020). Essas condições são: 1) assegurar a proteção de direitos e reputação de

outrem; 2) proteger a segurança nacional, a ordem pública ou a saúde e a moral pública; 3) proibir a propaganda de guerra, a apologia ao ódio, incitação à discriminação, hostilidade e violência. Ademais, todas essas possíveis restrições devem estar expressamente fixadas em lei.

Após tratar da possibilidade de restringir a liberdade de expressão, o relator volta-se para a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, indicando diversas decisões históricas, nas quais essa Corte “produziu, ao longo de sua história, testes para a aferição dos abusos do direito de opinar” (Brasil, 2020).

De acordo com Fachin, no caso *Schenk v. Estados Unidos*, de 1919, ficou decidido que a liberdade de expressão poderia ser limitada “se a intenção do agente se dirigisse ao cometimento de práticas criminosas e representasse um ‘perigo claro e iminente’” (Brasil, 2020). Nessa decisão foi cunhada a famosa expressão: “A mais rigorosa proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem que, falsamente, grita ‘fogo’ no interior de um teatro, causando pânico” (Brasil, 2020). Para o relator, essa decisão determinou a impossibilidade de se proteger uma informação deliberadamente falsa, como a mencionada na famosa expressão jurisprudencial.

Essa tese da Suprema Corte sobre a possibilidade de restrições aos discursos falsos teve avanços e retrocessos ao longo da história jurisprudencial, podendo ser citados os casos *Whitney v. Califórnia* (1927), *Brandenburg v. Ohio* (1969) e *New York Times Co. v. Sullivan* (1964). Nesse último caso, foi dito que em processos de ofensas à honra de agentes públicos, para que o ofensor seja condenado é necessário que ele tenha conhecimento prévio da falsidade da informação e ainda assim a divulgue. Caso contrário, o discurso público ficaria prejudicado. Essa decisão criou um sistema dual de

proteção: um sistema menos restritivo da liberdade de expressão quando envolvida a honra dos agentes públicos e outro mais restrito em relação a sujeitos não públicos. De acordo com o relator, essa tese foi incorporada em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Kimmel v. Argentina*, e *Donoso v. Panamá*, assim como pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, quando da aprovação da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão.

Prossigue o relator indicando que, a despeito de existir a garantia da liberdade de expressão na Constituição brasileira (artigo 5º e 220), há também no sistema constitucional limites a esse direito, entre eles, os crimes contra a honra. Menciona também como exemplos jurisprudenciais a famosa decisão do STF, de 2003, que ficou conhecida como o caso Ellwanger¹⁰, quando não se admitiram discursos de ódio, bem como as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, *Refah Partisi and others v. Turkey* e *Norwood v United Kingdom*) nas quais ficou definido “que não estão protegidos pela liberdade de expressão atos que, a pretexto de ideologia política, visem a retirar direitos ou a excluir determinadas pessoas da sociedade” (Brasil, 2020).

Nessa linha, ganha destaque trecho do voto em que o ministro relator defende a possibilidade de limitação à liberdade de expressão quando se trata especificamente da defesa da democracia (democracia militante¹¹), ou seja, há uma exigência de medidas restritivas de abusos no exercício da

¹⁰ O caso Ellwanger diz respeito ao julgamento de um habeas corpus solicitado em favor de Sigfried Ellwanger junto ao STF. Ellwanger havia sido condenado, na justiça gaúcha, pela prática de racismo contra os judeus, manifestada pela publicação e edição de livros de conteúdo antissemita. O Supremo, na oportunidade, por maioria negou o habeas corpus. Para maiores detalhes sobre o caso, Napolitano (2013).

