



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB

FACULDADE DE DIREITO - FDD

PAMELA DOURADO KLETLINGER ROSA

**O FUTURO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL: MODERAÇÃO DE
CONTEÚDO, EXCLUSÃO DE PERFIS E PRISÕES NO BOJO DO INQUÉRITO DAS *FAKE*
*NEWS***

Brasília

2021

PAMELA DOURADO KLETLINGER ROSA

**O FUTURO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL: MODERAÇÃO DE
CONTEÚDO, EXCLUSÃO DE PERFIS E PRISÕES NO BOJO DO INQUÉRITO DAS *FAKE***

NEWS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina Redação de Monografia (FDD0269), do Curso de Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira.

Co-orientadora: Prof. Dra. Laura Schertel Ferreira Mendes.

Brasília

2021

PAMELA DOURADO KLETLINGER ROSA

**O FUTURO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL: MODERAÇÃO DE
CONTEÚDO, EXCLUSÃO DE PERFIS E PRISÕES NO BOJO DO INQUÉRITO DAS *FAKE*
*NEWS***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina Redação de Monografia (FDD0269), do Curso de Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira.

Co-orientadora: Prof. Dra. Laura Schertel Ferreira Mendes.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

Prof. Dra. Laura Schertel Ferreira Mendes

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar

Me. Mônica Tiemy Fujimmoto

Me. Matheus Barra de Souza

Brasília, 03 de novembro de 2021.

À minha mãe, meu maior exemplo, por todo amor e toda dedicação investidos em me tornar uma mulher livre e realizada.

À minha avó, Gerli, por me ensinar a olhar e a cuidar de todas as pessoas que eu pudesse.

AGRADECIMENTOS

Eu dedico o primeiro agradecimento à pessoa que sempre me enxergou como potência e lutou para que eu pudesse me realizar em todos os aspectos da minha vida. Não tenho como mensurar a gratidão à minha mãe solo, Liliani Dourado de Jesus, por ter me feito livre e por ter me capacitado de forma suficiente para ninguém tirar a minha liberdade. Obrigada por dar suporte e incentivo, mas, principalmente, por acreditar em mim e por se sacrificar achando que eu valia todo o investimento. O meu maior exemplo jurídico foi uma mulher humilde, que acreditava que a educação transformava realidades e que, durante alguns anos, lutou para mudar a nossa. Muito obrigada por me deixar continuar o seu sonho e por estar conquistando esse título junto comigo. Eu me comprometo a nunca esquecer o motivo pelo qual decidimos fazer Direito e a honrar a responsabilidade de usar nosso conhecimento para fazer a vida de quem precisa dele um pouco melhor. Não tenho palavras para dizer o quanto eu admiro sua inteligência e capacidade em ser excelente em tudo. Todo amor e todo agradecimento à minha mamãe pela educação, pelo propósito e pelo sentimento dedicado.

Aos meus irmãos e melhores amigos, Gabriel Dourado Chaves Batista e Gustavo Dourado Chaves Batista, meu agradecimento por todo amor, carinho e abraços dados durante essa jornada. Vocês dois são as minhas inspirações para ser alguém melhor e para continuar buscando ser uma profissional de excelência.

Aos meus avós, Gerli Alecrim Dourado e Aderalvo Diener de Jesus, eu agradeço por todo cuidado e zelo. Ao meu avô, eu agradeço por ter compartilhado comigo a sua intensa vontade de conhecer o mundo em seus menores e complexos detalhes e sua fascinação pelo estudo. As lembranças de todas as madrugadas juntos vendo eclipses lunares ou de todos os programas de animais exóticos que víamos nas sextas-feiras estão marcadas em mim. Muito obrigada por acreditar que era capaz suficiente de entender qualquer coisa e me tratar sempre como uma igual. A minha avó, eu agradeço por me ensinar a olhar para o mundo. Seu olhar sempre buscava pessoas que precisavam de ajuda e você sempre fez questão de ajudar todos que podia sempre que podia. Você me ensinou que a miséria do outro é minha miséria também e que nada que possuímos tem valor se não compartilhamos com quem precisa. Tenho certeza de que posso ler todos os livros de feminismo do mundo, mas que não encontrarei feminista maior que a baiana que metia a colher na briga dos vizinhos e abraçava todas as mulheres que podia. Você me ensinou a ser corajosa, a ser forte e a me importar com os outros – e nenhum ensinamento pode de fato ser maior que esses. Eu me comprometo com todo meu coração a

lutar por uma realidade em que uma mulher incrível como a senhora seja mais que uma avó – seja uma narradora da própria vida.

Ao meu querido e muito amado companheiro Jofran Luiz Martins da Silva, agradeço pelos oito anos de amor, amizade, suporte e encorajamento. Dedico a você minha profunda e sincera gratidão por todo apoio que você me ofereceu durante as dificuldades que eu encontrei na minha jornada acadêmica – e até antes dela. Fico feliz em dizer que tive durante esse período um parceiro que “pensava que o meu trabalho era tão importante quanto o dele, e acho que isso fez toda a diferença para mim”¹. Não seria o mesmo caminho sem você e com certeza não seriam os mesmos resultados e, por isso, serei eternamente agradecida ao meu amor e melhor amigo. Obrigada por me inspirar continuamente, sendo um profissional humano, dedicado e comprometido em oferecer o mais excelente serviço aos seus pacientes. Sua trajetória marcada pelo esforço (e para mim, por uma genialidade ímpar) me revela que estou ao lado do maior infectologista que terei a chance de conhecer. Não tenho como agradecer a insistência em me provar que eu sou capaz de realizar tudo que eu desejo e que você sempre segurará minha mão nessa jornada. Todo amor e toda gratidão para você – sempre!

À Thaíssa Assunção de Faria, minha verdadeira primeira chefe e a mais importante mentora que encontrei dentro da minha vida profissional, agradeço por toda orientação e direcionamento. A atuação dedicada e comprometida com a efetivação dos direitos dos mais vulneráveis por essa profissional dentro da Defensoria Pública da União não fez somente com que eu desejasse continuar no meu curso de graduação, como fez com que eu amasse minha área de conhecimento e encontrasse a minha vocação profissional. Não tenho palavras para expressar o encantamento com a pessoa tão empática, tão gentil e tão empenhada que ela é. Tenho muita sorte em ter conhecido alguém que me inspirou, que estava ao meu lado para me ensinar a redigir minhas primeiras peças e que me formou como profissional do Direito.

À Defensoria Pública da União, minha casa e minhas escola, lugar que me proporcionou aprender o exercício da minha profissão, mas também a enxergar os milhares de rostos que compõe os números da miséria e da vulnerabilidade do nosso país. Agradeço por todos que trabalham incessantemente nesse incrível lugar para tornar a realidade um pouco mais gentil com milhares de pessoas e que nos motiva a buscar de fato uma realidade – provando para todos

¹ Trecho de uma entrevista dada por Ruth Bader Ginsburg ao Yahoo News. Consta também em “Ruth Bader Ginsburg: 13 frases inspiradoras da juíza que se tornou ícone feminista”. O GLOBO, 2020. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/celina/ruth-bader-ginsburg-13-frases-inspiradoras-da-juiza-que-se-tornou-icone-feminista-24651390>>. Acesso em 04 de outubro de 2021.

nós que ela é possível – em que o “Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos”².

À minha equipe de trabalho da Defensoria Pública da União, os queridos Lucas Farias dos Santos Gomes, Rafaela Côrtes Faria e Sarah de Melo Silva. Agradeço por terem me inspirado como profissionais de excelência, impressionando-me todos os dias não só com a grande competência e capacidade técnica, mas com a postura gentil, perseverante e fraterna. Compartilhamos alegrias, risadas, tristezas e, principalmente, muito trabalho. Especialmente ao meu amigo Lucas, agradeço por lutado comigo em várias trincheiras e ter conversado comigo sobre tudo que eu precisava quando eu mais precisava. Às minhas amigas Rafaela e Sarah, eu agradeço por terem me acompanhado durante mais de um ano de pandemia e por terem se tornado irmãs pelas quais eu luto e torcerei para o resto da minha vida. Não tenho como expressar a admiração que eu sinto pelas profissionais que vocês se tornaram! Muito obrigada por toda a amizade e amor.

À Patrícia Ayumi Fuzikawa, agradeço pelos mais de quinze anos de amizade e companheirismo. É de uma alegria inenarrável ter uma melhor amiga e irmã que, mesmo longe, se faz presente e parte de quem sou. Sou grata pela menina que inspirou em mim mais do que o cuidado com canetas caras, mas a excelência, a responsabilidade e dedicação. Você sempre será um dos meus maiores exemplos! Sempre estarei aqui para te aplaudir.

Ao Emerson Fonseca Fraga, eu agradeço a amizade e as palavras de força que muito me estimularam a ir atrás dos meus sonhos e a perseguir os meus objetivos. Obrigada por me mostrar a beleza de ser sensível e desejar uma realidade mais gentil e por ser tão corajoso em vencer as rudezas dessa caminhada.

Aos meus professores, eu agradeço o constante e doloroso fascínio de me sentir tão pequena diante de pessoas tão grandes. Meus mentores eram e são os heróis que me proporcionaram sair de uma família humilde e conquistar o feito de me formar em uma universidade federal.

Agradeço, por fim, aos meus orientadores, Paulo Henrique Blair de Oliveira e Laura Schertel Ferreira Mendes, que pacientemente me orientaram, com muito interesse pelo tema que eu escolhi, guiando-me durante um prazo estreito e possibilitando a realização do meu trabalho. Sou muito feliz e grata pela escolha de orientadores que permitiram que eu trabalhasse um tema tão difícil e interessante pela janela das minhas convicções e interesses.

² BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2021.

“O súdito ideal do governo totalitário não é o nazista convicto nem o comunista convicto, mas aquele para quem já não existe diferença entre o fato e a ficção (isto é, a realidade da experiência) e a diferença entre o verdadeiro e o falso (isto é, os critérios de pensamento).”

Hannah Arendt

Resumo

O presente trabalho investiga se o fenômeno da desinformação – e a deliberada produção de *fake news* – encontra-se dentro do domínio de exercício da liberdade de expressão enunciada na Constituição Federal de 1988 e se deve ser protegido como um direito fundamental. Nesse esteio, abordará se a moderação de conteúdo, exclusão de perfis e prisões no âmbito do Inquérito das *Fake News* constituem cerceamento do direito a se manifestar ou uma legítima limitação da desinformação. Em um primeiro momento, buscará determinar o contexto de surgimento da acepção da liberdade de expressão utilizada na modernidade, bem como suas limitações. Nessa senda, averiguará as duas posições contrárias existentes na jurisprudência – a concepção liberal presente nos precedentes estadunidenses e a concepção comunitarista presente nos precedentes alemães – analisando suas influências sobre o paradigma brasileiro. Em um segundo momento, buscará definir o fenômeno da desinformação, bem como sua conexão com o conceito de pós-verdade, abordando os questionamentos se toda *fake news* se enquadra necessariamente na categorização de um crime ou se deve ser criminalizada. Por fim, combinando os conceitos trabalhados, analisará o caso do Inquérito das *Fake News*, verificando se as respostas jurídicas devem ser categorizadas com censura e se as práticas criminalizadas no processo possuem amparo do direito fundamental à liberdade de expressão na esteira das acepções desenvolvidas.

Palavras-chave: *Fake news*. Liberdade de expressão. Limites da liberdade de expressão. Pós-verdade. Inquérito 4781. Inquérito das *Fake News*.

Abstract

This paper investigates whether the phenomenon of disinformation - and deliberate production of false news - is within the scope of the exercise of freedom of expression set out in the Federal Constitution of 1988 and should be protected as a fundamental right. In this sense, it will address whether the ordination of content, exclusion of profiles, and arrests within the scope of the Fake News Inquiry, constitute curtailment of the right to speak up, or a legitimate limitation of misinformation. In the first moment, this article will try to determine the context of the emergence of the meaning of freedom of expression used in modernity, as well as its limitations. In this way, it will investigate the two opposing positions existing in jurisprudence - a liberal conception present in US precedents and a communitarian conception present in German precedents - analyzing their influences on the Brazilian paradigm. In a second moment, it will seek to define the phenomenon of disinformation, as well as its connection with the concept of post-truth, addressing the questioning of whether all false news necessarily fits into the categorization of a crime or whether it should be criminalized. Finally, combining the mentioned concepts, analyzing the case of the Fake News Inquiry, verifying whether the legal responses should be classified as censorship and whether the criminalized practices in the process are supported by the fundamental right to freedom of expression in the concepts developed so far.

Keywords: Fake news. Freedom of expression. Post-truth. Survey 4781. Fake News Survey.

Lista de Siglas e Abreviaturas

INQ – Inquérito

STF – Supremo Tribunal Federal

EUA – Estados Unidos da América

StBG – *Strafgesetzbuch*

GG – *Grundgesetz*

Nº – Número

MP – Medida Provisória

O.p. – *Opus citatum*

Sumário

1. INTRODUÇÃO	13
2. FORMAÇÃO DAS ACEPÇÕES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DURANTE O SÉCULO XX	17
2.1. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	21
2.1.1. <i>Panorama histórico-doutrinário</i>	21
2.1.2. <i>Histórico jurisprudencial</i>	24
2.2. ALEMANHA	36
2.2.1. <i>Panorama histórico</i>	36
2.2.2. <i>Histórico jurisprudencial</i>	39
2.3. BRASIL	45
2.3.1. <i>Panorama histórico</i>	45
2.3.2. <i>Histórico jurisprudencial</i>	47
2.4. CONCLUSÕES PARCIAIS	50
3. CONTEXTUALIZAÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO DO FENÔMENO DAS <i>FAKE NEWS</i>: A CRIAÇÃO DE NOVAS PRAÇAS PÚBLICAS E O SURGIMENTO DE UM NOVO SENTIDO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO	56
3.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E A DEFINIÇÃO DE <i>FAKE NEWS</i>	56
3.2. TODA DESINFORMAÇÃO É CRIME OU DEVE NECESSARIAMENTE SER CRIMINALIZADA?	60
4. INQUÉRITO Nº 4781 – “INQUÉRITO DAS <i>FAKE NEWS</i>”	64
4.1. REPORTAGEM DO “AMIGO DO AMIGO DE MEU PAI”	64
4.2. CASO DANIEL SILVEIRA	67
4.3. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.068, DE 6 DE SETEMBRO DE 2021	71
4.4. CASO ALLAN DOS SANTOS E O “TERÇA-LIVRE”	75
5. CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	84

1. Introdução

A certificação do resultado das eleições americanas de 2020 foi marcada para o dia 06 de janeiro de 2021. A sessão solene reúne todo o Congresso Americano – Câmara e Senado – para uma sessão única a fim de contar novamente os votos do colégio eleitoral, conforme determina o art. 2º da Constituição dos Estados Unidos da América³. A apuração teve como objetivo confirmar os duzentos e setenta votos necessários para se eleger presidente e para ratificar a vitória daquele mais votado⁴, que naquele pleito seria Joe Biden e Kamala Harris.

A transição, no entanto, não foi pacífica. O ex-Presidente Donald Trump fazia, paralelamente, uma forte campanha, que se mostrou infundada⁵, defendendo que o pleito tinha sido fraudado. Institucionalmente, apesar da pressão direcionada ao seu vice, Mike Pence, a iniciativa não tinha apoio e nem chances de prosperar, restando ao então chefe da nação buscar outras vias.

Durante o período após a eleição, Trump passou a acusar o adversário⁶ de fraude, entrando com ações judiciais em oito Estados para questionar a lisura das eleições. Apesar dos processos não reverterem a sua situação e garantirem sua vitória, eles aqueciam sua base, que, cada vez mais, demonstrava nas redes sociais a sensação de frustração e injustiça com o resultado alegadamente fraudulento⁷.

As provas “irrefutáveis” encontradas pelos seus seguidores, entretanto, não paravam de surgir e serem compartilhadas através da *hashtag*⁸ #StopTheSteal, tornando-se viral. Vídeos de

³ O artigo estabelece: O Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América. Seu mandato será de quatro anos, e, juntamente com o Vice-Presidente, escolhido para igual período, será eleito pela forma seguinte: [...] **(Os eleitores se reunirão em seus respectivos Estados e votarão por escrutínio em duas pessoas, uma das quais, pelo menos, não será habitante do mesmo Estado, farão a lista das pessoas votadas e do número dos votos obtidos por cada um, e a enviarão firmada, autenticada e selada à sede do Governo dos Estados Unidos, dirigida ao presidente do Senado. Este, na presença do Senado e da Câmara dos Representantes, procederá à abertura das listas e à contagem dos votos. Será eleito Presidente aquele que tiver obtido o maior número de votos, se esse número representar a maioria do total dos eleitores nomeados. [...])** (grifo meu). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em 20 de out. de 2021.

⁴ FERRARI, Murillo. **Congresso dos EUA certifica hoje vitória de Biden no colégio eleitoral; entenda**. CNN Brasil: Internacional, 06/01/2021. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/congresso-dos-eua-certifica-hoje-vitoria-de-biden-no-colegio-eleitoral-entenda/>>. Acesso em 20 de out. de 2021.

⁵ SPRING, Marianna. **Eleições nos EUA: as origens da estratégia de Trump de alegar fraude**. BBC News Brasil: 23/11/2020. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55042130>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

⁶ SPRING, Marianna, 2020, *op.cit.*

⁷ Ibidem.

⁸ A *hashtag* é uma ferramenta utilizada nas redes sociais para direcionar o usuário para uma página de publicações relacionadas ao mesmo tema ou discussão, em que se usa uma palavra-chave antecedida pelo símbolo da cerquilha.

observador de pesquisas sendo impedido de entrar em uma seção eleitoral da Filadélfia⁹, funcionários do setor de votação colocando cédulas preenchidas dentro das urnas¹⁰, votos postais sendo queimados¹¹, votos duplicados¹² ou jogados no lixo¹³ eram recorrentemente publicados por apoiadores do presidente e, alguns, compartilhados por ele em sua conta no *twitter*, apesar de terem conteúdo sabidamente falso ou apresentar os fatos em uma narrativa mentirosa.

Como recurso final, o Presidente Donald Trump convocou seus aliados para um comício a ser realizado no dia em que também seria feita a certificação da vitória de seu adversário, pedindo que demonstrassem força e instigando-os a caminharem até onde a sessão seria feita¹⁴. O resultado foi uma invasão ao Congresso americano¹⁵, mais comumente vista em repúblicas fragilizadas, em que manifestantes degradaram o local e ameaçaram congressistas colocando forcas ao lado da casa do povo.

Após o incidente, verificando o discurso do presidente em resposta à situação¹⁶, o *Twitter* banuiu Trump por doze horas a fim de evitar mais incitação à violência¹⁷. Contudo,

⁹ SPRING, Marianna, 2020, *op.cit.*

¹⁰ AFONSO, Nathália. **#Verificamos: Vídeo que mostra fraude de votos foi feito na Rússia, não nos Estados Unidos.** Folha de São Paulo: Lupa, 10/11/2021. Disponível em <<https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2020/11/10/verificamos-fraude-eua-russia/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹¹ **DW examina boatos sobre a contagem de votos nos EUA.** DW: Eleições dos EUA, 06/11/2020. Disponível em <<https://p.dw.com/p/3kyf8>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹² MACÁRIO, Carol. **#Verificamos: É falso que ‘16 mil votos duplicados’ mostram que Trump venceu eleições no Arizona.** Folha de São Paulo: Lupa, 04/10/2020. Disponível em <<https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2021/10/04/verificamos-votos-duplicados-trump-eleicoes-arizona/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹³ BARBOSA, Bernardo. **Foto não mostra votos para Trump encontrados no lixo na Pensilvânia; registro é de 2018.** Aos fatos: 06/11/2020. Disponível em <<https://www.aosfatos.org/noticias/foto-nao-mostra-votos-para-trump-encontrados-no-lixo-na-pensilvania-registro-e-de-2018/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁴ Em seu discurso completo, o ex-presidente instiga os manifestantes dizendo: “Vamos caminhar até o Capitólio, e vamos apoiar nossos corajosos senadores, senadoras e congressistas – e provavelmente não vamos apoiar tanto alguns deles –, porque você nunca vai tomar de volta nosso país com fraqueza. Você tem que mostrar força, e tem que ser forte”. **Trump diz que seu discurso antes de ataque ao Congresso foi “totalmente apropriado”.** DW: Estados Unidos, 12/01/2021. Disponível em <<https://p.dw.com/p/3nq8z>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁵ **Invasão do Capitólio deixa 4 mortos e 52 presos, diz polícia de Washington.** O GLOBO: Mundo, 07/11/2021. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/mundo/invasao-do-capitolio-deixa-4-mortos-52-presos-diz-policia-de-washington-24827362>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁶ O presidente afirmou depois dos ataques “Há coisas e eventos que acontecem quando uma vitória eleitoral esmagadora e sagrada é retirada sem cerimônia e cruelmente de grandes patriotas, que vêm sendo tratados de forma má e injusta por tanto tempo. Vão para casa com amor e em paz. Lembrem-se deste dia para sempre!” **Trump diz que seu discurso antes de ataque ao Congresso foi “totalmente apropriado”.** DW: Estados Unidos, 12/01/2021. Disponível em <<https://www.dw.com/pt-br/trump-diz-que-seu-discurso-antes-de-ataque-ao-congresso-foi-totalmente-apropriado/a-56207525>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁷ **Twitter bloqueia conta de Trump por 12 horas e exige exclusão de postagens.** TILT UOL: São Paulo, Redes sociais, 06/01/2021. Disponível em <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/01/06/twitter-bloqueia-conta-de-trump-por-12-horas-e-exige-exclusao-de-postagens.htm>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

verificando que sua postura não havia mudado, banuiu-o definitivamente das redes sociais¹⁸. A decisão foi seguida pelo *Facebook*, que, inicialmente, o excluiu indefinidamente até que a transição de poder fosse concluída¹⁹ – e depois alterou o prazo para 2 anos²⁰. A reação de seus seguidores foi migrar para redes sociais de extrema direita, como o *Parler*, que imediatamente foi retirado dos servidores da Amazon e das lojas do Google e da Apple, para não poder mais ser baixado – e, conseqüentemente, utilizado²¹.