¹¹ De acordo com Jan-Weimer Müller, para quem os conceitos de democracia militante, democracia defensiva e “*fighting democracy*” se referem à mesma ideia, o Tribunal Constitucional alemão, no começo dos anos 1950, adotou expressamente a teoria da democracia militante em uma decisão na qual se expôs que “a Constituição havia tomado uma ‘decisão básica’ a favor de uma compreensão substantiva (em oposição à formal) da democracia, um conjunto de valores que precisa ser defendido contra seus inimigos declarados” (Rêgo & Oliveira, 2023, p. 321-322).

liberdade de expressão quando voltadas ao ataque sistemático do próprio regime democrático. Destaquem-se, por exemplo, os seguintes trechos:

Como aponta Ulrich Wagrandl, do texto dos tratados de direitos humanos emerge a exigência de que os instrumentos de democracia militante se restrinjam a aplacar os abusos de direitos que se materializam em atos, como, notadamente, a liberdade de expressão, nas situações em que ela é invocada para, precisamente, suprimir o direito de manifestação de outras pessoas ou de outros grupos (Brasil, 2020, p. 27).

[...] Não há ordem democrática sem o respeito às decisões judiciais. Não há direito que possa justificar o descumprimento de uma decisão judicial da última instância do Poder Judiciário. Afinal, é o Poder Judiciário o órgão responsável por afastar, mesmo contra maiorias constitucionais, quaisquer medidas que suprimam os direitos assegurados na Constituição (Brasil, 2020, p. 29).

De fato, o ministro relator enfatizou que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a utilização da liberdade de expressão, fundamento da democracia, para atacá-la. Justamente “coagir, atacar, constringer, ameaçar, atentar contra o Supremo Tribunal Federal, o poder judiciário e seus membros é atentar contra a Constituição Federal, a Democracia, o Estado de Direito e a defesa intransigente dos Direitos Humanos Fundamentais” (Brasil, 2020, p. 29).

Após a fundamentação, o ministro relator conclui o seu voto afirmando que “Atentar contra um dos Poderes, incitando o seu fechamento, a morte, a prisão de seus membros, a desobediência a seus atos, o vazamento de informações sigilosas não são, enfim, manifestações protegidas pela liberdade de expressão” (Brasil, 2020). Por essas razões, julgou improcedente o pedido feito pelo partido Rede Sustentabilidade na ADPF 572, declarando, em consequência, a constitucionalidade da Portaria GP n.º

69/2019 e do Inquérito 4781, determinando, contudo, especificamente em relação à proteção da liberdade de expressão:

[...] que se observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais (Brasil, 2020, p.51-52).

À exceção do ministro Marco Aurélio, os demais membros do Supremo Tribunal Federal acompanharam o relator, decidindo o STF pela constitucionalidade da Portaria e, conseqüentemente, do Inquérito das *Fake News*. Especificamente em relação à liberdade de expressão, o voto divergente do ministro Marco Aurélio afirma, amparado em manifestação teórica de autores brasileiros, que o judiciário “jamais poderá deixar de ouvir a voz das ruas como elementar expressão da liberdade de crítica, ainda que envolva em palavras, gestos ou sinais grosseiros” (Brasil, 2020). Contudo, ao finalizar o seu voto, indica que não acompanha a maioria já formada, por uma questão processual de vício de iniciativa, votando pela não legalidade/constitucionalidade da Portaria que instaurou o Inquérito Processual.

Considerações sobre o julgamento

Em princípio, verifica-se que, na decisão analisada, o Supremo Tribunal Federal não adota uma posição preferencial da liberdade de expressão. A afirmação de tal posição preferencial já vinha sendo afastada pelo próprio Tribunal em decisões monocráticas e colegiadas que confirmam a condenação de jornalistas e formadores de opinião em virtude da divulgação de conteúdos relativos a autoridades

Napolitano, C. J.; Laurentis, L. C. de; Stroppa, T. Limites à liberdade de expressão: Inquérito das Fake News no Supremo Tribunal Federal.

 www.esferas.org.br

políticas. Em uma decisão paradigmática, o Supremo chegou a confirmar a censura de um veículo de informação jornalística¹² situação que foi repetida em uma série de julgamentos, nos quais o Tribunal desvincula a proteção reforçada, em abstrato, da liberdade de expressão, dos efeitos particulares e concretos que essa mesma proteção confere aos titulares desse direito fundamental¹³. Isso gera dois problemas; um teórico, outro prático.