Os debates acerca da moderação de conteúdo e da exclusão de perfis, no entanto, não estiveram restritos aos Estados Unidos da América. Após uma série de ataques, o Supremo Tribunal Federal, por meio da figura de seu presidente, o Min. Dias Toffoli, e através da Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, instaurou o Inquérito nº 4.781/DF – popularmente cunhado de Inquérito das *Fake News*. O objetivo era apurar a criação de notícias falsas, denúncias caluniosas e ameaças ao Supremo Tribunal Federal e seus membros²², gerando retirada de conteúdo, perfis e até mesmo prisões. A Corte passou a ser criticada, especialmente na figura do Ministro Relator Alexandre de Moraes, e acusada de perseguir seus opositores, cerceando a liberdade de manifestação desses.

O presente trabalho investigará se o fenômeno da desinformação – e a deliberada produção de *fake news* – encontra-se dentro do domínio de exercício da liberdade de expressão enunciada na Constituição Federal de 1988 e se deve ser protegido como um direito fundamental. Nesse esteio, abordará se a moderação de conteúdo e a exclusão de perfis no âmbito do Inquérito das *Fake News* constituem cerceamento do direito a se manifestar ou uma legítima limitação da desinformação.

Pretende-se examinar, em um primeiro momento, a acepção moderna da liberdade de expressão, contextualizando historicamente o surgimento desse direito fundamental, bem como pontuando os limites estabelecidos em face dos valores mais relevantes para aquela sociedade. Busca-se, nesse sentido, averiguar como se desenvolveu a jurisprudência acerca de sua

¹⁸ SOUZA, Ramon de. **Donald Trump está permanentemente banido do Twitter**. Canaltech: Redes Sociais, 08/01/2021. Disponível em <<https://canaltech.com.br/redes-sociais/donald-trump-esta-permanentemente-banido-do-twitter-177177/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁹ CHARLEAUX, Lupa. **Facebook bane Donald Trump 'indefinitivamente' de suas plataformas**. Tecmundo via Nexperts: 07/01/2021. Disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/209084-facebook-bane-donald-trump-indefinitivamente-plataformas.htm>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²⁰ **Facebook mantém suspensão de Trump até 2023**. G1: Economia, Tecnologia, 04/06/2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/06/04/facebook-mantem-suspensao-de-trump-ate-2023.ghtml>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²¹ ROPEK, Lucas. **Por que o aplicativo Parler foi banido da internet**. Gizmodo Brasil: Tecnologia, 12/01/2021. Disponível em <<https://gizmodo.uol.com.br/por-que-parler-banido-internet/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²² **Inquérito das fake news: 6 pontos para você entender**. Fundação Instituto de Administração: Interesse Público, 26/02/2021. Disponível em <<https://fia.com.br/blog/inquerito-das-fake-news/>>. Acesso em 06 de nov. de 2021.

limitação em países como Estados Unidos da América e Alemanha, posto que possuem posições notadamente conflituosas, além de verificar qual posição influenciou os precedentes brasileiros.

Ressalte-se que a desinformação no formato que vivemos é um fenômeno que se desenvolveu recentemente e não foi analisado judicialmente de forma extensiva quanto ao seu conflito com a liberdade de manifestação de modo que possibilite o estudo, fazendo-se necessário o estudo da jurisprudência americana – notadamente liberal –, da jurisprudência alemã – contraponto à visão liberal, conhecidamente comunitarista – e a jurisprudência pátria em casos relativos ao discurso de ódio, tema recorrentemente analisado e que se conecta com o cerceamento da liberdade de expressão, para compreender mais claramente como essas sociedades enxergam as fronteiras desse direito fundamental de acordo com seus valores.

Ademais, em um segundo momento, investigar-se-á a conceituação do fenômeno das *fake news* e sua relação com a definição de pós-verdade, bem se sua natureza é necessariamente ligada a um crime ou ao discurso de ódio, buscando compreender se a sua existência está dentro do domínio da liberdade de opinião. Por fim, tem-se como objetivo analisar a relação da desinformação com as retiradas de conteúdo, as exclusões de perfis e as prisões realizadas no bojo do Inquérito 4781. Será averiguado se de fato as decisões podem ser classificadas como uma censura judicial do Estado a seus opositores.

O problema e a pesquisa teórica que aqui se gizam se justificam como tentativa de compreender um fenômeno global que tem afetado institucionalmente vários países, mas que tem, principalmente no Brasil – objeto da pesquisa –, enfraquecido a credibilidade do maior tribunal do país, bem como seus membros, levando a população a questionar decisões judiciais e a existência do Supremo Tribunal Federal, pondo em xeque a própria estrutura do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O trabalho, portanto, pretende, a partir de uma revisão bibliográfica, demonstrar que, o fenômeno da desinformação não pertence ao campo de proteção da liberdade de expressão enunciado pelo art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, posto que seus efeitos não se coadunam com os outros princípios enunciados pela Lei Maior, especialmente no que tange à dignidade humana e a estrutura do Estado federativo. Ademais, a partir de uma análise dogmática-jurisprudencial, aspira-se comprovar que, considerando a demonstração em diversos lugares e períodos, a liberdade de manifestação não se constitui como um direito absoluto, tendo sido limitada conforme os valores jurídicos e sociais que determinada sociedade pretende estimular.

2. Formação das acepções sobre a liberdade de expressão durante o século XX

A acepção moderna de liberdade de expressão nasce, essencialmente, com o liberalismo político e se desenvolve durante o Iluminismo. O histórico de um dos mais famosos pensamentos contratualistas remonta a um período em que a Europa era governada por reis absolutistas e não havia quaisquer direitos fundamentais básicos – especialmente aqueles ligados à liberdade de expressão ou religiosa.

O cerceamento dessas garantias ensejou durante os séculos XVII e XVIII um movimento cultural cunhado de Iluminismo, cujo objetivo era gerar mudanças sociais, econômicas e políticas para a população da Europa, defendendo essencialmente modelos de Estado em que o poder fosse descentralizado da figura do rei, combatendo, por conseguinte, os excessos dos regimes absolutistas, bem como defendendo os direitos naturais de cada indivíduo.

Dentro de um cenário de autoritarismo dos monarcas e intolerância religiosa, a República Holandesa reuniu importantes requisitos para ser uma exceção à situação vivida por toda Europa. Nascida a partir de conflitos religiosos, uma vez que as províncias que a compunham foram duramente reprimidas pela Espanha comandada pelo rei Felipe II até 1572 em seu combate ao protestantismo²³, o país possuía uma grande quantidade de nobres que impossibilitou a formação de um principado, ensejando a criação de uma república dominada pelas elites.

Considerando a necessidade de fazer frente à dominação espanhola, o país, que possuía diferentes níveis de dominação católica e protestante, teve de acomodar os interesses de diferentes religiões²⁴. A tolerância religiosa que nasceu por uma necessidade, portanto, tornou-se uma qualidade que proporcionou à Holanda se tornar uma potência econômica, intelectual e artística. Muitos perseguidos migraram para a região em busca de liberdade religiosa e, dentre eles, muitos indivíduos economicamente independentes e intelectuais perseguidos em suas nações de origem.

Em meio a esse cenário cultural fértil e diretamente influenciado pelas ideias de Baruch de Spinoza²⁵, judeu fugitivo da Inquisição, John Locke, em exílio voluntário, encontra em

²³ BERG, Chris. **In Defense of Freedom of Speech: from Ancient Greece to Andrew Bolt**. Melbourne: Institute of Public Affairs and Mankal Economic Education Foundation/Ligare, 2012, posição 1054.

²⁴ BERG, *op. cit.*, p. 1054.

²⁵ ROSA, Anderson Relva; RIZATO JUNIOR, Waldomiro Antonio. **Liberdade de Expressão em John Locke**. In: OLIVEIRA, Armando Albuquerque; BEÇAK, Rubens. **XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília/DF: Teorias da Democracia e Direitos Políticos**. Brasília: CONPEDI, 2016. Disponível em <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/66sv2326/6oCD69AHE4wtHZ9x.pdf>>. Acesso em 13 de out. de 2021.

Amsterdã espaço para que seu mais famoso trabalho se desenvolva – o liberalismo político. A doutrina surge no fim do século XVII e se estende, através do movimento cultural do Iluminismo, até o século XVIII, e, em contraposição ao que tinha sido defendido por Thomas Hobbes, contratualista simpatizante do absolutismo, defende a inexistência de poderes inatos ou direito político divino, argumentando que os homens são iguais, independentes e governados pela razão²⁶.

A liberdade natural do homem consiste em ser livre de todo poder superior sobre a terra e na insubmissão à vontade ou à autoridade legislativa de quem quer que seja e no possuir como norma própria somente a lei da natureza. A liberdade do homem em sociedade consiste em não estar sujeito a outro poder legislativo senão àquele estabelecido por consentimento no Estado nem ao domínio de outra vontade ou a limitação de outra lei se não aquela que este poder legislativo estabelecerá de acordo com a confiança que é nele depositada. (LOCKE, 1983, p. XV)

A liberdade, segundo Locke, é limitada por leis criadas pelo Estado com o consentimento do povo, de modo a evitar qualquer dano a outro cidadão ou à anarquia.²⁷ Nesse sentido, ressalta que:

[...] e para impedir a todos os homens que invadam os direitos dos outros e que mutuamente se molestem, e para que se observe a lei da natureza, que importa na paz e na preservação de toda a Humanidade, põe-se, naquele estado, a execução da lei da natureza nas mãos de todos os homens, mediante a qual qualquer um tem o direito de castigar os transgressores dessa lei em tal grau que lhe impeça a violação, pois a lei da natureza seria vã, como quaisquer outras leis que digam respeito ao homem neste mundo, se não houvesse alguém neste estado de natureza que não tivesse poder para pôr em execução aquela lei e, por esse modo, preservasse o inocente e restringisse os ofensores.²⁸

Em sua obra “Carta sobre a tolerância”, o autor defende que a tolerância religiosa seria o fundamento que possibilitaria o desenvolvimento de outras liberdades, ensejando a aceitação da diversidade de opiniões (ROSA e RIZATO JUNIOR, 2016, p. 33).

Portanto, devemos buscar outra causa para os males do que atribuí-los à religião. E, se consideramos corretamente, descobriremos consistir totalmente no assunto que estou discutindo. **Não é a diversidade de opiniões (o que não pode ser evitado), mas a recusa de tolerância para com os que têm opinião diversa**, o que se poderia admitir, que deu origem à maioria das disputas e guerras que se têm manifestado no

²⁶LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anuar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ªed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 *apud* ROSA, Anderson Relva; RIZATO JUNIOR, Waldomiro Antonio. Liberdade de Expressão em John Locke. *In*: OLIVEIRA, Armando Albuquerque; BEÇAK, Rubens. XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília/DF: Teorias da Democracia e Direitos Políticos. Brasília: CONPEDI, 2016, p.12. Disponível em <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/y0ii48h0/66sv2326/6oCD69AHE4wtHZ9x.pdf>>. Acesso em 13 de out. de 2021.

²⁷ ROSA, Anderson Relva; RIZATO JUNIOR, Waldomiro Antonio, 2016, *op. cit.*, p. 13.

²⁸ LOCKE, John, 1983, *op. cit.*, p. 36.

mundo cristão por causa da religião. (grifos nossos) (LOCKE, 1983, *apud* ROSA e RIZATO, 2016, 33)

Interessante notar, no entanto, que o autor ainda à época, previa a existência de determinados discursos que não deveriam fazer parte do domínio protegido pela liberdade de expressão – aqueles que não entendem que o dever de tolerar deve ser respeitado e dos que negam a existência de Deus²⁹.

Aqueles, portanto, e outros semelhantes, que atribuem para si mesmos a crença, a religião e a ortodoxia, e em assuntos civis se atribuem qualquer privilégio ou poder acima de outros mortais; ou que sob pretexto da religião reivindicam qualquer espécie de autoridade sobre os homens que não pertençam à sua comunidade eclesiástica, ou os que de certo modo estão separados dela, a estes, digo, não cabe qualquer direito a ser tolerado pelo magistrado (LOCKE, 1983, p. 23).

Entendia, portanto, que a liberdade de expressão deveria ser limitada pelos interesses sociais e em função da manutenção da força da lei civil. O contraponto e o regulador da liberdade de expressão é o Estado, devendo este preservar o equilíbrio entre a manutenção do direito e a garantia da autoridade do governo (ROSA e RIZATO JUNIOR, 2016, p. 36-37).

Percebe-se, portanto, que a liberdade de expressão surge com um forte caráter contramajoritário, buscando apenas ser um direito de pensar diferentemente da maioria e exercer esse pensamento sem ser alvo de qualquer perseguição. A proteção, dessa forma, dirige-se a opiniões que não são aceitas ou possuem trânsito livre naquela sociedade, de modo que precisam da proteção do Direito para serem manifestadas.

Ademais, constata-se que, apesar de ter surgido em um contexto, especialmente considerando o Liberalismo Político de Locke, em que se buscava a tolerância a outras religiões e a outros pensamentos – especialmente os científicos – que eram rechaçados pela cosmovisão católica, a liberdade de expressão anunciada pela teoria também encontra fronteiras. Desse modo, depreende-se que, desde o seu surgimento, mesmo que embrionariamente, existe a concepção de que a sociedade deve ser capaz de tolerar discursos e opiniões diversos – que inclusive sejam incômodos –, mas que há um limite do aceitável e que, para a manutenção dessa pluralidade, o inaceitável deve ser excluído. Ressalta-se que a liberdade para o autor deve ser encontrar seu fim nas determinações impostas por lei.

Não obstante, pontuado algumas exceções dentro da jurisprudência americana, a discussão acerca das acepções da liberdade de expressão, bem como sobre seus limites, conforma-se e se intensifica a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente pela

²⁹ ROSA, Anderson Relva; RIZATO JUNIOR, Waldomiro Antonio, 2016, *op. cit.*, p. 35-36.

experiência nazista e a necessidade de se discutir o discurso de ódio a partir de seus terríveis efeitos³⁰. Nesse sentido, o próprio modo como o país irá encarar a tensão entre discurso de ódio e os danos causados a outras pessoas depende da ideologia política predominante nesse país (CAVALCANTE FILHO, 2016, p. 117).

Contudo, percebe-se que, apesar de ser um direito fundamental que possui um histórico antigo e consolidado teoricamente, como se pôde analisar, as concepções do que significa a liberdade de expressão, bem de como se pode exercê-la e de quais discursos não estão contemplados por seu domínio, não são uniformes e a jurisprudência de diversos países tratam o assunto de formas frontalmente diferentes.

³⁰ ROSENFELD, Michel. **Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis**. *Cardozo Law Review* 1523, 2003. Disponível em <<https://larc.cardozo.yu.edu/faculty-articles/148>>. Acesso em 16 de out. de 2021.

2.1. Estados Unidos da América

2.1.1. Panorama histórico-doutrinário

A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 foi uma das primeiras constituições de matriz liberal editadas após as revoluções iluministas³¹. Seu conteúdo, dessa forma, seguia a tendência de limitar o poder do Estado, estabelecendo direitos fundamentais para os cidadãos que não poderiam ser alvo de regulação do governo constituído.

Pela primeira vez, consagrava-se em documentos jurídicos direitos e liberdades individuais de todo extensas e impunha-se ao Estado uma obrigação de não interferência, devendo a nova sociedade que se erguia ser lócus de livre ação do ser humano.³²

O texto original não possuía qualquer previsão de direitos fundamentais que não as liberdades civis, uma vez que a proposta de inclusão fora derrotada na Convenção Constitucional da Filadélfia. A oposição à ratificação pelos Estados promovida pelo movimento Anti-Federalista, que argumentava que a haveria insuficiência de garantias adequadas, contudo, conseguiu fazer com que algumas das colônias – Virginia, Massachussets e Nova York – pedissem o acréscimo de uma declaração de direitos fundamentais. O movimento, resultou, portanto na edição da Primeira Emenda, que dispõe

O Congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.³³

O dispositivo tem como objetivo, dentro da cultura liberal americana, criar um rol de direitos fundamentais e estabelecer a proteção destes em relação ao Estado. Apesar de dizer expressamente que o Congresso não deve estabelecer nenhuma lei que fira esses direitos, a

³¹ **A exclusão da conta de Trump no Twitter: o caráter relativo da liberdade de expressão.** JUS: 01/2021. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/87962/a-exclusao-da-conta-de-trump-no-twitter-o-carater-relativo-da-liberdade-de-expressao>>. Acesso em 26 de out. de 2021.

³² ZAGREBELSKY, Gustavo. **Fragilità e forza dello stato costituzionale.** Roma: Editoriale scientifica, 2006, p. 14 *apud* BONFIM, Marcos Augusto Bernardes. **A exclusão da conta de Trump no Twitter: o caráter relativo da liberdade de expressão.** JUS: 01/2021. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/87962/a-exclusao-da-conta-de-trump-no-twitter-o-carater-relativo-da-liberdade-de-expressao>>. Acesso em 26 de out. de 2021.

³³ No original: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **First Amendment.** Disponível em <<https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/>>. Acesso em 26 de out. de 2021.

proibição também se estende ao Executivo e ao Judiciário, conforme decidido no precedente *Gitlow vs. New York (1925)*³⁴.

A tradição liberal americana acabaria por ensejar o desenvolvimento da teoria liberal-utilitária de John Stuart Mill, que acabaria por influenciar os valores adotados pela Suprema Corte americana em alguns dos precedentes de sua jurisprudência. O autor enunciou em sua obra que a democracia só teria razão de ser se servisse ao interesse popular³⁵.

Nessa esteira, defendia que a tirania da opinião, fenômeno que surgiria a partir de uma tendência da sociedade civil impor suas ideias, cerceando o surgimento de qualquer outra forma de pensar ou existir, deveria ser suprimida, uma vez que, sendo privada do confronto, a opinião da maioria não se proporia à fundamentação – tampouco conduziria a sociedade à verdade.

Como outras tiranias, a tirania do maior número foi, a princípio, e ainda é vulgarmente, encarada com terror, principalmente quando opera por intermédio dos atos das autoridades públicas. (...) A proteção, portanto, contra a tirania do magistrado não basta. Importa ainda o amparo contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes: contra a tendência da sociedade para impor, por outros meios além das penalidades civis, as próprias ideias e práticas como regras de conduta, àqueles que delas divergem, para refrear e, se possível, prevenir a formação de qualquer individualidade em desarmonia com seus rumos, e compelir todos os caracteres a se plasmarem sobre o modelo dela própria.³⁶

Nesse sentido, ainda estabelece que a liberdade de expressão é “tão importante quanto a liberdade de pensamento individual, e cada pessoa deve ter o direito de expressão assegurada, desde que não prejudique outra pessoa”³⁷ em suas tentativas de também se utilizarem do direito. A liberdade individual de se manifestar deveria ser defendida, principalmente por ser uma condição indispensável para o desenvolvimento social.³⁸

Ademais, Mill entende que “quando essa liberdade individual causa danos ao bem comum, então, deve ser limitada pela sociedade ou pelo Estado. ‘Desde que algum setor da conduta de uma pessoa afete de maneira nociva interesses alheios, a jurisdição da sociedade o alcança, e a questão de a interferência nesse setor promover, ou não, o bem-estar geral, torna-se aberta à controvérsia’”.³⁹ Nesse diapasão:

³⁴ O precedente aplica a necessidade de observância da emenda também aos Estados tendo como fundamento a cláusula do devido processo legal. *Gitlow v. New York*, 268 US 652 (1925). Oyez. Disponível em <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/268us652>>. Acesso em 26 de out. de 2021.

³⁵ BAVARESCO, Agemir; SANTOS, João Vitor Freitas dos; KONZEN, Paulo Roberto. Princípio da Utilidade e Liberdade de Expressão e de Informação, em *Sobre a Liberdade*, de J. S. Mill. *Ágora filosófica*, Ano 12, n. 1, jan./jun. 2012 – 7, p. 16.

³⁶ *Ibidem*, p. 15.

³⁷ *Ibidem*, p. 37.

³⁸ *Ibidem*, p. 38.

³⁹ *Ibidem*, p. 39.

Tal problema porém não tem lugar quando a conduta de um indivíduo não afeta interesses de outros ao seu lado, ou não necessite afastá-los a não ser que estes outros o queiram. Em todos esses casos, deve haver perfeita liberdade, legal e social, de praticar a ação e suportar as consequências.