Na prática, o que se tem é uma confusão argumentativa que não esclarece se e como a liberdade de expressão prevalece frente a outros direitos fundamentais em casos de conflito. Essa falta de padronização argumentativa nos casos envolvendo a liberdade de expressão gera o perverso efeito de amedrontar o titular do direito que, na dúvida, terá receio de expressar opiniões mais fortes e controversas que afetem personalidades públicas.

Em termos teóricos, isso gera dúvidas ainda mais graves, pois o exame da precedência condicionada entre os direitos conflitantes exige a paridade de pesos em abstrato dos valores (direitos)

¹² Trata-se do conhecido julgamento do caso envolvendo o filho do ex-presidente, José Sarney, e o jornal *Estadão*. A censura do meio de comunicação foi confirmada por decisão monocrática do ministro Ricardo Lewandowski, mas foi revertida por julgamento dividido da segunda turma do ano de 2018: Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Direito à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa. Decisão liminar que restringe veiculação de matéria jornalística. Súmula 735/STF Não incidência. Matéria passível de conhecimento por reclamação ante possível ofensa à decisão vinculante na ADPF 130/STF Provimento do agravo regimental. 1. Nos casos em que se suscita ofensa à decisão vinculante deste Tribunal, o recurso extraordinário interposto em face de decisão que defere medida liminar pode ser conhecido, se preenchidos os requisitos que autorizariam o cabimento da reclamação, hipótese na qual não incidiria o óbice da Súmula 735/STF. 2. A alegação de ofensa à decisão da ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, na qual se proibiu a realização de qualquer forma de censura prévia, dá ensejo ao cabimento, em tese, da reclamação constitucional, uma vez que o STF proibiu a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões, sendo certo, ainda, que eventual abuso da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. 3. Agravo regimental provido (RE 840718 AgR, Relator Ricardo Lewandowski, Relator p/ Acórdão: Edson Fachin, Segunda Turma, j. em 10/09/2018). O processo teve tramitação sigilosa e, de acordo com o site do Supremo, ainda não finalizado.

¹³ Para uma listagem dos casos em que o Supremo realiza esta operação, Laurentiis (2021).

em conflito¹⁴. Se essa condição de paridade inicial não existe, o que teremos é a prevalência, via aplicação direta, de um dos direitos em conflito, no caso, o direito de maior peso abstrato¹⁵.

Não é de se espantar, portanto, que o resultado da ADPF 572 se assemelhe à utilização pura e simples da “teoria interna” da proteção dos direitos fundamentais, por meio da qual se opera uma restrição do âmbito normativo da liberdade de expressão, excluindo *a priori* as informações consideradas falsas, construídas com a finalidade de desestabilizar o regime democrático e minar a existência do próprio Supremo e do Congresso Nacional, lançando uma argumentação que se aproxima da ideia de democracia militante.

Práticas de intimidação, ameaças às instituições e às vidas de seus membros, bem como a propagação orquestrada de desinformação não podem ser confundidas com o exercício constitucional das críticas e da expressão. Assim, o Supremo Tribunal Federal, em um cenário político marcado de excepcionalidade, reconheceu a constitucionalidade da instauração do Inquérito como um instrumento importante para defesa da democracia diante do cometimento de crimes em circunstâncias que consagraram afrontas diretas às instituições.

Portanto, nesta decisão tem-se que o mote principal para amparar a restrição à liberdade de expressão não foi a defesa dos direitos da personalidade (honra, imagem, intimidade) dos ministros e figuras públicas envolvidas, mas a intangibilidade da Corte, do Congresso Nacional e,

¹⁴ Por muitos, nesse sentido Alexy (1986) e Schlink (1976).

¹⁵ Para uma avaliação crítica da conformação do teste da proporcionalidade na literatura nacional, Laurentis (2017).

consequentemente, do desenvolvimento de crimes que visavam minar a própria integridade da atuação jurisdicional ao coibir, intimidar e ameaçar os ministros.