2.1.2. Histórico jurisprudencial

A jurisprudência americana a respeito da limitação da liberdade de expressão remonta ao início do século XX, quando houve a criação do precedente do *clear and present danger* no caso *Schenck vs. United States*, o primeiro a definir como a Suprema Corte firmaria o seu entendimento a respeito da Primeira Emenda. No entanto, conforme será possível ser observado, a forma de se compreender o que é a liberdade de expressão, qual a proteção conferida pela Primeira Emenda a esse direito fundamental e quais são as formas que esse direito pode ser exercido dentro daquele ordenamento jurídico são diferentes e evoluem junto à jurisprudência.

A adesão dos Estados Unidos da América à Primeira Guerra Mundial não foi assimilada da mesma forma por toda população, causando divisões sociais importantes. O país, que havia permanecido em uma posição neutra desde o início do conflito, começou a visualizar, após a retirada do Império Russo, a possibilidade de perda da Tríplice Entente e, conseqüentemente, o calote de todos empréstimos e investimentos feitos na Inglaterra e na França. Ademais, o país havia sido provocado com o ataque ao navio RMS Lusitania, embarcação britânica com 128 americanos a bordo, e com a constante presença de submarinos alemães no oceano Atlântico.

Os interesses, portanto, não eram diretamente ligados aos da população e vitimaria muitos jovens americanos, motivo pelo qual houve necessidade de caracterização de uma ameaça ao país para que a nação pudesse participar do conflito. A oposição à guerra foi fervorosamente defendida por grupos de esquerda e por parte da população que possuía alguma ligação com a Alemanha. No entanto, a divergência à aderência ao conflito, independente de seu grau, foi fortemente combatida pela gestão do Governo Wilson, resultando em diversos processos criminais.

Dentre uma dessas repressões, encontra-se o caso *Schenck vs. United States* (1919)⁴⁰, em que Charles Schenk e Elizabeth Baer, membros de um comitê do Partido Comunista na Filadélfia, foram acusados de atentar contra a Lei de Espionagem de 1917 ao tentar causar insubordinação nas forças armadas e obstruir o recrutamento de soldados para a guerra. Em sua gestão como secretário geral do partido, Schenk autorizou e enviou mais de 15.000 panfletos para homens que tinham sido recrutados para a guerra, estimulando-os a não comparecerem e a lutarem pelos seus direitos, não se submetendo a qualquer intimidação, ainda que de forma pacífica. Sua justificação era que o recrutamento obrigatório feria a 13ª Emenda e caracterizava

⁴⁰ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>>. Acesso em 11 de out. de 2021.

servidão involuntária, sendo uma obrigação daqueles soldados lutar pela manutenção dos direitos de outros homens. Após perderem nas primeiras instâncias, os réus apelaram para a Suprema Corte, defendendo que sua condenação e a legislação que a embasava eram contrários à Primeira Emenda.

O tribunal em uma decisão unânime baseada no voto do Justice Oliver Wendell Holmes Jr. considerou que a punição de Schenck era constitucional, entendendo “que a Lei de Espionagem não violou a Primeira Emenda e foi um exercício apropriado da autoridade do Congresso durante a guerra”⁴¹. A Corte Americana ponderou que o período justificaria interferências e restrições à liberdade de expressão, uma vez que os perigos enfrentados seriam ainda maiores do que aqueles em tempos de paz. Seu voto repercutiu e firmou um entendimento que seria seguido por décadas pela seguinte alusão:

The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. ... The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree.⁴²

O entendimento, portanto, poderia ser resumido na inteligência de que é legítimo exercer a liberdade de expressão sem qualquer entrave, ainda que provoque danos a terceiros, desde que não cause um perigo claro e iminente (CAVALCANTE FILHO, 2016, p. 94). Apesar de ter um escopo aparentemente muito definido, o precedente foi utilizado para coibir propagandas comunistas, demonstrando que, apesar de ter uma justificação lógica, teorias podem ser desvirtuadas para compreender o que determinado grupo entende como um risco (Ibidem, p.94).

A Suprema Corte teve a oportunidade, no entanto, de revisitar a sua posição jurisprudencial no caso *Whitney vs California* (1927)⁴³, em que Charlotte Anita Whitney, membro de uma família abastada, foi condenada pela Lei de Sindicalismo Criminal da Califórnia por ajudar no estabelecimento do Partido Comunista da América. O partido era

⁴¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. "*Schenck v. United States*". Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1900-1940/249us47>. Acesso em 11 de out. de 2021.

⁴² Em tradução livre: “A proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não protegeria um homem de gritar falsamente fogo em um teatro e causar pânico. [...] A questão em todos os casos é se as palavras usadas são usadas em tais circunstâncias e são de natureza a criar um perigo claro e iminente de que causem os males substantivos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau.” HOLME, Oliver Wendell. “*Schenck v. United States* 249 U.S.47”. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/249/47>>. Acesso em 11 de out. de 2021.

⁴³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927). A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/>>. Acesso em 13 de out. de 2021.

acusado de pretender usar a violência para causar mudanças sociais, políticas e econômicas, bem como a derrubada do Estado. Whitney apela para a Suprema Corte, alegando que não era sua intenção que a organização agisse dessa forma, tampouco a financiava para esse tipo de ação, arguindo que a lei pela qual foi condenada violava a Primeira Emenda.⁴⁴

Contudo, em decisão também unânime, o tribunal decidiu que a condenação de Whitney e a lei da Califórnia não violavam a constituição americana. A Corte entendeu que não havia tido qualquer atentado ao devido processo legal nem a liberdade de expressão contida na Primeira Emenda. O Estado, conforme a decisão do Tribunal, poderia usar de seu poder de polícia para punir aqueles que abusassem de sua liberdade de expressão “*by utterances inimical to the public welfare, tending to incite crime, disturb the public peace, or endanger the foundations of organized government and threaten its overthrow*”⁴⁵.

A Suprema Corte, portanto, passou a adotar a teoria da má intenção (*bad intention*), exigindo que o perigo claro e iminente também fosse imbuído de uma intenção ilegítima. Cabe ressaltar que ambos os precedentes foram estabelecidos a partir da análise do conteúdo do discurso, o que, em tese, não seria compatível com o que, tradicionalmente, entende-se como a acepção americana de liberdade de expressão e compatibilidade com a Primeira Emenda, ensejando, futuramente, inconsistências na análise de como essas questões eram apreciadas (CAVALCANTE FILHO, 2016, p. 94).

A posição jurisprudencial da Corte mudou novamente no caso *Chaplinsky vs. New Hampshire* (1942)⁴⁶, ocasião em que o tribunal passou a adotar como limitação da liberdade de expressão a partir da proibição das *fighting words*. Walter Chaplinsky, um praticante das crenças das Testemunhas de Jeová, estava distribuindo panfletos e proferindo palavras de ordem contra outras religiões. Após uma reação popular contra sua intervenção, em que o acusado alega ter sido ofendido e agredido pela população que ali estava, o policial o retirou das calçadas para levá-lo à delegacia. Chaplinsky, insatisfeito, atacou verbalmente o policial, chamando-o de “maldito fascista” e “gângster”.

Não obstante, o religioso foi acusado de violar a Lei de Conduta de New Hampshire que veda discurso intencionalmente ofensivo dirigido a outras pessoas em local público⁴⁷. A

⁴⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. “**Whitney v. California**”. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1900-1940/274us357>. Acesso em 11 de out. de 2021.

⁴⁵ Em tradução livre: “por meio de declarações contrárias ao bem-estar público, tendendo a incitar ao crime, perturbar a paz pública ou colocar em perigo as bases da organização do governo e ameaçar sua derrubada”.

⁴⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)**. A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/>>. Acesso em 13 de out. de 2021.

⁴⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. “**Chaplinsky v. New Hampshire**”. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1940-1955/315us568>. Acesso em 11 de out. 2021.

questão, ao ser examinada pela Suprema Corte, resultou em outra decisão unânime, posto que as palavras de Chaplinsky foram compreendidas *fighting words*, uma vez que causavam “dano direto ao alvo e eram uma violação imediata da paz”.

“There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or “fighting” words those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.”⁴⁸

Apesar da tese da proibição das *fighting words* representar um afrouxamento do precedente do *clear and present danger*, não houve superação formal à época dos precedentes de Schenk ou Whitney, que só foram devidamente ultrapassados em *Brandenburg vs Ohio*⁴⁹ (CAVALCANTE FILHO, 2016, p. 95).

Clarence Brandenburg, um líder da Ku Klux Klan que residia em Ohio, entrou em contato com jornalistas de uma rede de televisão local e solicitou a cobertura de um comício do grupo supremacista que ocorreria no Condado de Hamilton. Parte da manifestação fora exibida, mostrando diversos homens com o traje característico da agremiação, carregando armas de fogo e cruces em chamas, discursando contra minorias. Um desses discursos defendia uma vingança contra negros, judeus e aqueles que os apoiassem, bem como a expulsão desses grupos para a África e Israel, respectivamente⁵⁰.

Brandenburg foi acusado incitar a violência e violar, conseqüentemente, o Estatuto do Sindicalismo Criminal de Ohio, tendo sido condenado nas instâncias ordinárias, que entenderam estar presente o *clear and present danger*, uma vez que seu discurso poderia ensejar uma onda de violência contra minorias. Contudo, a Suprema Corte americana reverteu sua condenação, asseverando que, apesar de moralmente reprováveis, as palavras não se encaixavam na definição de *fighting words*, não cabendo ao Estado, conforme determinado pela

⁴⁸ Em tradução livre: Existem certas classes de discurso bem definidas e estreitamente limitadas, cuja prevenção e punição nunca foram pensadas para levantar qualquer problema constitucional. Isso inclui o indecente e obsceno, o profano, o calunioso e as palavras insultuosas ou de “luta” - aquelas que, por sua própria expressão, infligem dano ou tendem a incitar uma violação imediata da paz. Tem sido bem observado que tais declarações não são parte essencial de qualquer exposição de ideias, e são de valor social tão leve como um passo para a verdade que qualquer benefício que possa ser derivado delas é claramente superado pelo interesse social na ordem e na moralidade.

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Brandenburg v. Ohio**, 395 U.S. 444 (1969). A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>>. Acesso em 13 de out. de 2021.

⁵⁰ Clarence Brandenburg diz na entrevista que “Pessoalmente, acredito que os negros deveriam ser devolvidos à África, e os judeus devolvidos a Israel”. LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. São Paulo: Aracati, 2011.

Primeira Emenda, promover um juízo de valor sobre a bondade daquelas palavras. O precedente ficou assim assentado⁵¹:

The Court's Per Curiam⁵² opinion held that the Ohio law violated Brandenburg's right to free speech. The Court used a two-pronged test to evaluate speech acts: (1) speech can be prohibited if it is "directed at inciting or producing imminent lawless action" and (2) it is "likely to incite or produce such action." The criminal syndicalism act made illegal the advocacy and teaching of doctrines while ignoring whether or not that advocacy and teaching would actually incite imminent lawless action. The failure to make this distinction rendered the law overly broad and in violation of the Constitution.⁵³

O tribunal passou a adotar uma posição jurisprudencial de o que juízo não deveria ser baseado no discurso em si, mas sim na presença de uma clara incitação à violência – ou iminente ação ilegal (*imminent lawless action*) – independente do conteúdo das palavras proferidas. O entendimento baseia-se numa noção liberal e bastante arraigada na sociedade americana de que “os abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com a liberdade de expressão”, uma vez que, “no livre mercado de ideias, cabe à sociedade – e não ao Estado – decidir quais as ideias que irão granjear a simpatia da maioria das pessoas”⁵⁴.

Apesar de não ser necessariamente um precedente que teve seu mérito debatido na Suprema Corte, tendo o tribunal focado apenas em questões processuais, outro caso que demonstrou a posição jurisprudencial do país a respeito do discurso de ódio foi *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* (1977)⁵⁵. Skokie era uma pequena cidade de Illinois que possuía mais da metade da população de judeus, sendo alguns deles sobreviventes de campos de concentração da Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial.

Em 20 de março de 1977, Frank Collin, líder do Partido Nacional-Socialista, informou as autoridades locais que realizaria uma passeata pela vila no dia 01 de maio. Em uma carta

⁵¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. “**Brandenburg v. Ohio**”. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em 12 de out. 2021.

⁵² A decisão *per curiam* é uma decisão emitida por um órgão colegiado que busca refletir a opinião do tribunal – ou de sua maioria –, não havendo uma especificação de algum juiz como o responsável pelo voto. Nesses casos, apenas a maioria e a minoria assinam suas posições.

⁵³ Em tradução livre: A opinião da maioria do tribunal considerou que a lei de Ohio violou o direito de Brandenburg à liberdade de expressão. O Tribunal usou um teste duplo para avaliar atos de fala: (1) a fala pode ser proibida se for "direcionada a incitar ou produzir ação ilegal iminente" e (2) é "provável que incite ou produza tal ação". O ato do sindicalismo criminoso tornou ilegal a defesa e o ensino de doutrinas, ao mesmo tempo em que ignorou se essa defesa e o ensino realmente incitariam uma ação ilegal iminente. O fracasso em fazer essa distinção tornou a lei excessivamente ampla e em violação da Constituição’.

⁵⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, posição 98.

⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977). A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/>>. Acesso em 13 de out. de 2021.

direcionada ao delegado, contudo, Collin garantia que as motivações eram em função de uma norma publicada no distrito de Skokie Park que exigia o pagamento de uma fiança de valor expressivamente alto antes da emissão de uma licença de um parque. Assegurava também que a manifestação teria pouco mais de 30 pessoas e que pretendiam usar uniformes semelhantes aos tradicionalmente usados por nazistas, vestindo braçadeiras com a suástica, mas que não fariam qualquer declaração depreciativa.

O tribunal local organizou uma audiência a respeito de uma moção feita por Skokie, ouvindo os cidadãos da cidade, que relataram saber de uma contra-manifestação marcada para o mesmo dia com um público estimado de 10.000 pessoas, e o prefeito, que ponderou que a manifestação poderia levar a uma violência incontrolável, fazendo com que a decisão proferida fosse pela proibição a passeata. O Partido Nazista solicitou a suspensão da liminar no tribunal de apelações, mas sua tentativa também não obteve sucesso. Após várias denegações em instâncias inferiores, o caso em questão chegou na Suprema Corte, que “concedeu o *certiorary* para permitir a realização da manifestação enquanto não fosse julgado o recurso na esfera estadual”⁵⁶.

In a *per curiam* opinion, the Court held that Illinois must provide strict procedural safeguards, including appellate review, to deny a stay for an injunction depriving the Nazi Party of protected First Amendment rights. The Court treated the Illinois Supreme Court's denial of a stay as a final judgment for the purposes of Supreme Court jurisdiction because it involved a right separable from and collateral to the merits of the Nazi Party's case. Hence, the Court also treated the Nazi Party's application for a stay as a petition for certiorari. The Court reversed and remanded the case for further proceedings.⁵⁷

Apesar de não discutir o mérito, o fato da Corte não se sensibilizar com um flagrante atentado contra a dignidade e a honra dos judeus – inclusive daqueles que sofreram diretamente as consequências daquele tipo de discurso de ódio – demonstra uma firme posição em considerarem o direito à liberdade de expressão como um valor absoluto. Apesar de, de fato, não ter se manifestado sobre o mérito, a facilidade em conceder uma liminar a respeito de uma

⁵⁶ CAVALCANTE FILHO, 2018, *op. cit.*, p. 98.

⁵⁷ Em tradução livre: Em uma opinião *per curiam*, o Tribunal considerou que Illinois deve fornecer salvaguardas procedimentais estritas, incluindo revisão de apelação, para negar a suspensão de uma injunção que priva o Partido Nazista dos direitos protegidos da Primeira Emenda. O Tribunal tratou a recusa de suspensão da Suprema Corte de Illinois como um julgamento final para os propósitos da jurisdição da Suprema Corte, porque envolvia um direito separável e colateral dos méritos do caso do Partido Nazista. Portanto, o Tribunal também tratou o pedido de suspensão do Partido Nazista como um pedido de liminar. O Tribunal reverteu e reenviou o caso para procedimentos adicionais.

situação tão sensível demonstra o compromisso da Suprema Corte em reafirmar a ideia liberal de prioridade do direito sobre o bem – ou da prioridade do sujeito sobre as finalidades⁵⁸.

A Suprema Corte americana foi novamente provocada a delimitar os limites da liberdade de expressão no caso *Texas vs. Johnson* (1989)⁵⁹. Durante uma convenção do Partido Republicano, em frente ao Dallas City Hall, um grupo protestava contra a administração de Ronald Reagan, dentre eles Gregory Lee Johnson, que queimou uma bandeira americana no fim do ato (Ibidem, p. 106).

Johnson foi julgado com base em uma lei do Texas que proíbe o desrespeito à bandeira americana, sendo condenado a cumprir um ano de prisão e a pagar dois mil dólares de multa. Sua condenação foi revertida pela Suprema Corte do Texas por concluir pela inconstitucionalidade da lei e chegou à Suprema Corte através recurso do Estado. Em uma votação que demonstrou a divisão do tribunal a respeito da questão, a maioria, representada pelo voto do *Justice* Brennan decidiu que a ação de queimar a bandeira de Johnson estava sob a proteção da Primeira Emenda. Nesse esteio⁶⁰:

The Court found that Johnson's actions fell into the category of expressive conduct and had a distinctively political nature. The fact that an audience takes offense to certain ideas or expression, the Court found, does not justify prohibitions of speech. The Court also held that state officials did not have the authority to designate symbols to be used to communicate only limited sets of messages, noting that "[i]f there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the Government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable.⁶¹

O julgamento de *Texas vs. Johnson*, no entanto, não representaria o fim das provocações direcionadas à Suprema Corte em relação aos limites da liberdade de expressão. Em 1992, uma família negra que havia se mudado para um bairro majoritariamente branco de Saint Paul foi surpreendida com uma cruz em chamas no seu jardim. De acordo com a denúncia, a cruz teria sido feita com restos de uma cadeira e colocada no jardim da família por um grupo de adolescentes, dentre eles o menor de idade que foi responsabilizado pelo crime e que, por essa

⁵⁸ CAVALCANTE FILHO, 2018, *op. cit.*, p. 119

⁵⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Texas v. Johnson**, 491 U.S. 397 (1989). A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/>>. Acesso em 13 de out. de 2021.

⁶⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. “**Texas v. Johnson**”. Oyez. Disponível em <www.oyez.org/cases/1988/88-155>. Acesso em 17 de out. de 2021.

⁶¹ Tradução livre: O Tribunal concluiu que as ações de Johnson se enquadravam em uma categoria de conduta expressiva e tinham uma natureza distintamente política. O fato de um público se ofender a certas ideias ou expressões, concluiu o Tribunal, não justifica proibições de expressão. O Tribunal também considerou que os funcionários do Estado não tinham autoridade para designar símbolos a serem usados para comunicar apenas conjuntos limitados de mensagens, observando que “[i] se houver um princípio fundamental subjacente à Primeira Emenda, é que o Governo não pode proibir a expressão de uma ideia simplesmente porque a sociedade considera a ideia em si ofensiva ou desagradável.

razão, teve apenas as iniciais do seu nome divulgadas. O infrator, que morava na frente da casa das vítimas, foi condenado de acordo com uma lei do Estado de Minnessota⁶² que criminaliza crimes motivados por preconceito, cujo teor estabelece:

Whoever places on public or private property, a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor.⁶³

Apesar das instâncias ordinárias o terem absolvido, a Corte Estadual condenou o menor considerando que suas atitudes configurariam *fighting words*, uma vez que provocariam raiva, alarme e ressentimento dos outros. Contudo, a Suprema Corte americana em sua decisão, refletindo a doutrina liberal a qual se funda a acepção americana, reverteu a condenação, declarando a inconstitucionalidade da lei.

A decisão da Corte foi unânime em *R.A.V. vs St. Paul*⁶⁴, tendo o *Justice Scalia* elaborado o voto condutor, entendendo que regulamentações legais fundadas apenas em seu conteúdo são presumivelmente inválidas e incompatíveis com a Primeira Emenda. Nessa senda, destaca-se:

The First Amendment prevents government from punishing speech and expressive conduct because it disapproves of the ideas expressed. Under the ordinance, for example, one could hold up a sign declaring all anti-semites are bastards but not that all Jews are bastards. Government has no authority "to license one side of a debate to fight freestyle, while requiring the other to follow the Marquis of Queensbury Rules."⁶⁵

Os casos relacionados à queima de cruzeiros, no entanto, estariam longe do fim. Em 2003, a Suprema Corte teve que se manifestar novamente no caso *Virginia vs. Black et al*⁶⁶. Semelhante ao caso *R.A.V. vs St. Paul*, dois homens – Richard Elliot e Jonathan O'Mara – foram acusados de tentar colocar fogo em uma cruz no jardim do vizinho, James Jubilee, que

⁶² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **R. A. V. v. St. Paul**, 505 U.S. 377 (1992). A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/>>. Acesso em 13 de out. de 2021.

⁶³ Tradução livre: Quem colocar em propriedade pública ou privada um símbolo, objeto, denominação, caracterização ou pichação, incluindo, mas não se limitando a, uma cruz em chamas ou suástica nazista, que se conhece ou tem motivos razoáveis para saber, desperta raiva, alarme ou ressentimento nos outros com base na raça, cor, credo, religião ou sexo comete conduta desordenada e será culpado de contravenção.

⁶⁴ R. A. V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992), *op. cit.*

⁶⁵ Tradução livre: A Primeira Emenda impede o governo de punir o discurso e a conduta expressiva porque desaprova as ideias expressas. Segundo a lei, por exemplo, pode-se segurar uma placa declarando que todos os anti-semitas são bastardos, mas não que todos os judeus são bastardos. O governo não tem autoridade "para licenciar um lado do debate para lutar no estilo livre, enquanto exige que o outro siga as regras do Marquês de Queensbury.

⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Virginia v. Black**, 538 U.S. 343 (2003). A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/343/>>. Acesso em 14 de out. de 2021.

era negro e havia se mudado recentemente para o bairro, infringindo lei que estabelecia que a queima de cruzeiros era ilegal, uma vez que possuía presunção de intenção intimidatória. Barry Elton Black foi condenado pela mesma lei, tendo seu processo combinado com o de Elliot após a apelação, por, durante um comício da Ku Klux Klan, em que proferiu diversas ofensas aos negros, também ter atado fogo a uma cruz.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte definiu que o tipo penal criado era compatível com a Primeira Emenda, uma vez que, genericamente, criminalizava ações intimidatórias que utilizassem como instrumento a queima da cruz. O precedente não consiste numa inovação do entendimento da corte, uma vez que, como em *R.A.V. vs. St. Paul*, a maioria dos juízes mantiveram sua leitura de que, caso a lei de Virginia restringisse o alcance da legislação para combater a intimidação de determinado grupo, com base na cor, raça ou religião, poderia ser considerada inconstitucional.

O *distinguishing*, portanto, no presente caso, foi a generalização da conduta, que não criminalizaria atos abusivos a partir da leitura de seu conteúdo – ou seja, preconceito contra determinado grupo minoritário. O voto pontua que:

The First Amendment permits Virginia to outlaw cross burnings done with the intent to intimidate because burning a cross is a particularly virulent form of intimidation. Instead of prohibiting all intimidating messages, Virginia may choose to regulate this subset of intimidating messages in light of cross burning's long and pernicious history as a signal of impending violence. A ban on cross burning carried out with the intent to intimidate is fully consistent with this Court's holding in *R. A. V.* Contrary to the Virginia Supreme Court's ruling, *R. A. V.* did not hold that the First Amendment prohibits all forms of contentbased discrimination within a proscribable area of speech. Rather, the Court specifically stated that a particular type of content discrimination does not violate the First Amendment when the basis for it consists entirely of the very reason its entire class of speech is proscribable. 505 U. S., at 388. For example, it is permissible to prohibit only that obscenity that is most patently offensive in its prurience—i. e., that which involves the most lascivious displays of sexual activity. *Ibid.* Similarly, Virginia's statute does not run afoul of the First Amendment insofar as it bans cross burning with intent to intimidate. Unlike the statute at issue in *R. A. V.*, the Virginia statute does not single out for opprobrium only that speech directed toward "one of the specified disfavored topics." *Id.*, at 391. It does not matter whether an individual burns a cross with intent to intimidate because of the victim's race, gender, or religion, or because of the victim's "political affiliation, union membership, or homosexuality." *Ibid.* Thus, just as a State may regulate only that obscenity which is the most obscene due to its prurient content, so too may a State choose to prohibit only those forms of intimidation that are most likely to inspire fear of bodily harm.⁶⁷

⁶⁷ Tradução livre: A Primeira Emenda permite que a Virgínia proíba a queima de cruzeiros feitas com a intenção de intimidar, porque o ato é uma forma particularmente virulenta de intimidação. Ao invés de proibir todas as mensagens de intimidação, a Virgínia pode optar por regular este subconjunto de mensagens de intimidação à luz da longa e perniciosa história da queima da cruz como um sinal de violência iminente. A proibição da queima de cruzeiros realizada com a intenção de intimidar é totalmente consistente com a decisão deste Tribunal em *R. A. V.* Contrariamente à decisão da Suprema Corte da Virgínia, *R. A. V.* não considerou que a Primeira Emenda proíbe todas as formas de discriminação com base em conteúdo dentro de uma área proibível do discurso. Em vez disso,

Desse modo, a primeira conclusão natural é que uma pessoa queimar uma cruz sem a intenção de intimidar alguém não é uma conduta tipificada, de maneira que não é proibida pela Primeira Emenda. Nesse sentido, a Corte declarou parcialmente inconstitucional a lei por presumir que toda queima de cruz possui o intuito de intimidar.

Não há, no entanto, uma perspectiva que a posição da corte seja alterada e passe a considerar outros valores em relação à concepção de liberdade de expressão socialmente construída no país. Recentemente, foi julgado o caso *United States vs. Stevens* (2010)⁶⁸, em que Robert J. Stevens, um produtor cinematográfico que considerava a si mesmo um especialista na raça de cães *pit bulls* e que editava vídeos de combates entre os cães dessa raça, foi condenado por uma lei da Pensilvânia por “vender conscientemente representações de crueldade contra animais com a intenção de colocar essas representações no comércio interestadual para ganho comercial”⁶⁹.

A Suprema Corte declarou que a lei que proibia a propagação de vídeos contendo crueldade contra animais era inconstitucional. Nessa senda, pontuou:

(a) Depictions of animal cruelty are not, as a class, categorically unprotected by the First Amendment. Because §48 explicitly regulates expression based on content, it is “ ‘presumptively invalid,’ ... and the Government bears the burden to rebut that presumption.” *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U. S. 803, 817. Since its enactment, the First Amendment has permitted restrictions on a few historic categories of speech—including obscenity, defamation, fraud, incitement, and speech integral to criminal conduct—that “have never been thought to raise any Constitutional problem,” *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568, 572. Depictions of animal cruelty should not be added to that list. While the prohibition of animal cruelty has a long history in American law, there is no evidence of a similar tradition prohibiting depictions of such cruelty. The Government’s proposed test would broadly balance the value of the speech against its societal costs to determine whether the First Amendment even applies. But the First Amendment’s free speech guarantee does not extend only to categories of speech that survive an ad hoc

o Tribunal declarou especificamente que um tipo particular de discriminação de conteúdo não viola a Primeira Emenda quando a base para isso consiste inteiramente na própria razão de toda a sua classe de discurso ser proscritível. 505 U. S., em 388. Por exemplo, é permitido proibir apenas aquela obscenidade que é mais claramente ofensiva em sua lascívia - i. e., aquele que envolve as exibições mais lascivas de atividade sexual. *Ibid.* Da mesma forma, o estatuto da Virgínia não entra em conflito com a Primeira Emenda, na medida em que proíbe a queima de cruzes com a intenção de intimidar. Ao contrário do estatuto em questão em *R. A. V.*, o estatuto da Virgínia não destaca como opróbrio apenas aquele discurso dirigido a “um dos tópicos desfavorecidos especificados.” *Id.*, Em 391. **Não importa se um indivíduo queima uma cruz com a intenção de intimidar por causa da raça, sexo ou religião da vítima, ou por causa da “filiação política, filiação sindical ou homossexualidade” da vítima.** *Ibid.* Assim, assim como um Estado pode regulamentar apenas aquela obscenidade que é a mais obscena devido ao seu conteúdo lascivo, também um Estado pode optar por proibir apenas as formas de intimidação que têm maior probabilidade de inspirar medo de lesões corporais.

⁶⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. “**United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)**”. A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>>. Acesso em 16 de out. de 2021.

⁶⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. “**United States v. Stevens**”. Oyez. Disponível em <<https://www.oyez.org/cases/2009/08-769>>. Acesso em 16 de out. de 2021.

balancing of relative social costs and benefits. The Amendment itself reflects a judgment by the American people that the benefits of its restrictions on the Government outweigh the costs. *New York v. Ferber*, 458 U. S. 747, distinguished. Pp. 5–9.⁷⁰

A decisão, contudo, enfrentou a relevante tese de ponderação (*balancing*) entre os benefícios e os custos da liberdade de expressão enunciada pela União em defesa da constitucionalidade da lei, tendo sido proposto à Corte que analisassem se uma determinada categoria do discurso deveria passar por uma análise categórica de seu valor em face dos custos sociais que importaria à sociedade (Ibidem, p. 125). No entanto, o tribunal rejeitou veementemente a tese, estabelecendo, na esteira do que foi dito no trecho anterior, que:

A Primeira Emenda reflete por si só uma decisão do povo Americano de que os benefícios das restrições ao Governo [quanto à limitação da liberdade de expressão] superam os custos. Nossa Constituição exclui qualquer tentativa de revisar essa decisão com base simplesmente no argumento de que determinado discurso não vale a pena⁷¹.

Podemos, portanto, perceber a evolução da jurisprudência americana, que passa de uma visão utilitarista – representada pela teoria do *clear and present danger* –, instrumento de reprimenda de posições políticas contrárias ao do governo, que fazia uso da análise do conteúdo do discurso, para uma postura de que até mesmo o discurso de ódio possui salvaguarda da Primeira Emenda – como visto em *Brandenburg v. Ohio* como a adoção da tese do *imminent Lawless action* –, desde que não haja uma iminente ação ilegal, vedando completamente a análise do conteúdo do discurso.

⁷⁰ Tradução livre: (a) As representações de crueldade contra os animais não são, como uma classe, categoricamente desprotegidas pela Primeira Emenda. Como o §48 regula explicitamente a expressão com base no conteúdo, é "presumivelmente inválido" ... e o Governo tem o ônus de refutar essa presunção." Estados Unidos x Playboy Entertainment Group, Inc., 529 US 803, 817. Desde sua promulgação, a Primeira Emenda permitiu restrições em algumas categorias históricas de discurso, incluindo obscenidade, difamação, fraude, incitamento e discurso integrante da conduta criminosa —Que “nunca se pensou que levantassem qualquer problema constitucional”, *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568, 572. As representações de crueldade contra os animais não devem ser adicionadas a essa lista. Embora a proibição da crueldade contra os animais tenha uma longa história na lei americana, não há evidências de uma tradição semelhante que proíba representações dessa crueldade. O teste proposto pelo governo equilibraria amplamente o valor do discurso contra seus custos sociais para determinar se a Primeira Emenda se aplica. Mas a garantia de liberdade de expressão da Primeira Emenda não se estende apenas a categorias de expressão que sobrevivem a um equilíbrio ad hoc de custos e benefícios sociais relativos. A própria emenda reflete um julgamento do povo americano de que os benefícios de suas restrições ao governo superam os custos. *New York v. Ferber*, 458 U. S. 747.

⁷¹ Texto em inglês disponível em <<https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-769.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2013 *apud* CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, posição 125.

Observa-se, portanto, que a percepção sobre a liberdade de expressão contida nos votos não se trata apenas de uma tradição jurídica, mas de uma cultura política e de um pilar da organização daquela sociedade, de modo a influenciar diretamente a forma que encaram as questões que envolvem a liberdade de expressão (Ibidem, 125). Diferentemente da leitura alemã a respeito desses casos, os tribunais estadunidenses leem esse tipo de conflito como um embate entre a liberdade de expressão garantida na Primeira Emenda e a tentativa de determinada maioria de proibir um discurso que a desagrada, ao invés de encarar como um embate entre direito fundamental de se expressar e o direito à honra e à dignidade das vítimas do discurso odioso (Ibidem, 128). Nesse esteio, elucida Michel Rosenfeld:

A liberdade de expressão não é apenas o mais importante direito constitucional americano, mas também um dos seus mais famosos símbolos culturais. Ademais, a proeminência do livre discurso nos Estados Unidos é devida a vários fatores, inclusive à sensível preferência pela liberdade em detrimento da igualdade, valorização do individualismo e uma tradição de direitos humanos naturais derivada de Locke.⁷²

⁷² ROSENFELD, Michel. **Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis**. *Cardozo Law Review* 1523, 2003. Disponível em <<https://larc.cardozo.yu.edu/faculty-articles/148>>. Acesso em 16 de out. de 2021 *apud* CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, posição 126.

2.2. Alemanha

2.2.1. Panorama histórico

Em contraposição à tradição liberal americana, cuja influência orientou a criação do Estado e determinou o conteúdo de suas leis, o histórico alemão de defesa da liberdade de expressão mostra-se em muitos momentos deficiente, havendo uma multiplicidade de situações de limitação excessiva e de censura. Antes da unificação, os Estados alemães possuíam uma legislação que limitava severamente a liberdade de imprensa e, desse modo, impossibilitavam críticas ao governo.

O histórico dessas restrições torna-se mais evidente quando, após um período de comemorações da “Batalha das Nações” e dos trezentos anos de Reforma Protestante, em que o clima de nacionalismo e militarismo exacerbado fez com que autores contrários a unificação tivessem seus livros queimados publicamente, um escritor fosse assassinado por ser contra a criação do Estado-nação alemão⁷³. Sob a justificativa de evitar esse tipo de reação, um conselho foi feito em Carlsbad em 1819 a fim de produzir decretos que limitassem o “uso indevido” da imprensa⁷⁴.

A Lei de Imprensa Imperial de 1874⁷⁵, contudo, extinguiu o direito do governo de censurar materiais antes de sua publicação, bem como eliminou a necessidade de uma licença emitida para publicar. Contudo, a situação na prática mudou pouco: o governo ainda tinha que ser notificado de todas as publicações e poderia processar os editores pelo conteúdo apresentado em seus trabalhos⁷⁶. Durante a Primeira Guerra Mundial, a situação voltou a se agravar com os militares assumindo a censura para mobilizar o apoio alemão: as matérias poderiam ser censuradas apenas por uma associação com pessoas ou países e jornais poderiam ser suspensos por dias pela publicação de material considerado impróprio⁷⁷.

A Constituição de Weimar pretendia, com sua proibição à censura, garantir um ambiente mais democrático e de maior liberdade de opinião. Não obstante, após Hitler chegar ao poder e criar o Ministério da Propaganda com objetivo de controlar a comunicação em massa e,

⁷³ OHLES, Frederik. **Germany: The French Occupation (1806–14) and the German Confederation (1815–71)** apud JONES, Derek (ed.). **Censorship: A World Encyclopedia**. 2, E–K. London: Fitzroy Dearborn. pp. 920–922.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ ALEMANHA. **Imperial Press Law (May 7, 1874)**. Disponível em <https://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=1831>. Acesso em 24 de out. de 2021.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ DEMM, Eberhard. **Censorship**. International Encyclopedia of the First World War. Disponível em <<https://encyclopedia.1914-1918-online.net/article/censorship>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

consequentemente, a opinião pública alemã, a liberdade de imprensa e, por conseguinte, a liberdade manifestação, passou a sofrer fortes restrições⁷⁸.

A situação mais emblemática ocorreu em 10 maio de 1933, quando estudantes, professores e bibliotecários nazistas elaboraram listas de livros “não-alemães”, podendo esses conterem ideias contrárias ao regime nazista ou por serem escritos por judeus, queimando-os publicamente, enquanto marchavam à noite entoando cânticos⁷⁹. Após a Segunda Guerra, no entanto, com o controle dos territórios pelos aliados do território ocidental, os conteúdos favoráveis ao comunismo ou a regimes autoritários foram limitados.

As regras, no entanto, foram relaxadas com a criação da República Federativa da Alemanha e com a edição da Lei Fundamental, ambas em 1949, garantindo liberdade de opinião e de imprensa, inclusive para o território oriental após a reunificação. Contudo, as extensões dessa liberdade vieram, futuramente, a serem questionadas jurisprudencialmente, mostrando as feições comunitaristas do país.

Nesse esteio, entende-se o liberal-comunitarismo como:

O liberal-comunitarismo [...] indica, então, uma síntese entre o fundamento liberal revolucionário da Revolução Francesa – a declaração universal dos direitos do homem, os ideais de liberdade, igualdade jurídica e fraternidade –, e, ao mesmo tempo, o reconhecimento conservador de que esses ideais não são transcendentais, autônomos, soltos no tempo-espaço; são condicionados e pagam tributo ao contexto, à História e aos constrangimentos impostos pela vida comunitária, que contém em si conhecimento por meio das tradições. Os liberais-comunitaristas, assim, não são antirracionistas, tampouco antioletivistas. Defendem enfaticamente, no entanto, um equilíbrio entre progresso e cautela; entre indivíduo e comunidade.⁸⁰

Suas características, apesar de possuírem difícil conceituação, baseiam-se em:

Os comunitaristas opõem-se ao Estado neutro. Acreditam que ele deve ser abandonado por uma “política do bem comum” (...). Em uma sociedade comunitária (...) o bem comum é concebido como uma concepção substantiva da boa vida que define o “modo de vida” da comunidade. Este bem comum, em vez de ajustar-se ao padrão das preferências das pessoas, provê um padrão pelo qual estas preferências são avaliadas. O modo de vida da comunidade forma a base para uma hierarquização pública de concepção do bem e o peso dado às preferências de um indivíduo depende do quanto ele se conforma com o bem comum ou em que medida contribui para este. A busca pública

⁷⁸ **Nazi propaganda and censorship.** Holocaust Encyclopedia. Disponível em <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/nazi-propaganda-and-censorship>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ RASKIN, Henrique. **A Tradição Alemã do Liberal-Comunitarismo.** Estadão: Estado da arte, 08/05/2018. Disponível em <<https://estadodaarte.estadao.com.br/a-tradicao-alema-do-liberal-comunitarismo/>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

dos objetivos compartilhados que definem o modo de vida da comunidade não é, portanto, limitada pela exigência de neutralidade. Ela tem precedência sobre o direito dos indivíduos aos recursos e liberdades necessários para que busquem suas próprias concepções do bem. Um Estado comunitário pode e deve encorajar as pessoas a adotar concepções de bem que se ajustem ao modo de vida da comunidade, ao mesmo tempo em que desencoraja concepções do bem que entrem em conflito com aquelas.

Nesse sentido, impende ressaltar que “enquanto a teoria liberal dos direitos fundamenta-se em normas e princípios, a teoria comunitarista defende que a interpretação constitucional seja, em regra, orientada pela realização de valores”⁸¹. Analisar-se-á, portanto, como uma concepção menos individualista de sociedade que, após um sério histórico de violações de direitos, privilegia a proteção da comunidade, influenciou a leitura acerca da liberdade de expressão e qual o papel desse direito fundamental dentro daquela sociedade.

⁸¹ Cf. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 124 *apud* CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 74.

2.2.2. Histórico jurisprudencial

O primeiro caso examinado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão que será analisado é o *Auschwitz Lie* – também conhecido como caso David Irving (BVerfGE 90, 241)⁸². O autor é um historiador inglês que, durante sua trajetória acadêmica, especializou-se em estudar a II Guerra Mundial, com enfoque especial na Alemanha Nazista. Em suas primeiras obras, defendeu que Hitler não possuía qualquer conhecimento sobre o extermínio de judeus em campos de concentração⁸³, propondo uma visão revisionista do holocausto, tendo como principal suporte o (pseudo)científico relatório Leuchter.

O documento em questão foi feito por Fred Leuchter, um empresário dono de uma empresa responsável pela confecção de injeções letais, contratado por Ernst Zündel, um importante negacionista alemão, com o objetivo de comprovar que o holocausto foi uma farsa. Sua pesquisa “retirou tanto de Auschwitz quanto de Birkenau –sem autorização, método ou padrão científico –pedaços de concreto das paredes das câmaras de gás, onde os prisioneiros eram asfixiados até a morte, e das câmaras de dedetização, onde objetos eram desinfetados com objetivo de combater uma praga de piolhos que acometia os prisioneiros”⁸⁴. A pesquisa concluiu que os níveis de cianeto de hidrogênio eram menores nas câmaras de extermínio, infirmo, alegadamente, que os judeus tinham sido assassinados naqueles locais⁸⁵.

David Irving, a partir de sua leitura do relatório Leuchter, mudou a sua posição inicial, em que defendia o desconhecimento do extermínio dos judeus pelo líder nazista, para a completa negação do holocausto, afirmando que não houve assassinatos de judeus nas câmaras de gás do campo de extermínio de Auschwitz. Defendia ainda que as testemunhas oculares das câmaras de gás seriam mentirosas ou estariam padecendo de alguma doença mental, aduzindo

⁸² BVerfGE 90, 241-255 "Auschwitz lie" [Summary of issue omitted] Decision of the First Senate in accordance with § 24 Federal Constitutional Court Act - 1 BvR 23/94. A íntegra do caso, bem como a descrição utilizada, está disponível em <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=621>>. Acesso em 18 de out. de 2021.

⁸³ Evans, Richard J. (2001). *Lying About Hitler: History, Holocaust, and the David Irving Trial*. New York: Basic Books.

⁸⁴ Soares de Brito, W. G. (2021). *Historiografia e Negação do Holocausto: o caso Lipstadt vs. Irving*. Revista Primordium, 5(10). Disponível em <<http://www.seer.ufu.br/index.php/primordium/article/view/58373>>. Acesso em 18 de out. de 2021.