Inferese também do julgamento que o STF, neste caso, não aplicou o teste de proporcionalidade para solucionar o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade e o próprio regime democrático. Essa conclusão contrasta inclusive com o julgamento do caso Ellwanger, ocasião em que o STF utilizou a proporcionalidade na solução do conflito. Observe-se que o princípio, critério ou teste de proporcionalidade é um critério teórico/prático para verificar se eventual restrição a um direito fundamental é compatível ou não com o texto constitucional, em eventuais casos de conflitos de direitos fundamentais.

Como resultado, o reconhecimento da constitucionalidade da abertura do Inquérito 4781 pelo STF para apurar as chamadas *fake news* indica a necessidade de amadurecer quais são as possibilidades de intervenções estatais que podem ser legítimas e constitucionais para a garantia e defesa do próprio regime democrático em face do cenário de desinformação que compromete seriamente a formação da opinião pública, sem implicar, entretanto, em atitudes censórias e desproporcionais.

O Supremo Tribunal Federal precisa estabelecer e seguir critérios estáveis que mostrem a amplitude constitucional dada à liberdade de expressão, em quais circunstâncias será devida indenização, parâmetros claros para ter previsibilidade sobre quais conteúdos, de fato, podem ser tidos como fraudulentos e voltados à incitação odiosa, violenta, deliburada e orquestrada contra o regime democrático e suas instituições, sob pena de injustificadas restrições à liberdade de expressão.

Referências

- Alexy, R. (1986). *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt: Suhrkampf.
- Almeida, D. dos S.; Bogossian, A. M. (2016). “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, 2(1), 263-297.
- Brasil. (1992). *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: agosto de 2023.
- Brasil. (1992). *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: agosto de 2023
- Brasil. (2020). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572, de 18 de junho de 2020*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=755791517>. Acesso em: janeiro de 2023.
- Bucci, M. P. D. (2013). *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva.
- Canotilho, J. J. G. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina.
- Costa, T. M. da. (2014). Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a lei de imprensa na ADPF 130. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 10(1), 119-154.
- Klafke, G. F.; Pretzel, B. R. (2017). Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 1(1), 89-104.
- Laurentiis, L. C. (2021). Liberdade de expressão em mutação: análise jurisprudencial e evolução da proteção constitucional, in: Ferreira Filho, M. G.; Leal, R. S., *A nova constituição de 1988*, Santo André: Dia a dia forense.
- Laurentiis, L. C. (2017). *A proporcionalidade no direito constitucional*, São Paulo: Malheiros.
- Lewandowsky, S., Ecker, U. K. H., & Cook, J. (2017). Beyond Misinformation: Understanding and Coping with the “Post-Truth” Era. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 6(4), 353-369. <https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2017.07.008>
- Napolitano, C. J. (2013). Regulação Jurídica Constitucional da Liberdade de Expressão e a sua Concretização pelo Supremo Tribunal Federal: análise do caso Siegfried Ellwanger, in: Brittes, J., *Saber militante: teoria e crítica nas políticas de comunicação do Brasil*, São Paulo: Intercom.

- Oliveira, G. H. J. de, & Rêgo, E. de C. (2023). Democracia defensiva no Supremo Tribunal Federal: o inquérito das fake news como estímulo para a construção de uma jurisprudência constitucional em defesa da democracia. *Revista Digital De Direito Administrativo*, 10(1), 318-335. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/201661>
- Ramos, E. da S. (2015). *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva.
- Recondo, F.; Weber, L. (2019). *Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Recondo, F.; Weber, L. (2023). *O Tribunal: como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Schlink, B. (1976). *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Silva, V. A. da (2006). O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, 23-51.
- Silva, V. A. da. (2013). Deciding without deliberation. *IJCL*, v. 11, n. 3, 557-584.
- Silva, V. A. da. (2015). Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, 1(1), 180-200.
- Silva, V. A. da. (2016). O relator dá voz ao STF? *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, 2(2), 648-669.
- Silva, V. A. da. (2021). *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: EDUSP.