⁸⁵ Relevante pontuar que Fred Leuchter não tinha qualquer expertise no assunto, tendo feito sua pesquisa sem nenhum critério, autorização ou metodologia científica, chegando a conclusões infundadas que demonstravam a sua ignorância. Os níveis de cianeto de hidrogênio eram menores nas câmaras de execução porque, com a aproximação do exército soviético, os responsáveis pelo campo dinamitaram as câmaras de execução para esconder os seus crimes, expondo-as aos mais diversos intemperismos. O cianeto de hidrogênio é solúvel em água e, considerando a chuva e a neve que todos esses anos se acumularam no local aberto, é completamente plausível que houvesse uma menor concentração do composto químico.

que os dispositivos utilizados para matar os judeus foram construídos depois da guerra como uma atração turística⁸⁶.

Não obstante, em 2000, em uma ação que durou mais de seis anos, o autor perdeu um processo de difamação que moveu contra Deborah Lipstad, a qual publicou um livro demonstrando que as afirmações de Irving eram resultado de uma interpretação equivocada de documentos e outros trabalhos, de forma a produzir seu argumento de que os judeus não teriam sido executados nas câmaras de gás pelo Estado Nazista durante a II Guerra Mundial.

Em 1994, o Partido Nacional Democrático da Alemanha (NPD) convidou o autor David Irving para palestrar em um evento em Munique⁸⁷. Contudo, as autoridades municipais competentes, sob a justificativa de observação da legislação local, determinaram como condição para realização do evento que os organizadores assegurassem que “nada fosse dito na reunião sobre a perseguição aos judeus no Terceiro Reich que pudesse negar ou questionar aquela perseguição”⁸⁸. Ademais, o caráter criminoso dessas afirmações deveria ser pontuado no início do evento e quaisquer falas sobre o assunto deveriam ser imediatamente evitadas.

A autoridade justificou suas ações sob a argumentação de que havia fundamentos suficientes para que se presumisse que haveria atos que incorreriam nos tipos dos §§130, 185, 189 e 194 do *Strafgesetzbuch* (ou StGB, o Código Penal alemão). Os recursos interpostos contra a determinação nos tribunais ordinários não prosperaram, fazendo com que houvesse a provocação do Tribunal Constitucional Alemão acerca da matéria constitucional do caso, ligada à liberdade de expressão.

A decisão afirma, inicialmente, que o art. 5º da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) garante a todos a liberdade de opinião, em uma acepção definida pela Corte como a autonomia de fazer declarações e poder divulgá-las. *A priori*, as opiniões seriam fruto de uma relação entre a subjetividade do indivíduo com o conteúdo da declaração, demandando um julgamento e uma tomada de posição, não podendo aquele discurso ser classificado como falso ou verdadeiro, tampouco ser cerceado⁸⁹.

⁸⁶ **The ruling against David Irving.** The Guardian. Disponível em <<https://www.theguardian.com/uk/2000/apr/11/irving1>>. Acesso em 18 de out. de 2021.

⁸⁷ GRIMM, Dieter. **The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany.** Oxford Scholarship Online: 2009. Disponível em <<https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199548781.001.0001/acprof-9780199548781-chapter-28>>. Acesso em 18 de out. de 2021.

⁸⁸ CAVALCANTE FILHO, 2018, *op. cit.*, p. 131.

⁸⁹ Nesse sentido, assenta a Corte que: “Uma vez que as opiniões são, via de regra, baseadas em suposições factuais, ou se posicionam em relação a circunstâncias factuais, elas são em qualquer caso protegidas pelo direito básico na medida em que são o pré-requisito para a formação de opiniões que Art 5 (1) GG em suas garantias de totalidade”.

Contudo, a proteção não se estenderia às afirmações sobre fatos, posto que esses seriam objeto da proteção enunciada pela Lei Fundamental. Nesse sentido, entende-se que uma afirmação de fato comprovadamente falsa não contribui para a formação de opinião, não encontrando guarita na liberdade de expressão. A liberdade de expressão, portanto, conforme define a própria Lei de Bonn, não é um direito garantido incondicionalmente.

Nesse sentido, enunciam:⁹⁰

b) The prohibited statement that there was no persecution of Jews in the Third Reich is an assertion of fact which is proved to be untrue according to innumerable eye witness reports and documents, the verdicts of courts in numerous criminal proceedings, and the findings of history. Taken by itself, an assertion of this content does not, therefore, enjoy the protection of freedom of opinion. In that respect there is significant difference between the denial of persecution of the Jews in the Third Reich and the denial of German guilt at the outbreak of the Second World War, which was the issue in the decision of the Federal Constitutional Court of the 11th January 1994 - 1 BvR 434/87 (BVerfGE 90, 1). In relation to statements about guilt and responsibility for historical events it is always a question of complex judgements which cannot be reduced to an assertion of facts, whilst the denial of an event itself will, as a rule, have the character of an assertion of facts.⁹¹

Ressalta-se, ainda, que, segundo o Tribunal Constitucional Alemão, a negação da perseguição aos judeus foi considerada como uma ofensa ao grupo de judeus (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 135). Reproduz-se parte do julgado⁹²:

1) The administrative authorities and courts have based their decisions on the interpretation of the criminal norm, which the ordinary courts have given to them. According to this, Jews living in Germany, on the basis of the fate to which the Jewish population was exposed under National Socialist rule, form a group capable of being insulted; the denial of persecution of the Jews is judged as an insult inflicted on this group. The Bundesgerichtshof has stated on this subject that:

"The historical fact that human beings were separated in accordance with the descent criteria of the so-called Nuremberg laws and were robbed of their individuality with the objective of their extermination gives to the Jews living in the Federal Republic a special personal relationship to their fellow citizens; in this relationship the past is still present today. It is part of their personal self-image that they are seen as attached to a group of persons marked out by their fate, against which group there exists a special moral responsibility on the part of everyone else and which is a part of their dignity. Respect for this personal self-image is for each of them really one of the guarantees

⁹⁰ ALEMANHA. BVerfGE 90, 241-255 “Auschwitz lie”, *op. cit.*

⁹¹ Tradução livre: A declaração proibida de que não houve perseguição aos judeus no Terceiro Reich é uma afirmação de fato que se provou falsa de acordo com inúmeros relatórios e documentos de testemunhas oculares, bem como com os vereditos de tribunais em vários processos criminais e com as descobertas da história. Tomada isoladamente, uma afirmação desse conteúdo não goza, portanto, da proteção da liberdade de opinião. A esse respeito, há uma diferença significativa entre a negação da perseguição aos judeus no Terceiro Reich e a negação da culpa alemã na eclosão da Segunda Guerra Mundial, que foi o assunto na decisão do Tribunal Constitucional Federal de 11 de janeiro 1994 – BvR 434/87 (BVerfGE 90, 1). Em relação às declarações sobre culpa e responsabilidade por eventos históricos, é sempre uma questão de julgamentos complexos que não podem ser reduzidos a uma afirmação de fatos, enquanto a própria negação de um evento terá, via de regra, o caráter de uma afirmação de fatos.

⁹² ALEMANHA. BVerfGE 90, 241-255 “Auschwitz lie”, *op. cit.*

against a repetition of such discrimination and a basic condition for their life in the Federal Republic. Whoever seeks to deny those events denies to each of them individually this personal worth to which they have a claim. For those affected, this means the continuation of discrimination against the group of human beings to which he belongs, and with it against his own person" (BGHZ 75, 160 [162 f.]).⁹³

A percepção de que a ofensa dirigida a um grupo seria um abuso do direito de liberdade de opinião, entretanto, não foi mantida pela Corte alemã quando dirigida a outros grupos. Nessa esteira, destaca-se o caso *Tucholski II* (BVerfGE, 93, 266)⁹⁴. No primeiro caso (1 BvR 1476/91), um indivíduo encomendou um cobertor escrito com a frase "Soldados são assassinos", exibindo-o em um local em que haveria manobras da OTAN. No segundo caso, outro indivíduo distribuiu panfletos em uma exposição militar com graves acusações aos militares, chamando-os de potenciais assassinos⁹⁵.

Apesar de também se tratar de concepções radicais que atentavam contra a honra de um grupo de indivíduos, a decisão do Tribunal Constitucional Federal não chegou a mesma conclusão do precedente estabelecido em *Auschwitz Lie*. A Corte entendeu que as declarações feitas contra os soldados gozam da proteção do seu art. 5º da Lei Fundamental.

Nesse sentido, ponderou que a norma constitucional dá o direito de todos se manifestarem livremente por palavras, escrito e imagens, sendo a opinião um exercício da subjetividade do indivíduo que se expressa em relação a um objeto, podendo ser fatos, pessoas

⁹³ Tradução livre: (1) As autoridades administrativas e os tribunais basearam as suas decisões na interpretação da norma penal que os tribunais ordinários lhes deram. De acordo com isso, os judeus que vivem na Alemanha, com base no destino ao qual a população judaica foi exposta sob o domínio nacional-socialista, formam um grupo capaz de ser insultado; a negação da perseguição aos judeus é julgada como um insulto infligido a este grupo. O Bundesgerichtshof declarou sobre este assunto que:

"O fato histórico de que os seres humanos foram separados de acordo com os critérios de descendência das chamadas leis de Nuremberg e foram roubados de sua individualidade com o objetivo de seu extermínio dá aos judeus que vivem na República Federal uma relação pessoal especial com seus semelhantes cidadãos; nesta relação, o passado ainda hoje está presente. Faz parte da sua autoimagem pessoal que sejam vistos como vinculados a um grupo de pessoas marcadas pelo seu destino, contra o qual existe uma especial responsabilidade moral da parte de todos e que faz parte da sua dignidade. O respeito por esta autoimagem pessoal é para cada um realmente uma das garantias contra a repetição de tal discriminação e condição básica para a sua vida na República Federal. negar esses eventos nega a cada um deles individualmente o valor pessoal que eles reivindicam. Para os afetados, isso significa a continuação da discriminação do grupo de seres humanos a que pertence, e com ele contra sua própria pessoa" (BGHZ 75, 160 [162 f.]).

⁹⁴ ALEMANHA. BVerfGE 93, 266 - 312 I. **Senate Soldiers-murderers 1 BvR 1476, 1980/91 and 102,221/92.** A íntegra do caso, bem como a descrição utilizada, está disponível em <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=620>>. Acesso em 18 de out. de 2021.

⁹⁵ O panfleto continha os seguintes dizeres: "Os soldados são assassinos em potencial?/Uma coisa é certa:/ Os soldados são treinados para serem assassinos. "Não matará" é alterado para "Matarás". No mundo todo. E no Exército Federal também/Extermínio em massa, assassinato, destruição, brutalidade, tortura, crueldade, terror, ameaças, desumanidade, vingança, retaliação .../ ... praticado em paz/ ... aperfeiçoado na guerra/ Esse é o comércio de soldados/ No mundo todo. E no Exército Federal também/ Se os soldados cumprem "seu dever", dão comandos e obedecem a comandos, então os civis estão lá/ O militarismo mata, mesmo sem armas e até sem guerra/ Só há uma resposta para isso:/Pela paz, desarmamento e humanidade - recuse o serviço militar!/Resistência contra o militarismo!"

ou ideias. Dessa forma, independente do resultado do exercício dessa subjetividade valiosa ou sem valor, útil ou prejudicial, com ou sem fundamento, ela deve ser protegida pela liberdade de opinião. Ademais, entende-se que:

Os reclamantes, nas suas declarações de que os soldados são assassinos ou potenciais assassinos, não alegaram que alguns soldados tinham cometido um homicídio no passado. Em vez disso, expressavam um julgamento sobre os soldados e sobre a profissão de soldado que, em certas circunstâncias, obriga a matar outros seres humanos.⁹⁶

A Corte ainda prevê que a manifestação, apesar de controversa, pode contribuir para a formação da opinião pública (Ibidem, p.141). A decisão, apesar de ter dividido os juristas alemães⁹⁷, foi bem recepcionada pela sociedade alemã⁹⁸, que compartilhava desse pensamento a respeito do militarismo. No entanto, imperioso notar que representam uma enorme inconsistência no tratamento de situações semelhantes.

O Tribunal Constitucional Alemão teve a oportunidade, no entanto, de enfrentar novamente temas semelhantes ao de *Auschwitz Lie*. Em 2005, o Partido Nacional-Socialista Alemão (NPD) planejava a realização de um evento anual para homenagear Rudolf Hess, um deputado nazista que havia sido assessor direto de Hitler (Ibidem, p. 142). A reunião foi proibida pelas autoridades administrativas com base no art. 130 do Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch*), mesmo artigo utilizado para proibir a reunião de David Irving, em sua nova redação. Após o julgamento do caso de Irving, o Parlamento Alemão aprovou uma alteração no dispositivo para criminalizar, especificamente, a negação do holocausto (Ibidem, 143) Nesse sentido:

Com pena privativa de liberdade até cinco anos ou com multa será castigado quem, em público ou em uma reunião, aprove, negue ou minimize um fato cometido com base no regime do nacionalismo e da índole disposta no § 220 a (1), de tal maneira que seja capaz de perturbar a ordem pública⁹⁹.

O Partido Nacional-Socialista Alemão (NPD) recorreu da decisão nas instâncias inferiores, fazendo, novamente, que seu recurso fosse apreciado pelo Tribunal Constitucional

⁹⁶ ALEMANHA. BVerfGE 93, 266 - 312 I. Senate Soldiers-murderers 1 BvR 1476, 1980/91 and 102,221/92, *op. cit.*

⁹⁷ CAVALCANTE FILHO, 2018, *op. cit.*, p. 131.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: RT, 2009, p. 92. Definição semelhante pode ser encontrada em LEWIS, Anthony. Liberdade para as ideias que odiamos. São Paulo: Aracati, 2011, p. 127 *apud* CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 144.

Alemão sob a alegação de violação ao direito à liberdade de expressão (art. 5º da GG) e ao princípio da legalidade (art. 103 da GG) (Ibidem, p. 144).

Em sua decisão acerca do caso Rudolf Hess (1 BvR 2150/08), a Corte entendeu que o art. 130, 4, do StGB, como uma lei geral, não é incompatível com a Lei Fundamental. Contudo, a conclusão enunciada no início do voto não possui um embasamento ou decorrência tão lógica: a Corte reconhece que o §130, 4, do Código Penal alemão não é uma lei geral no sentido exigido pelo art. 5º, 2, da *Grundgesetz*, mas, excepcionalmente, é compatível com a Lei Maior por se tratar de um caso especial – o discurso de ódio contra os judeus –, posto que a legislação especial é inerente aos dispositivos constitucionais que tratam a liberdade de expressão (Ibidem, p. 144-145).

Apesar de não ser uma lei geral, o § 130.4 do Código Penal é, por via de exceção, compatível com os artigos 5.1 e 5.2 da Lei Fundamental. Tendo em vista a injustiça e o terror causados pelo regime Nacional-Socialista, uma exceção para banir por lei especial é inerente aos artigos 5.1 e 5.2 da Lei Fundamental em relação a provisões que imponham limites à aprovação propagandística do histórico de arbitrariedades do regime Nacional-Socialista.¹⁰⁰

As críticas à decisão pairavam no sentido de que:

(...) a Corte transforma uma obrigação moral em uma obrigação jurídica e, quando a lei penal é utilizada como última ratio para reconhecer um destino histórico terrível, devem ser trazidos à discussão fundamentos adicionais relativos à necessidade dos meios e aos interesses protegidos.¹⁰¹

¹⁰⁰ GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente. *DireitoGV*, São Paulo, ano 2, n. 6, jul./dez. 2010, p. 575 *apud* CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 144.

¹⁰¹ BRUGGER, Winfried. O comunitarismo como teoria social e jurídica por trás da Constituição alemã. Trad. Felipe de Melo Fonte e Paola Enham Dias. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 11, jul./set. 2008, p. 57 *apud* CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 143.

2. 3. Brasil

2.3.1. Panorama histórico

A primeira constituição brasileira, a Constituição do Império de 1824¹⁰², estabelecia que “todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura; contanto que respondam pelos seus abusos, que cometerem no exercício deste direito, nos casos e na forma que a lei determinar”¹⁰³, tendo sua proteção sido estendida até a Constituição de 1937, de caráter iminente autoritário. Desde então, entre períodos de garantias – durante a aplicação da Constituição de 1946 – até severo cerceamento – durante a vigência da Constituição de 1967, período autoritário brasileiro –, a mais democrática aplicação se deu na atual Lei Fundamental.

A Constituição Federal de 1988¹⁰⁴ dispõe, em seu art. 5º, inciso IV, “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e, em seu art. 220, que “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”, acrescentando em seu §2º que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Nesse sentido, é possível que afirmar que a liberdade de manifestação prevista na Constituição, enquanto não colidir com outros direitos fundamentais e valores constitucionalmente estabelecido, assegura proteção a qualquer tipo de opinião, convicção, pensamento e discurso (MENDES; BRANCO, 2018). Na esteira das concepções liberais, a externalização do pensamento prevista na Lei Maior também será um “típico direito de abstenção do Estado”¹⁰⁵, sendo exercida contra o Poder Público.

Ademais, conforme enuncia Laura Schertel¹⁰⁶, o conceito de liberdade de expressão presente na Carta Política possui uma dimensão institucional e coletiva. Nesse sentido, a

¹⁰² BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25/03/1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 24 de out. de 2021.

¹⁰³ No original: art. 179, IV. “Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.”

¹⁰⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 de out. de 2021.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁰⁶ MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Medida Provisória subverte conceito de liberdade na internet**. O GLOBO: Fumus boni iuris, 10/09/2021. Disponível em <<https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/laura-schertel-mendes-medida-provisoria-subverte-conceito-de-liberdade-na-internet.html>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

garantia de proteção à manifestação do pensamento não é garantida apenas como um direito moral, mas um instrumento fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito e para a perseguição de objetivos de relevante proveito social. Em consonância às disposições utilitarista já trabalhadas, a liberdade de manifestação propiciaria alcançar a verdade e traria mais benefícios para a sociedade do que sua supressão.

A liberdade de alguns não pode, por exemplo, ser privilegiada em detrimento da liberdade de toda a coletividade¹⁰⁷, uma vez que o direito fundamental de se manifestar tem como objetivo também, nos termos do art. 220, estimular princípios como o do pluralismo, bem como fomentar a cidadania.

No entanto, dentro do nosso ordenamento jurídico, a liberdade de expressão também encontra limites na legislação, especialmente nos crimes contra a honra.

Honra é o conjunto de qualidade físicas, morais e intelectuais de um ser humano, que o fazem merecedor de respeito no meio social e promovem sua autoestima. É um sentimento natural, inerente a todo homem e cuja ofensa produz uma dor psíquica, um abalo moral, acompanhados de atos de repulsão ao ofensor.¹⁰⁸

Nesse sentido, pode ser dividida em honra subjetiva e objetiva, sendo ambas alvo de proteção, o que nos faz concluir que os legisladores brasileiros fizeram a opção de limitar a liberdade de expressão em si, estabelecendo domínios de significado que servem de propósito para o alcance de outros objetivos, e por outras leis, que punem o abuso do direito caso provoquem danos a outros.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, tanto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XLII, como na Lei nº 7.716/1989¹⁰⁹, foi construído sob a prerrogativa que discurso de ódio pautada em discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional não fazem parte do domínio da liberdade de expressão e devem ser punidos como a violência que de fato se constituem.

Além disso, a Lei de Segurança Nacional¹¹⁰ – Lei nº 7.170/1983 –, vigente à época dos casos apresentados¹¹¹, tipificava a conduta de tentar “subverter, ameaçar ou mudar o regime vigente ou o estado de direito”, bem como tentar “impedir o livre exercício de um dos Poderes”.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (art. 121 e 212)** – v. 2. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em 24 de out. de 2021.

¹¹⁰ BRASIL. **Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm>. Acesso em 24 de out. de 2021.

¹¹¹ Sancionada a revogação da Lei de Segurança Nacional; artigo contra disseminação de fake news é vetado. Senado notícias: 02/09/2021. Disponível em

2.3.2. Histórico jurisprudencial

O principal precedente brasileiro a respeito do discurso de ódio e da limitação da liberdade de expressão é o Habeas Corpus nº 82.424/RS¹¹² – conhecido como caso Ellwanger. Siegfried Ellwanger Castan, descendente de imigrantes alemães, nascido em Candelária/RS, foi um escritor negacionista do holocausto¹¹³. Em 1987, sob o pseudônimo de S.E. Castan, publicou o seu primeiro livro “Holocausto – judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”. Após abrir sua própria editora, Ellwanger publicou livros de conteúdo nazista até 1996, quando foi condenado pelo Tribunal de Justiça de Porto Alegre pela prática de racismo¹¹⁴.

O catálogo da editora ainda contava com títulos como “Acabou o gás! O fim de um mito”, baseado no relatório Leuchter, “Hitler: culpado ou inocente?” de Sérgio Oliveira e “Quem escreveu o Diário de Anne Frank?”, de Robert Faurisson. Assim como Irving, Siegfried Ellwanger inventava fatos, distorcia fontes e seu trabalho não tinha o rigor científico. O único conteúdo recorrente em suas obras era negação do extermínio do povo judeu durante a II Guerra Mundial bem como a defesa dos nazistas.

Condenado em sede de apelação, Ellwanger teria de cumprir dois anos de prisão que seriam revertidas em prestação de serviço comunitário. Recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, onde teve seu habeas corpus negado, ensejando a interposição de novo recurso ao Supremo Tribunal Federal. Sua defesa defendia a prescrição e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade, uma vez que os judeus não constituíam uma raça, não podendo o impetrante ser punido pelo crime de racismo.

Inicialmente, portanto, a questão não versava diretamente a respeito da liberdade expressão, tendo o tema surgido durante o debate pela questão ter sido levantada pelo tribunal estadual e, posteriormente, fazer parte das provocações dos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Britto¹¹⁵. O caso teve muita repercussão por

O relator, Ministro Moreira Alves, que concedia a ordem para declarar a prescrição da pretensão punitiva sob o fundamento de que, por cientificamente os judeus não constituírem uma raça, o demandante não poderia ser condenado pelo crime de racismo, foi vencido

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/02/sancionada-a-revogacao-da-lei-de-seguranca-nacional-artigo-contra-disseminacao-de-fake-news-e-vetado>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impretrantes: Werner Cantalício, João Becker e outra. Min. Moreira Alves, 17/09/2003. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

¹¹³ VIOLANTE, João Luís Mousinho dos Santos Monteiro. **O caso Ellwanger e seu impacto no direito brasileiro**. Tese (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2010, p. 7.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ CAVALCANTE FILHO, 2018, *op. cit.*, p. 155.

juntamente aos Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que consideraram a publicação das obras cobertas pela liberdade de expressão.

A divergência foi aberta pelo Ministro Maurício Corrêa, que tornou o seu voto um esforço sobre a importância de reprimir o nazismo e o antissemitismo, sendo seguido pelos outros ministros que, em determinada medida, buscaram refletir em seus votos os aspectos que entendiam ser relevantes de serem rechaçados: enquanto o Min. Nelson Jobim, por exemplo, esforçou-se em distinguir a intenção do agente do discurso, o Min. Celso de Mello buscou tratar das respostas presentes em tratados internacionais sobre o tema.

O voto, no entanto, que revela a mais apurada análise sobre o assunto foi o do Ministro Gilmar Mendes. Seguindo uma perspectiva que se assemelha a forma que o Tribunal Constitucional Alemão tratou a matéria, o Ministro pautou sua análise investigando o confronto entre dois direitos fundamentais – a liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana (expressa no combate ao racismo).

Citando Kevin Boyle, o voto consagra a ideia de que a liberdade de expressão deve ser limitada em busca de uma sociedade mais igualitária.

“A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática – a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. [...] Mas, igualmente, o elemento central da democracia é igualdade política. *‘Every one counts as one and no more than one’*, como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária se uma sociedade pretende ser democrática. [...] Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue alguns o exercício de direitos. (Boyle, *Hate Speech, cit.*, p. 490)”¹¹⁶

Desse modo, o Ministro Gilmar Mendes assevera que “não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana.”¹¹⁷ Considerando a teoria de Alexy, o voto assenta que:

“Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o princípio da proporcionalidade.”¹¹⁸

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**, *op. cit.*

¹¹⁷ *Ibidem.*

¹¹⁸ *Ibidem.*

Superando a questão se os judeus poderiam ser considerados uma raça, o Ministro Gilmar Mendes destaca trechos do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que pontua:

“Seguem-se capítulos e mais capítulos, todos de anátema ao judaísmo, cuja síntese tanto pode ser uma frase de efeito atribuída (sem indicação da fonte) a George Washington:

‘Eles – os judeus – lutam contra nós mais eficazmente que os exércitos inimigos. São cem vezes mais perigosos para a nossa liberdade e são o grande problema que temos. É de lamentar que todo o Estado, há tempo, não os tenha perseguido como a peste da sociedade e como os maiores inimigos da felicidade da América’ (p.59)

[...] Fique claro, desde logo, que não se trata de uma obra historiográfica. O autor processo o que MARC BLOCK denomina ‘superstição da causa única’ (Introdução à História, tradução de Maria Manuel Miguel e Rui Grácio, p. 167), e tudo o que pretende é responsabilizar o judaísmo pelas desgraças passadas, presentes e futuras da humanidade.

[...] O réu, no interrogatório, afirmou que sua editora é ideológica, pretende ‘levar adiante um ideal’.”

Ao contrário do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio, cuja essência liberal é clara em defender que a liberdade de expressão só deve encontrar limitação “quando a divulgação da ideia ocorra de maneira violenta ou com mínimos riscos de se propagar e de se transformar em pensamento disseminado no seio da sociedade”, o voto do Min. Gilmar Mendes pondera, a partir do princípio da proporcionalidade, os valores de ambos os direitos fundamentais.

Por 8 votos a 3, o pedido de *habeas corpus* foi negado, uma vez que publicar livros com conteúdo antissemita caracterizava racismo, sendo crime inafiançável e imprescritível nos termos do art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. O precedente assentou que não feria o princípio da liberdade de manifestação do pensamento a vedação de propaganda de obras racistas.

2.4. Conclusões parciais

Consoante ao que fora defendido, a liberdade de expressão não é um direito homogêneo compreendido da mesma forma ao longo tempo, tampouco em lugares diferentes. O direito de se manifestar livremente surge, na acepção que se desenvolveu ao longo da modernidade e que influenciou a jurisprudência do século XX – tanto a favor como contra –, a partir do Liberalismo Político de John Locke.

A teoria liberal buscava se contrapor a um Estado Absolutista que cerceava violentamente qualquer forma de existência que não se submetesse à vontade do soberano e à conformação social da época, perseguindo aqueles que ousassem pensar e existir de forma diferente. Possui, portanto, um forte caráter contramajoritário na proteção de minorias, relacionando-se diretamente com a dignidade de uma pessoa existir podendo exercer sua fé, viver de acordo com seus valores e manifestar livremente suas ideias.

Contudo, ainda em seu surgimento, apesar de se preocupar com a pluralidade de ideias e a liberdade para exercê-la, a concepção enunciada por Locke já encontrava os seus limites nos valores sociais considerados importantes para o autor e para movimento cultural da época: não poderiam ser tolerados homens que não acreditassem em Deus ou aqueles que atentassem contra a pluralidade de ideias. Nesse sentido, enuncia Dworkin:

Usamos “liberdade” em seu sentido simples apenas para indicar ausência de restrição. Pode-se dizer, recorrendo-se a esse sentido, que a liberdade é reduzida por leis que proíbem o homicídio e o roubo, sem insinuar oposição a essas leis. **Utilizamos “liberdade” em seu sentido normativo, por outro lado, para definir as maneiras como acreditamos que as pessoas deveriam ser livres.**¹¹⁹

Em uma época em que o discurso religioso era dominante, o inadmissível eram os homens sem fé ou aqueles que não permitissem a existência da fé do outro. A concepção do intolerável, contudo, no país que se fundou a partir das premissas do Liberalismo Político, é de que a liberdade de expressão é um direito absoluto, devendo ser rechaçada qualquer atuação estatal que vise limitá-la, ainda que seja para fortalecer valores importantes para a coletividade¹²⁰.

A escolha feita, portanto, na Constituição dos Estados Unidos da América, especificamente na sua Primeira Emenda, conformou o pensamento e a forma de

¹¹⁹ CAVALCANTE FILHO, 2018, *op. cit.*, p. 103.

¹²⁰ GLENDON, Mary Ann. Rights Talk. **The impoverishment of political discourse**. New York: The Free Press, 1991, p. 12 e ss *apud* CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

desenvolvimento da sociedade americana, que passou a entender a liberdade de expressão como um direito que deve ser assegurado “sem ressalvas – ou com as mínimas ressalvas possíveis – porque só a partir dela se pode ter efetivamente uma busca pela verdade”. Não é sem sentido que os americanos entendam a si mesmos como um povo mais livre que outros – uma vez que “a liberdade que floresce em seu país enquanto definha em outros”¹²¹.

A jurisprudência americana desenvolvida ao longo do século XX confirma essa formação, nada obstante, ter se iniciado com a relativização da ideia de liberdade negativa, a qual estabelece que o Estado não pode interferir na forma do cidadão de se expressar. Nesse sentido, tanto em *Schenck v. United States* como em *Whitney v. California*, o Estado obteve a possibilidade de perseguir discursos que não se conformavam sob a justificativa de que consistiam em um perigo claro e iminente – ou, com seu refinamento, um perigo que também era revestido de uma intenção ilegítima – avaliando diretamente o seu conteúdo.

Com seu refinamento, no entanto, a partir do caso *Brandenburg vs. Ohio*, foi possível perceber uma maior adesão ao liberalismo. Em seu voto, *Justice Douglas* reforçou de que “‘o governo não tem poder de invadir o santuário da crença e da consciência’, motivo por que ‘o discurso é imune à perseguição criminal’”¹²², uma afirmação de claro conteúdo liberal. Contudo, questiona-se a escolha em priorizar absolutamente a liberdade de opinião, confiando que as boas ideias prevalecerão, quando as consequências dessa decisão envolvem não dar nenhuma resposta à uma marcha nazista em uma cidade de judeus, entre eles, vítimas dos campos de concentração, a fim de preservar a dignidade e a honra daquelas pessoas.

(...) diversamente dos alemães, os americanos não confiam no governo para selecionar as “boas” opiniões das “más” – uma consequência dessa postura é que a discriminação feita por atores governamentais com base em pontos de vista, mesmo se direcionada ao “discurso do mal”, é vista com suspeita e pode até ser caracterizada como “pecado capital”

De fato, considerando os equívocos e inconsistências apresentados na definição da jurisprudência alemã, é admirável que a Corte americana defenda, abstratamente, as posições contramajoritárias que, de fato, precisam de guarita estatal para se desenvolverem. No entanto, perde-se toda admiração pelo esforço quando resulta na aceitação de violações graves a direitos tão importantes quanto a liberdade de expressão.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Editora WMF Martins Fontes: São Paulo, 2ª. ed., 2011, p. 165.

¹²² CAVALCANTE FILHO, 2018, *op. cit.*, p. 102.

É inegável, por exemplo, que a grave segregação racial decorrente da escravidão marcou profundamente a percepção da população negra na sociedade americana, inclusive sobre si próprios. O estudo “O desenvolvimento da consciência em crianças negras de idade pré-escolar”¹²³ feito por Mamie Phipps Clark e utilizado em *Brown vs Board of Education of Topeka*¹²⁴ confirmou que

“[...] 93% das crianças entregavam a boneca negra na pergunta 6, mas só 66% na pergunta 8. Ou seja: embora meninos e meninas negros já demonstrem uma percepção sólida das diferenças raciais desde cedo, elas demoram um pouco mais para estabelecer sua própria identidade (as crianças de 7% se identificaram como negras em 87% dos testes, contra apenas 36% das de três anos.”¹²⁵

Nesse sentido, pontua-se também a posição da Suprema Corte Americana a partir do estudo:

“Separar crianças negras de outras de idade e qualificação similar somente por causa de sua raça gera uma sensação de inferioridade quanto a seu status na comunidade, que pode afetar seus corações e mentes de maneiras que provavelmente jamais serão desfeitas.”¹²⁶

O discurso de ódio é definido por Michel Rosenfeld como um discurso feito para promover o preconceito com base na raça, na religião, na etnia ou na nacionalidade¹²⁷. Nesse sentido, como define Alex Lobato Portiguar:

“Ele é o discurso que exprime uma ideia de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-os ou inferiorizando-os pelo simples fato de pertencerem àquele grupo, motivado por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência, orientação sexual, nacionalidade, naturalidade, dentre outros.

[...] O discurso do ódio, portanto, surge quando nos utilizamos da linguagem, inicialmente assegurada pela liberdade de expressão, mas atribuímos um sentido ao discurso que nega ao outro o reconhecimento deles enquanto mercedores e detentores de iguais direitos.”¹²⁸

¹²³ VAIANO, Bruno. **O experimento psicológico com bonecas que venceu a segregação racial nos EUA**. Superinteressante: História, 02/06/2020. Disponível em <<https://super.abril.com.br/historia/o-experimento-psicologico-com-bonecas-que-venceu-a-segregacao-racial-nos-eua/>>. Acesso em 21 de outubro de 2021.

¹²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Brown v. Board of Education of Topeka I 347 US 483 (1954)**. Oyez. A íntegra do caso está disponível em <<https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>>. Acesso em 21 de outubro de 2021.

¹²⁵ VAIANO, Bruno, *op.cit.*

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ No original: “Hate speech – that is, speech designed to promote hatred on the basis of race, religion, ethnicity or national origin [...]”. ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. 24 *Cardozo Law Review* 1523 (2003). Disponível em <<https://larc.cardozo.yu.edu/faculty-articles/148>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹²⁸ POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência**. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2015, p. 18.

Conforme pontua o autor, “com o grande avanço promovido pela reviravolta pragmática de Wittgenstein, a linguagem passa ter sentido de acordo com o seu uso”¹²⁹.

“O que ocorre, no entanto, é que o discurso do ódio, quando caracterizado enquanto tal, deixa de ser uma forma apenas locucionária de descrição de fatos que podem ou não convergir com a opinião de uma grande parte da sociedade. **Ele é a ofensa em si mesma perpetrada de forma discursiva contra um determinado grupo.** Diz-se que ele mais se aproxima com uma conduta do que com um discurso, não se aplicando os argumentos de liberdade de expressão.”¹³⁰

Nesse esteio, dispõe Sennett:

“A falta de respeito, embora seja menos agressiva que o insulto direto, pode assumir uma forma igualmente ofensiva. Nenhum insulto é feito ao outro, mas ele tampouco recebe reconhecimento; **ele não é visto – como um ser humano pleno, cuja presença tem importância.** Quando uma sociedade trata a grande maioria das pessoas desta forma, julgando apenas alguns poucos dignos de reconhecimento, é criada uma escassez de respeito, como se não houvesse o bastante desta preciosa substância para todos. Como muitas formas de escassez, esta é produzida pelo homem; ao contrário da comida, o respeito nada custa. Por que, então, haveria uma crise de oferta”.¹³¹

Como se esperar, portanto, que o discurso de ódio direcionado a essa população não molde a forma que se veem e como a sociedade os enxerga? O mercado de ideias e a crença nas boas escolhas dos americanos não tem impedido que o discurso de inferiorização dessa população provoque a morte desses indivíduos com policiais ajoelhados em suas gargantas¹³² ou em massacres dentro de igrejas¹³³. A conclusão da qual se parte em *Brandenburg vs. Ohio* é o que Estados Unidos da América é uma nação em que liberdade de expressão floresce, mas que a liberdade, sendo um cidadão honesto, de viver sem ser ameaçado ou violentado por grupos supremacistas definha.

Ademais, o fenômeno da globalização apresenta um problema ainda mais sensível e complexo quando se pensa na jurisdição constitucional a respeito do discurso de ódio – que

¹²⁹ Ibidem, p. 34.

¹³⁰ Ibidem, p. 14.

¹³¹ SENNETT, Richard. **Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual.** Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 18 *apud* POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência.** Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2015, p. 18.

¹³² **Caso George Floyd: morte de homem negro filmado com policial branco com joelhos em seu pescoço causa indignação nos EUA.** G1: Mundo, 27/05/2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/27/caso-george-floyd-morte-de-homem-negro-filmado-com-policial-branco-com-joelhos-em-seu-pescoco-causa-indignacao-nos-eua.ghtml>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹³³ ALONSO, Nicolás. **Autor de massacre racial em igreja de Charleston, nos EUA, é condenado à morte.** El País: Internacional, Washington, 11/01/2017. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/10/internacional/1484087364_360834.html>. Acesso em 21 de out. de 2021.

compõe em parte o fenômeno da desinformação e pode ser integralmente estendido a ele : com uma sociedade conectada, em que as informações transitam a poucos segundos entre diversas localidades do mundo, ainda faz sentido pensar em abordagens teóricas que levam em consideração apenas a tradição jurisprudencial de determinado país? Os precedentes permissivos quanto ao discurso de ódio estadunidenses, por exemplo, afetam somente quem está sob sua tutela? Em que medida o fenômeno observado em relação ao discurso de ódio se intensifica com a desinformação?

A jurisprudência alemã, não obstante, peca em dar proteção à opinião da maioria dentro da sociedade, conforme visto em *Auschwitz lie* e no caso Rudolf Hess, enquanto permite que manifestações e odiosas socialmente aceitas¹³⁴ sejam proferidas – caso *Tucholski II*, fragilizando o caráter contramajoritário da liberdade de expressão. Em detrimento às ideias de liberdade, o histórico alemão faz com que aquela sociedade – refletida pela decisão de sua Corte – privilegie a noção de pertencimento.

“Uma moralidade comunitária não é, em sua essência, uma filosofia de libertação. Seu valor central não é a liberdade ou a independência, mas o pertencimento”¹³⁵

Ademais, percebe-se que, num esforço para garantir a reparação histórica e o respeito à dignidade da pessoa humana de grupos judeus, o Tribunal Constitucional alemão renuncia a um raciocínio metodológico – e, conseqüentemente, garantidor da segurança jurídica – para privilegiar o respeito à dignidade humana. Nessa esteira, por exemplo, considerando o fenômeno da pós-verdade e a fragilidade de construções que pretendem se apresentar como verdades, como diferenciar fato de opinião? Dentro do exemplo trazido em *Auschwitz lie*, não podemos considerar a responsabilidade alemã pelo início da Segunda Guerra Mundial como um fato? Apesar do presente trabalho buscar desconstruir a perspectiva relativista que influencia a criação de pós-verdade, impende questionar quem definiria, na Alemanha, o que é fato e se o Tribunal Constitucional Federal pretende assumir esse papel.

Apesar da exposição das três formas – alemã, americana e brasileira – escolhidas para estudar como foram formadas e como eram atualmente compreendidas as noções de liberdade de expressão, bem como quais eram seus limites, o presente trabalho não as considera

¹³⁴ CAVALCANTE FILHO, 2018, *op. cit.*, p. 130.

¹³⁵ SELZNICK, Philip. The Idea of a Communitarian Morality. *California Law Review*, n. 75, 1987, p. 445 *apud* CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, posição 131.

inteiramente suficientes ou eficazes para lidar com a complexidade do fenômeno da desinformação.

Conforme prevê Balkin¹³⁶, as concepções de liberdade de expressão mudarão e as respostas jurídicas que temos não serão suficientes para resolverem as batalhas relacionadas à liberdade de expressão.

For some time now, I have been thinking about how our understandings of the First Amendment are likely to change in a digital age. [...] At the very moment that our economic and social lives are increasingly dominated by information technology and information flows, the First Amendment seems increasingly irrelevant to the key free speech battles of the future. Or, more precisely, the judge-made doctrines that I teach in my First Amendment classes seem increasingly irrelevant.

¹³⁶ BALKIN, Jack M. **The Future of Free Expression in a Digital Age**. *Pepperdine Law Review*, v. 36, 2008. Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1222&context=fss_papers>. Acesso em 23 de out. de 2021.

3. Contextualização e problematização do fenômeno das *fake news*: a criação de novas praças públicas e o surgimento de um novo sentido de liberdade de expressão

3.1. Contextualização histórica e a definição de *fake news*

Durante o século XV, na cidade de Roma, os Pasquins eram escritos anônimos colocados em local público que difundiam notícias falsas sobre personagens públicos, bem como críticas satíricas contra pessoas e organizações¹³⁷. Os *Carnards*, gazetas que produziam notícias falsas circularem pela cidade, eram os responsáveis por disseminar desinformação na França do século XVIII¹³⁸. As notícias falsas, sem dúvidas, não são um fenômeno restrito à Era da Informação, mas que foi aprimorado por ela.

O maior de exemplo de utilização, bem como estudo, da propaganda direcionada a fins políticos e de manipulação da opinião pública foi a Alemanha nazista, que, através de Joseph Goebbels, construiu uma narrativa de que, não muito diferente da que vem sendo praticada por diversos líderes com traços autoritários atualmente, a responsabilidade pelas dificuldades e problemas enfrentados pelos alemães eram dos judeus e dos países liberais, dentre eles os vencedores do Tratado de Versalhes¹³⁹.

A definição da propaganda nazista, semelhante a que hoje concedemos às *fake news*, é tentativa coordenada para influenciar a opinião pública através da utilização de meios de comunicação com narrativas, em parte ou totalmente, mentirosas. A articulação foi fundamental para garantir apoio à Adolf Hitler em ações sensíveis, como guerra total e extermínio de judeus. A prática foi tão deliberadamente calculada que, em 1933, com a ascensão do partido nazista, foi lançado o *Volksempfänger*, um rádio popular vendido por valor irrisório e que só reproduzia estações alemãs, servindo para propagar a cultura nacional e os pronunciamentos do *führer*.

Segundo Hannah Arendt¹⁴⁰, a intenção era clara:

¹³⁷ NUSSDORFER, Laurie. **Civic Politics in the Rome for Urban VIII**. Princeton University Press, 2019, pp.8–10. Disponível em <https://books.google.com.br/books?id=Mx2NDwAAQBAJ&pg=PA10&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 24 de out. de 2021.

¹³⁸ DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas. **Fake News nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques**. Media e Jornalismo, Coimbra, v. 18, n. 32, p. 156, jan. 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/mj/v18n32/v18n32a12.pdf>> *apud* LIVRAMENTO, Marina Tanabe; PEREIRA, Rafael. **“Fake news”, Covid-19 e Direito Penal**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.3, p. 22203-22222, mar. 2021.

¹³⁹ MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre *fake news* e violência digital**. 1ª Edição. Companhia das letras, 2020, p. 154.

¹⁴⁰ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 331 *In* MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre *fake news* e violência digital**. 1ª Edição. Companhia das letras, 2020, p. 206.

Num mundo incompreensível e em perpétua mudança, as massas haviam chegado a um ponto em que, ao mesmo tempo, acreditavam em tudo e em nada, julgavam que tudo era possível e que nada era verdadeiro. [...] A propaganda de massa descobriu que o seu público estava sempre disposto a acreditar no pior, por mais absurdo que fosse, sem objetar contra o fato de ser enganado, uma vez que achava que toda afirmação, afinal de contas, não passava de mentira. [...] Se recebessem no dia seguinte a prova irrefutável da sua inverdade, apelariam para o cinismo; em lugar de abandonarem os líderes que lhes haviam mentido, diriam que sempre souberam que a afirmação era falsa, e admirariam os líderes pela grande esperteza tática.

Os recentes avanços populistas demonstram, infelizmente, que as práticas de manipulação datadas da 2ª Guerra Mundial não se encontram mais em um passado distante e que a manipulação da opinião pública em prol de um projeto ganhou novos contornos de complexidade – com *big techs*, *bots*, venda de dados e disparo em massa de fake news. Não se trata mais de uma preocupação a respeito de políticos mentindo para manipular a visão popular – o que não se trata exatamente de um fenômeno novo –, mas da dimensão dessas mentiras e da manipulação.

While fake news are not a new phenomenon, the online information ecosystem is particularly fertile ground for sowing misinformation. Social media can be easily exploited to manipulate public opinion thanks to the low cost of producing fraudulent websites and high volumes of software-controlled profiles or pages, known as social boots. These fake accounts can post content and interact with each other and with legitimate users via social connections, just like real people. People tend to trust social contacts and can be manipulated into believing and spreading content produced in this way.¹⁴¹

A conceituação do termo *fake news*, no entanto, não se mostra uma tarefa simples, tampouco uma que conforma uma resposta fácil. Segundo o *Cambridge Dictionary*¹⁴², o termo significa “história falsa que aparenta ser uma notícia, divulgada na internet ou utilizada em outra forma de mídia, geralmente criada para influenciar visões políticas ou para ser uma

¹⁴¹ Tradução dos autores: Embora as notícias falsas não sejam um fenômeno novo, o espaço de informações online é um terreno particularmente fértil para a disseminação de desinformações. As mídias sociais podem ser facilmente exploradas para manipular a opinião pública, graças ao baixo custo de produção de sites fraudulentos e ao alto volume de perfis ou páginas controlados por software, conhecidos como “social boots”. Essas contas falsas podem postar conteúdo e interagir entre si e com usuários legítimos por meio de conexões sociais, como os indivíduos fazem. As pessoas tendem a confiar nesses boots e podem ser manipuladas para acreditar e espalhar o conteúdo falso assim produzido.

SHAO, Chengcheng; CIAMPAGLIA, Giovanni Luca; VAROL, Onur; YANG, Kai-cheng; FLAMMINI, Alessandro; MENCZER, Filippo. **The spread of fake news by social bots**. Nature Communications, Indiana, v. 9, n. 1, p. 1-17, 20 nov. 2018. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1038/s41467-018-06930-7>. Disponível em: <https://www.andyblackassociates.co.uk/wp-content/uploads/2015/06/fakenewsbots.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2020 *apud* LIVRAMENTO, Marina Tanabe; PEREIRA, Rafael. “Fake news”, Covid-19 e Direito Penal. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.3, p. 22203-22222, mar. 2021.

¹⁴² Cambridge Dictionary. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

piada”¹⁴³. Contudo, pode significar “ações deliberadamente fabricadas e apresentadas como não ficção com o intuito de induzir os destinatários a concebê-las como um fato ou fato verificável duvidoso” e “artigos noticiosos que são intencionalmente falsos, cuja falsidade é verificável, mas pode enganar os leitores”. Duas características, no entanto, mostram-se recorrentes:

“Para Shu (2017), há duas observações fundamentais a serem feitas para que uma notícia se caracterize como “fake news”: a primeira é se tratar de uma informação falsa, que pode ser assim verificada, e a segunda é que a notícia tenha sido criada de forma desonesta, já com intenção de enganar ou induzir ao erro o leitor.”¹⁴⁴

A intenção da criação, portanto, constitui um fator diferencial.

Fake news, frequentemente, são criadas visando o lucro através da geração de cliques para os conteúdos disseminados via redes sociais. Também podem ser criadas por motivação ideológica, visando influenciar a opinião pública a favor ou contra determinados candidatos em eleições [...] sustentando-se através de assinaturas e anúncios, também depende de ter uma credibilidade junto aos formadores de opinião e ao público em geral, ainda que suas interpretações tenham um viés.¹⁴⁵

A *fake news*, contudo, passaram a ser conhecidas e entraram no léxico popular após as polarizadas Eleições Americanas de 2016, em que os candidatos Hillary Clinton e Donald Trump disputaram o cargo de presidente, ocasião em que o termo passou a ser utilizado para se referir aos infundados ataques direcionados à candidata¹⁴⁶.

Acompanhando o fenômeno da desinformação, verifica-se também a escalada do fenômeno da pós-verdade. Conforme define a Academia Brasileira de Letras, consiste em:

“Informação ou asserção que distorce deliberadamente a verdade, ou algo real, caracterizada pelo forte apelo à emoção, e que, tomando como base crenças difundidas, em detrimento de fatos apurados, tende a ser aceita como verdadeira, influenciando a opinião pública e comportamentos sociais.”¹⁴⁷

¹⁴³ CHADWICK, Paul. **Defining fake news will help us expose it**. The Guardian: 12/05/ 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/media/commentisfree/2017/may/12/defining-fake-news-will-help-us-expose-it>>. Acesso em 24 de out. de 2021 *apud* LIVRAMENTO, Marina Tanabe; PEREIRA, Rafael. “**Fake news**”, **Covid-19 e Direito Penal**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.3, p. 22203-22222, mar. 2021.

¹⁴⁴ ALLCOTT, Hunt e GENTZKOW, Matthew. Social media and fake news in the 2016 election. Journal of Economic Perspectives, volume 31, n. 2, primavera 2017, pp. 211-236. Disponível em <<https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/fakenews.pdf>>. Acesso em: 24 de out. de 2020 *apud* LIVRAMENTO, Marina Tanabe; PEREIRA, Rafael. “**Fake news**”, **Covid-19 e Direito Penal**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.3, p. 22203-22222, mar. 2021.

¹⁴⁵ LIVRAMENTO; PEREIRA, 2021, *op.cit.*, p. 3.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 5.

¹⁴⁷ Academia Brasileira de Letras. Disponível em <<https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/pos-verdade>>. Disponível em 24 de out. de 2021.

Conforme assevera Michiko Kakutani¹⁴⁸, “o termo ‘declínio da verdade’ (usado pelo *think tank* Rand Corporation para descrever ‘o enfraquecimento do papel dos fatos e análises’ na vida pública norte-americana)”. O fenômeno não se restringe a apenas a produção de notícias, produzindo uma ciência falsa e uma história falsa.

O Reino Unido, união política de quatro países constituintes e monarquia parlamentarista constitucional, teve a sua decisão de sair do bloco econômico da União Europeia fortemente influenciada por uma campanha populista e repleta de fake news, que escondiam da população as verdadeiras consequências da saída do bloco, ao mesmo tempo que superestimavam os valores que o Tesouro britânico deixaria de gastar caso parasse de contribuir com a UE, subestimavam o impacto da perda do mercado europeu no PIB inglês e teciam uma narrativa com medos irracionais acerca de imigrantes roubando empregos dos nativos e cometendo crimes.

O discurso anti-imigração reforçado durante o Brexit criava, de acordo Jon Danzig¹⁴⁹, uma ficção sobre privilégios a migrantes que nunca existiram, sobre violência alegadamente perpetrada por refugiados contra cidadãos britânicos ou sobre a perda de privilégios que a sua entrada em fronteiras britânicas significaria para os ingleses de uma forma geral. Além das narrativas com conteúdo claramente xenófobo, notícias falsas menos sofisticadas, como a alegação de que as notas de euro causariam impotência, de que a raça de cachorros Corgi seria banida da UE ou até mesmo que o bloco gostaria de padronizar as dimensões dos preservativos também eram frequentes. Decisões políticas e científicas passaram a ser tomadas com base em mentiras inventadas para favorecer alguém.

¹⁴⁸ KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade**. Tradução de André Czarnobai e Marcela Duarte. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018, p. 11.

¹⁴⁹ ESTEVES, Fernando. **Como as fakes news conduziram os britânicos à confusão do Brexit**. Disponível em <<https://poligrafo.sapo.pt/internacional/artigos/como-as-fake-news-conduziram-os-britanicos-ao-chumbo-do-brexit>> Acesso em 24 de out. de 2021.

3.2. Toda desinformação é crime ou deve necessariamente ser criminalizada?

Nem toda desinformação pode ser inserida dentro dos tipos descritos pela legislação existente, tampouco deveriam serem criminalizadas indiscriminadamente. Conforme já pontuado, o Código Penal Brasileiro¹⁵⁰ prevê punição – e, portanto, limita a liberdade de expressão – para aqueles que atentarem contra a honra de quem se sentir atingido em detrimento de condutas que envolvam seu nome em particular¹⁵¹.

A primeira resposta legislativa ao fenômeno da desinformação no Brasil se deu através da Lei nº 13.834/2019¹⁵², que incluiu o art. 326-A no Código Eleitoral, alterando a tipificação do crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Sua redação descreve que comete a violação quem “dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral”¹⁵³.

Apesar de não dispor expressamente, o texto prevê que incorre nas mesmas regras do artigo quem “divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído”¹⁵⁴. Nesse sentido, pode-se compreender que dentro do domínio do Direito Eleitoral, a criação de *fake news* já sofreu algum tipo de criminalização no ordenamento jurídico brasileiro¹⁵⁵.

Com o objetivo de tipificar a conduta de criar ou divulgar discriminação, surgiram o Projeto de Lei nº 6.812/2017¹⁵⁶, de autoria do deputado Federal Luiz Carlos Hauly, pretendendo criminalizar a ação de quem “divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física

¹⁵⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 24 de out. de 2021.

¹⁵¹ BURG, Daniel Allan; GREGGO, Marcela. **Criminalização das fake news exige a criação de um novo tipo penal**. Conjur, 27/02/2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/opiniao-criminalizacao-fake-news-tipo-penal>>. Acesso em 23 de out. de 2021.

¹⁵² BRASIL. **Lei nº 13.834, de 4 de junho de 2019**. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para tipificar o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13834.htm>. Acesso em 21 de out. de 2020.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ SAHIONE, Yuri. A criminalização das Fake News. Lex Latin: Opinião, 12/11/2020. Disponível em <<https://br.lexlatin.com/opiniao/criminalizacao-das-fake-news>>. Acesso em 21 de out. de 2020.

¹⁵⁶ BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.812 de 2017**. Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1522471&filename=PL+6812/2017>. Acesso em 23 de out. de 2021.

ou jurídica”, e o Projeto de Lei nº 473/2017¹⁵⁷, de autoria do senador Ciro Nogueira, cujo objetivo é acrescentar no Código Penal uma “uma nova tipificação de divulgação falsa, consistente em ‘divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público’”¹⁵⁸. Enquanto o projeto de Hauly foi apensado a Projeto de Lei nº 2630/2020¹⁵⁹, a proposta do senador Ciro Nogueira não foi aceita¹⁶⁰.

O Projeto de Lei nº 2630/2020¹⁶¹, de autoria do Senador Alessandro Vieira, surgiu com uma proposta mais consistente de regulação, pretendendo instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. O marco regulatório, no entanto, em seu texto aprovado pelo Senado, não incluiu uma criminalização da conduta individual de criar e disseminar notícias falsas, o que foi objeto de propostas de parlamentares na Câmara dos Deputados¹⁶².

O relatório final da CPI da COVID-19, elaborado pelo senador Renan Calheiros, possui em sua minuta inicial a sugestão de criação de dois projetos de lei (i) criminalizando a criação e a divulgação de desinformação acerca de saúde pública, e (ii) estabelecendo medidas de cerceamento a disseminação de informações falsas na internet¹⁶³. Os projetos teriam como escopo definir o que é *fake news*, bem como definir penalidades, obrigar a remoção de conteúdo falso e impedir que contas automatizadas publiquem mensagens e interajam com os usuários.

O projeto de lei define que a desinformação consiste em “o texto, áudio, vídeo ou imagem não ficcional que, de modo intencional e deliberado, consideradas a forma e as

¹⁵⁷ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 473 de 2017**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758/pdf>>. Acesso em 23 de out. de 2021.

¹⁵⁸ BRACO, Paulo Gonet; VELLOSO, João Carlos Banhos. **A questão penal no entorno das fake news**. Migalhas: Migalhas de peso, 03/08/2020. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/331472/a-questao-penal-no-entorno-das-fake-news>>. Acesso em 23 de out. de 2021.

¹⁵⁹ Em 08/07/2021, foi apensado ao referido projeto de lei, conforme se verifica em seu histórico de tramitação. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>>. Acesso em 23 de out. de 2021.

¹⁶⁰ BRACO, Paulo Gonet; VELLOSO, João Carlos Banhos. **A questão penal no entorno das fake news**. Migalhas: Migalhas de peso, 03/08/2020, *op. cit.*

¹⁶¹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 2630/2020, institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01az6sda6g73c7pwrqcgq1cl6x8226895.node0?codteor=1909983&filename=PL+2630/2020>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁶² SAHIONE, Yuri. **A criminalização das Fake News**. Lex Latin: Opinião, 12/11/2020, *op. cit.*

¹⁶³ CAESAR, Gabriela. **CPI da Covid sugere projeto para criminalizar criação e divulgação de fake news sobre saúde pública**. G1: Política, 20/10/2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/10/20/cpi-da-covid-sugere-projeto-para-criminalizar-criacao-e-divulgacao-de-fake-news-na-area-da-saude.ghtml>>. Acesso em 21 de out. de 2020.

características da sua veiculação, tenha o potencial de ludibriar o receptor quanto à veracidade do fato”¹⁶⁴.

A criminalização não se mostra a melhor alternativa, no entanto, num país que, segundo a Conectas Direitos Humanos, possui a terceira maior população carcerária do mundo¹⁶⁵. A imposição de multas privilegia criminosos ricos e penaliza os hipossuficientes, provocando uma (i) desigual aplicação da lei e punição da população mais pobre, (ii) uma maior taxa de encarceramento de uma população que já é quem compõe os presídios brasileiros e (iii) a ineficácia da proposta, já que a disseminação de notícias falsas está ligada a pessoas que têm poder aquisitivo e que podem impulsionar a desinformação.

Ademais, 3 em cada 10 brasileiros são analfabetos funcionais¹⁶⁶, sendo maior entre os mais velhos – entre 50 e 64 anos, a taxa de analfabetismo é de 53% (cinquenta e três por cento)¹⁶⁷. Criminalizar de forma abrangente, como pretendia a Lei nº 6.812/2017, que objetivava punir quem “divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica”¹⁶⁸, poderia, no mínimo, gerar prisões em massa de brasileiros mais pobres, menos educados e com limitado acesso à justiça. E não resolveria o problema.

A criminalização genérica ainda criaria vários níveis de problemas: o que são fatos? Estudos iniciais, dentro dos ditames da metodologia científica, que apontam problemas e infirmam conhecimentos massivamente aceitos são desinformação? Quem definirá o que é informação? Divulgar *fake news* dependeria do dolo do agente, ou pessoas que acreditam veementemente que estão passando informações verídicas também são punidas? Qual seria o bem jurídico protegido?

No entanto, a medida não se mostra completamente inadequada se o alvo da criminalização se estender à criação e propagação de desinformação em escalas industriais, utilizando a técnica do *firehosing* em prol de um interesse escuso de manipular a opinião pública, especialmente se utilizado dinheiro público.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo.** Instituto Humanitas Unisinos: 20/02/2020. Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em 20 de out. de 2021.

¹⁶⁶ **3 em cada 10 brasileiros não conseguem entender esse texto.** Todos pela educação: 12/11/2018. Disponível <<https://todospelaeducacao.org.br/noticias/inaf-3-em-cada-10-brasileiros-nao-conseguiriam-entender-este-texto/>>. Acesso em 20 de out. de 2021.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ BURG, Daniel Allan; GREGGO, Marcela. **Criminalização das fake news exige a criação de um novo tipo penal.** Conjur, 27/02/2018, *op. cit.*

Nessa esteira, a Comissão Mista Parlamentar de Inquérito (CPMI) das *fake news*, criada para investigar a existência de uma rede de produção e propagação de notícias falsas e assédio virtual nas redes sociais¹⁶⁹, identificou o pagamento de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) a 843 sites, aplicativos e canais de Youtube que veiculam conteúdo inadequado e desinformação, especialmente direcionados ao apoio da reforma da previdência¹⁷⁰.

Dentro do relatório final da CPI da COVID¹⁷¹, o Gabinete do Ódio, formado pelo Presidente Bolsonaro, seus filhos, apoiadores dentro do congresso e empresários, criavam notícias com conteúdo falso a respeito da gravidade da pandemia, da eficácia de remédios comprovadamente eficazes e da ineficácia da vacina. Enquanto o núcleo político formulava a dava apoio à desinformação criada, os empresários financiavam economicamente a organização¹⁷² e, usando a estrutura governamental em prol de interesses escusos.

¹⁶⁹ PRAZERES, Leandro. **MPF abre investigação para apurar anúncios da Secom em sites que promovem a família Bolsonaro e de fake news.** O GLOBO: Política, Brasília, 10/06/2020. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/politica/mpf-abre-investigacao-para-apurar-anuncios-da-secom-em-sites-que-promovem-familia-bolsonaro-de-fake-news-24473260>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ **CPI identifica organização com sete núcleos para disseminar fake news sobre Covid.** G1: CPI da COVID, Brasília, 19/10/2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/cpi-da-covid/noticia/2021/10/19/cpi-identifica-organizacao-com-sete-nucleos-para-disseminar-fake-news-sobre-covid.ghtml>>. Acesso em 22 de outubro de 2021.

¹⁷² Ibidem.

4. Inquérito nº 4.781/DF – “Inquérito das *fake news*”

4.1. Reportagem do “amigo do amigo de meu pai”

A revista *Crusoe* e *O Antagonista* teriam conseguido um furo de reportagem através de uma prova ligando um ministro do Supremo Tribunal Federal às práticas criminosas investigadas numa das maiores operação anticorrupção do Brasil. O documento teria sido enviado por Marcelo Odebrecht a um dos processos da Lava Jato que tramitavam na Justiça Federal de Curitiba, em que trazia uma série de esclarecimentos feitos pela Polícia Federal ao analisar mensagens eletrônicas entregues no curso da delação premiada¹⁷³. Em uma mensagem, o delator pergunta a um executivo da empreiteira se ele havia fechado um acordo com o “amigo do amigo do meu pai”, que, conforme esclarecimentos, seria o Advogado Geral da União, o Ministro Dias Toffoli.

As tratativas se referiam à licitação para a construção e operação da usina hidrelétrica de Santo Antônio, no Rio Madeira. Como Advogado Geral da União, Toffoli era responsável para atuar judicialmente nas ações que envolviam a construção, dando celeridade e garantindo a conclusão do projeto governamental¹⁷⁴. Os interesses dos empreiteiros de estarem em contato com o então advogado, apesar de não serem detalhados na reportagem, pareciam estar ligados ao desejo de vencer a licitação. Não há, no entanto, uma confirmação nem um delineamento das ações ilegais que o ministro teria cometido¹⁷⁵.

A reação do Supremo Tribunal Federal, na figura do então presidente da Corte Min. Dias Toffoli, por meio da Portaria nº GP 69/2019, foi ordenar a abertura de um inquérito – o Inquérito 4.781/DF, cunhado de Inquérito das *Fake News* – para apurar “a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revertidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, extrapolando a liberdade de expressão”¹⁷⁶.

O Ministério Público Federal manifestou-se a favor da retirada do conteúdo, conforme cita a decisão do relator Min. Alexandre de Moraes, entendendo que

¹⁷³ COUTINHO, Mateus; RANGEL, Rodrigo. “**O amigo do amigo de meu pai**”. *Crusoe*: Edição 050, 11/04/2019. Disponível em <<https://crusoe.com.br/edicoes/50/o-amigo-do-amigo-de-meu-pai/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ “Como advogado-geral da União, Toffoli tinha a atribuição de lidar com o tema. Até por isso, não é possível, apenas com base na menção a ele, dizer se havia algo de ilegal na relação com a empreiteira. Mas explicações, vale dizer, são sempre bem-vindas.”

¹⁷⁶ **Ministro do STF determina retirada de reportagem em que Odebrecht cita Toffoli**. *Poder 360*: 15/04/2019. Disponível em <<https://www.poder360.com.br/justica/ministro-do-stf-determina-retirada-de-reportagem-em-que-odebrecht-cita-toffoli/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

“[...] o esclarecimento feito pela Procuradoria Geral da República tornam falsas as afirmações veiculadas na matéria “O amigo do amigo de meu pai”, em típico exemplo de *fake news* – o que exige a intervenção do Poder Judiciário, pois, repita-se a pena proteção constitucional da exteriorização da opinião (aspecto positivo) não constitui cláusula de isenção de eventual responsabilidade por publicações injuriosas e difamatórias, que, contudo, deverão ser analisadas sempre a posteriori, jamais como restrição prévia e genérica à liberdade de manifestação.”¹⁷⁷

Em julgamento colegiado da ADPF nº 572, ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade¹⁷⁸, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legalidade do inquérito, formando maioria que entendeu que os “ataques em massa, orquestrados e financiados com propósito de intimidar os ministros e seus familiares, justificam a manutenção das investigações”¹⁷⁹.

O único a divergir da opinião formada pela maioria da Corte foi o Ministro Marco Aurélio, aduzindo que cabe ao Ministério Público a abertura da investigação, posto que “magistrados não devem instaurar, sem previa provocação dos órgãos de persecução penal e na fase de investigação não devem ter iniciativa probatória”¹⁸⁰. Ponderou que “estamos diante de um inquérito natimorto, e ante as achegas [adições] verificadas depois de instaurado, diria mesmo um inquérito do fim do mundo, sem limites”¹⁸¹.

O plenário, no entanto, declarou a constitucionalidade do art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A dimensão do problema e as proporções que o inquérito tomaria ainda não eram conhecidas, mas, de fato, a Polícia Federal conseguiu comprovar as hipóteses de fundamentação utilizadas pelo Ministro Celso de Mello nas conclusões de seu voto.

“há um núcleo decisório, um núcleo político, um núcleo financeiro e um núcleo técnico operacional, à semelhança das organizações criminosas, objetivando promover ataques sistemáticos e coordenados à dignidade institucional do STF e à honorabilidade dos seus juízes.”¹⁸²

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ D’AGOSTINO, Rosanne. **Rede pede ao STF extinção da ação contra o inquérito das fake news**. G1: Política, Brasília, 29/05/2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/29/rede-pede-ao-stf-extincao-da-acao-contra-o-inquerito-das-fake-news.ghtml>>. Acesso em 22 de out. de 2021.

¹⁷⁹ VALENTE, Fernanda. Supremo valida inquérito das fake news, que investiga ameaças a ministros. Conjur: 18/06/2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/supremo-valida-inquerito-fake-news-ameacas-ministros>>. Acesso em 22 de out. de 2021.

¹⁸⁰ D’AGOSTINO, Rosanne. STF conclui julgamento e decide que é legal inquérito que apura fake news e ameaças a ministros. G1: Política, Brasília, 18/06/2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/18/stf-conclui-julgamento-e-decide-que-e-legal-inquerito-que-apura-fake-news-e-ameacas-a-ministros.ghtml>>. Acesso em 22 de out. de 2021.

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² Ibidem.

A perspectiva, no entanto, é que o assunto seja revisitado pela Corte. O Presidente da República, através da Advocacia Geral da União, propôs nova ação questionando o art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, defendendo que “fere ‘preceitos fundamentais’ da Constituição e ameaça ‘os direitos fundamentais dos acusados nos procedimentos inquisitórios dele derivados’”¹⁸³. O julgamento, iniciado em 22 de outubro de 2021, teve manifestação contrária do relator, o Ministro Edson Fachin, e do Ministro Alexandre de Moraes¹⁸⁴.

¹⁸³ SCHUQUEL, Thayná. **STF começa a julgar pedido de Bolsonaro para limitar atuação da Corte**. Metrôpoles: Justiça, 22/10/2021. Disponível em <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/stf-comeca-a-julgar-pedido-de-bolsonaro-para-limitar-atuacao-da-corte>>. Acesso em 23 de out. de 2021.

¹⁸⁴ MARI, João de. **STF julga ação de Bolsonaro contra abertura de inquéritos sem pedido do MPF**. CNN Brasil: Política, São Paulo, 22/10/2021. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/stf-julga-acao-de-bolsonaro-contrabertura-de-inqueritos-sem-pedido-do-mpf/>>. Acesso em 23 de out. de 2021.

4.2. Caso Daniel Silveira

Daniel Silveira era um policial militar do Estado do Rio de Janeiro quando se tornou popular nas redes sociais em função de um vídeo quebrando uma placa que homenageava a deputada Marielle Franco ao lado do deputado Rodrigo Amorim¹⁸⁵. Elegeu-se pelo Partido Social Liberal (PSL) em 2018 como deputado federal do Rio de Janeiro, estando aliado a pautas defendidas pelo Presidente Jair Bolsonaro.

O deputado, que agrediu o jornalista Guga Noblat¹⁸⁶, fez sucesso com um vídeo que invadiu o Colégio Dom Pedro 2º para fazer uma vistoria, uma etapa da “Cruzada pela Educação”¹⁸⁷, a fim de verificar se haveria doutrinação ideológica de esquerda, mentindo que ainda era policial. Após forçarem entrada, a diretoria do colégio registrou ocorrência na Polícia Federal contra o deputado por abuso de autoridade¹⁸⁸.

Após o julgamento do Supremo Tribunal Federal que vetou a prisão em segunda instância, Daniel endossou a ameaça feita por Eduardo Bolsonaro de que seriam necessários apenas um soldado e um cabo para fechar o tribunal, dizendo que estaria à disposição caso precisassem de um cabo¹⁸⁹. Defensor do voto impresso, Daniel afirmou que “O voto impresso vai acontecer ou então o STF e a Justiça Eleitoral não mais existirão porque a gente não vai permitir”¹⁹⁰.

¹⁸⁵ SARTORI, Caio. **Placa de Marielle quebrada e "inspeção" em colégios: quem é Daniel Silveira, deputado preso por ordem de ministro do STF**. GZH: Política, 17/02/2021. Disponível em <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2021/02/placa-de-marielle-quebrada-e-inspecao-em-colegios-quem-e-daniel-silveira-deputado-preso-por-ordem-de-ministro-do-stf-ckl9iftdh046101i1iylderc5.html>>. Acesso em 21 de out. 2021.

¹⁸⁶ “O episódio envolvendo deputado e jornalista ocorreu na Câmara em dezembro de 2019. Noblat, que trabalhava na Jovem Pan, lembrou dois momentos protagonizados por Silveira: quando o político quebrou uma placa em homenagem a Marielle e quando entrou em uma escola do Rio de Janeiro, sem aviso, para vistoriar se as aulas tinham conteúdo político. Em seguida, perguntou qual dos dois momentos o deputado achava mais vergonhoso. Neste momento, o deputado teria ameaçado Noblat, que perguntou logo em seguida se Silveira considerava mais fácil quebrar sua cara ou a placa de Marielle. Foi depois desse questionamento que o celular de Noblat foi jogado no chão. ‘Arremessei. E aí, irmão? Te bati, babaca. Vai no STF e me processa. Tu é um babaca, rapaz’, disse o político depois da agressão”. ANGELO, Tiago. **Jornalista agredido irá ao STF contra decisão que absolveu Daniel Silveira**. Poder 360: 15/06/2021. Disponível em <<https://www.poder360.com.br/justica/jornalista-agredido-ira-ao-stf-contradecisao-que-absolveu-daniel-silveira/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁸⁷ VIANNA, Luiz Fernando. **Daniel Silveira, o infiltrado, vive seus dias de glória**. O GLOBO: Época, 20/10/2019. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/epoca/daniel-silveira-infiltrado-vive-seus-dias-de-gloria-1-24030372>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁸⁸ **Diretoria do Colégio Pedro II faz registro de ocorrência na PF contra deputados do PSL por abuso de autoridade**. O GLOBO: Rio, 18/10/2019. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/rio/diretoria-do-colegio-pedro-ii-faz-registro-de-ocorrencia-na-pf-contradeputados-do-psl-por-abuso-de-autoridade-24026917>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁸⁹ ROMANO, Giovanna. **Deputado do PSL ameaça STF: ‘Se precisar de um cabo, estou à disposição’**. Veja: Política, 08/11/2019. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/politica/deputado-do-psl-ameaca-stf-se-precisar-de-um-cabo-estou-a-disposicao/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁹⁰ FREY, João. **Deputado bolsonarista ameaça STF e “TSE” em defesa de voto impresso**. UOL: Congresso em foco, 06/12/2020. Disponível em <<https://congressoemfoco.uol.com.br/area/justica/em-ato-por-voto-impresso-deputado-bolsonarista-ameaca-o-stf-e-tse/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

Registra-se que, num período de três meses, o Daniel Silveira tenha publicado, ao menos, dois *tweets* críticos ao Supremo Tribunal Federal por dia¹⁹¹. O deputado concentrava a maior porcentagem de menções negativas a corte – 51 citações de 206, correspondendo a aproximadamente 25% do total¹⁹². As narrativas eram baseadas em desinformações que desacreditavam a atuação do tribunal e de seus ministros, bem como exaltava a atuação do Presidente Jair Bolsonaro.

Os ataques por parte de Daniel ao Supremo Tribunal Federal, contudo, não se resumiriam a manifestações caluniosas. O deputado disponibilizou no canal “Política Play” um vídeo no qual tecia duras críticas à Corte, bem como proferia ameaças à honra dos ministros e defendia a adoção de medidas antidemocráticas contra o tribunal.

[Ao Ministro Edson Fachin] “Seu moleque, seu menino mimado, mau-caráter, marginal da lei, militante da esquerda, lecionava em uma faculdade, sempre militando pelo PT, pelos partidos narcotraficantes, nações narcoditadoras [...] Fachin, você integra, tipo assim, a nata da bosta do STF, certo? [...] Militante idiotizado, lobotomizado, que atacava militares junto com a Dilma [Rousseff], aquela ladra, vagabunda. Com o multicriminoso Luiz Inácio Lula da Silva, de 9 dedos, vagabundo, cretino, canalha. O que acontece, Fachin, é que todo mundo já está cansado dessa sua cara de filho da puta que tu tem. Essa cara de vagabundo, né [...] Por várias e várias vezes já te imaginei tomando uma surra. Ô... quantas vezes eu imaginei você e todos os integrantes dessa Corte. Quantas vezes eu imaginei você, na rua, levando uma surra. O que você vai falar? Que eu tô fomentando a violência? Não. Eu só imaginei. Ainda que eu premeditasse, ainda assim não seria crime. Você sabe que não seria crime. Você é um jurista pífilo. Vai lá e prende o Villas Bôas, rapidão, só pra gente ver um negocinho. Se tu não tem coragem, porque tu não tem, tu não tem colhão roxo pra isso”. “Você tem que tomar vergonha na sua cara, olhar, quando você for tomar banho, olhar o bilauzinho que você tem e falar: ‘Pô, eu acho que sou um homenzinho. Eu vou parar com as minhas bobeirinhas’. [...] Então, qualquer cidadão que conjecturar uma surra bem dada nessa sua cara com um gato morto até ele miar, de preferência, após cada refeição, não é crime.”

[Ao Ministro Alexandre de Moraes] “[...] A sua quebra de sigilo bancário? Será que você permitiria a Polícia Federal investigar você e outros 10 aí da supreminha? Você não ia permitir. Vocês não têm caráter, nem escrúpulo, nem moral para poder estar na Suprema Corte. Eu concordo, né, completamente com [o ex-ministro da Educação] Abraham Weintraub quando ele falou: ‘Eu, por mim, colocava esses vagabundos todos na cadeia’, aponta para trás, ‘começando pelo STF’. Ele estava certo. Ele está certo. E, com ele, pelo menos uns 80 milhões de brasileiros corroboram com esse pensamento. [...] ocê e os seus 10 abiguinhos [sic] aí, abiguinhos, não guardam a Constituição. Vocês defecam sobre a mesma Constituição, que é uma porcaria. Ela foi feita para colocar canalhas sempre na hegemonia do poder. E, claro, pessoas da sua estirpe evidentemente devem ser perpetuadas pra que protejam o arcabouço dos crimes do Brasil. E se encontram aí, na Suprema Corte.”

“Mas, enfim. Eu sei que vocês querem armar uma pra mim para poder falar ‘o que que esse cara falou aí no vídeo sobre mim. Desrespeitou a Suprema Corte’. Suprema

¹⁹¹ FÁVERO, Bruno; RIBEIRO, Amanda. **Deputados investigados por 'fake news' publicam dois tweets críticos ao STF por dia em três meses**. Aos fatos: 28 de maio de 2020. Disponível em <<https://www.aosfatos.org/noticias/deputados-investigados-por-fake-news-publicam-dois-tweets-criticos-ao-stf-por-dia-em-tres-meses/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁹² Ibidem.

Corte é o cacete. Na minha opinião, vocês já deveriam ter sido destituídos do posto de vocês e uma nova nomeação convocada e feita de 11 novos ministros. Vocês nunca mereceram estar aí. E vários que já passaram também não mereciam. Vocês são intragáveis, tá certo? Inaceitável. Intolerável, Fachin? Não é nenhum tipo de pressão sobre o Judiciário não. Porque o Judiciário tem feito uma sucessão de merda no Brasil. Uma sucessão de merda. E quando chega em cima, na Suprema Corte, vocês terminam de cagar a porra toda. É isso que vocês fazem. Vocês endossam a merda.”¹⁹³

O Ministro Alexandre de Moraes, na condição de relator do Inquérito das *Fake News*, determinou a prisão de Daniel Silveira¹⁹⁴ por ter incorrido nos crimes previstos nos arts. 17, 18, 22, incisos I e IV, 23, incisos I, II e IV e 26 da Lei nº 7.170/73 – conhecida como Lei de Segurança Nacional. Os tipos penais criminalizam a tentativa de, com emprego de violência ou grave ameaça, tentar alterar o regime vigente ou o Estado de Direito, bem como tentar impedir o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados, fazer propaganda de processo violento para alteração da ordem política e social e caluniar os integrantes do Supremo Tribunal Federal. Pontua que:

“A liberdade de expressão e o pluralismo de ideias são valores estruturantes do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.

Dessa maneira, tanto são inconstitucionais as condutas e manifestações que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático; quanto aquelas que pretendam destruí-lo, juntamente com suas instituições republicanas; pregando a violência, o arbítrio, o desrespeito à Separação de Poderes e aos direitos fundamentais, em suma, pleiteando a tirania, o arbítrio, a violência e a quebra dos princípios republicanos, como se verifica pelas manifestações criminosas e inconsequentes do referido parlamentar”¹⁹⁵

Considerando a gravidade da conduta de Daniel Silveira, bem como as ameaças e acusações de crimes imputadas aos ministros, entende-se que sua prisão vedou corretamente o abuso ao direito de expressão. Conforme repetido em muitos momentos desse trabalho, a liberdade enunciada e perseguida desde a modernidade encontra como o seu principal limite a lei. Nesse sentido, o direito fundamental expresso na Carta política encontra entrave na ofensa

¹⁹³ **Leia a transcrição do que disse Daniel Silveira e o que levou o STF a prendê-lo.** Poder 360: 17/02/2021. Disponível em <<https://www.poder360.com.br/justica/leia-a-transcricao-do-que-disse-daniel-silveira-e-o-que-levou-o-stf-a-prende-lo/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁹⁴ LIMA, Daniela. **STF determina prisão do deputado Daniel Silveira após ataque a ministros.** CNN Brasil: Política, 16/02/2021. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/daniel-silveira-ordem-de-prisao/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781/DF. Requerente: sob sigilo. Min. Alexandre de Moraes, 16/02/2021. Disponível em <<https://static.poder360.com.br/2021/02/decisao-STF-prisao-Daniel-Silveira.pdf>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

contra a honra e na falsa imputação de crimes a indivíduos, de modo a criminalizar esses excessos.

O deputado não foi preso por demonstrar discordância com as decisões do Supremo Tribunal Federal, tampouco por pessoalmente não nutrir admiração pelos ministros e seus conhecimentos jurídicos. Daniel Silveira foi preso porque ofendeu a honra de autoridades públicas, acusou-os de crimes, incitou violência popular contra eles e defendeu a quebra democrática, tudo por não concordar com a atuação deles.

Houve, também, a argumentação que a fala do deputado estaria protegida pelo art. 53 da Constituição Federal, que determina que “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”¹⁹⁶. Nessa esteira, cumpre ressaltar que a imunidade parlamentar conferida a Daniel Silveira em seu mandato como Deputado Federal cumpre a função de proteção da democracia, visando a possibilitar que os parlamentares não sejam perseguidos no exercício da sua liberdade de manifestação, não sendo salvo-conduto, contudo, para atentar contra o Estado Democrático de Direito, nem cometer a crimes e incitar violência.

A ponderação de que também teria sido violado o art. 53, §2º, da CF¹⁹⁷, cujo teor estabelece que “os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável” não merece prosperar, posto que, segundo a decisão do Min. Alexandre de Moraes, considerando que o vídeo permanece na internet, haveria a configuração de um crime permanente e, portanto, estaria presente o flagrante. A decisão foi confirmada pela Câmara dos Deputados, demonstrando corretamente que excessos não pertencem ao domínio da liberdade de expressão, tampouco da imunidade parlamentar.

¹⁹⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 de out. de 2021.

¹⁹⁷ Ibidem.

4.3. Medida Provisória nº 1.068, de 6 de setembro de 2021

Em 06 de setembro de 2021, foi publicada a Medida Provisória nº 1.068¹⁹⁸, um normativo de eficácia imediata, cujo teor alterava a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014¹⁹⁹, conhecida como Marco Civil da Internet, a fim de estabelecer supostos novos direitos e garantias aos usuários de redes sociais, bem como definir novas regras de moderação de conteúdo nas redes sociais.

A publicação do normativo teve como contexto as manifestações de apoio ao Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, que ocorreram no dia 07 de setembro de 2021 e que tiveram como principais pautas o fechamento do Supremo Tribunal e do Congresso Nacional e a atuação dos Ministros Luís Roberto Barroso – pela sua defesa, como Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, das urnas eletrônicas – e Alexandre de Moraes – pela sua atuação dentro do inquérito das *fake news*, que conforme anteriormente abordado, apura denúncias caluniosas, notícias falsas e ameaças aos membros do Supremo Tribunal Federal.

Dentre as alterações, a mais criticada foi a exigência de uma “justa causa para a remoção de conteúdo e exclusão de contas”²⁰⁰, prevendo um rol taxativo de situações que poderiam ser configuradas nesse termo²⁰¹. Conforme pontua Laura Schertel, “não configuram justa causa, por exemplo, discursos de ódio, fake news e manipulação da informação; bullying e spam, nem mesmo assédio e ataques contra a integridade das eleições e das instituições democráticas”²⁰².

¹⁹⁸ BRASIL. **Medida Provisória nº 1.068, de 6 de setembro de 2021**. Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, e a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre o uso de redes sociais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm. Acesso em: 7 out. 2021.

¹⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 7 out. 2021.

²⁰⁰ MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Medida Provisória subverte conceito de liberdade na internet**. O GLOBO: Fumus boni iuris, 10/09/2021. Disponível em <<https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/laura-schertel-mendes-medida-provisoria-subverte-conceito-de-liberdade-na-internet.html>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²⁰¹ Art. 8º-B Em observância à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a exclusão, o cancelamento ou a suspensão, total ou parcial, dos serviços e das funcionalidades da conta ou do perfil de usuário de redes sociais somente poderá ser realizado com justa causa e motivação. § 1º Considera-se caracterizada a justa causa nas seguintes hipóteses: I - inadimplemento do usuário; II - contas criadas com o propósito de assumir ou simular identidade de terceiros para enganar o público, ressalvados o direito ao uso de nome social e à pseudonímia e o explícito ânimo humorístico ou paródico; III - contas preponderantemente geridas por qualquer programa de computador ou tecnologia para simular ou substituir atividades humanas na distribuição de conteúdo em provedores; IV - prática reiterada das condutas previstas no art. 8º-C; V - contas que ofertem produtos ou serviços que violem patente, marca registrada, direito autoral ou outros direitos de propriedade intelectual; ou VI - cumprimento de determinação judicial.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.068, de 6 de setembro de 2021**. Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, e a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre o uso de redes sociais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm. Acesso em: 7 out. 2021.

²⁰² MENDES, Laura Schertel Ferreira, 10/09/2021, *op. cit.*

Ademais, o texto permitia ao Governo a possibilidade de cercear a opinião de seus opositores e favorecer a circulação de ideias alinhadas com sua ideologia. Considerando que não estabelecia a forma que seria feita a fiscalização da aplicação da norma e da abstração de algumas disposições, o Governo poderia sancionar as plataformas sempre que discordasse da moderação de conteúdo, levando as plataformas a adotarem posições e visões que favorecessem o governo para evitar punições²⁰³. Conforme pontua Artur Monteiro²⁰⁴, na construção de qualquer modelo regulatório, não basta somente estabelecer os limites do que pode ou não ser dito, mas sim definir o agente que terá o poder de fiscalizar.

A medida provisória foi submetida a análise do Supremo Tribunal Federal através de oito ações por seis partidos políticos e pela Ordem dos Advogados do Brasil. Na ADI nº 6.991/DF, de relatoria da Min. Rosa Weber, ficou estabelecido que, considerando os precedentes da Corte em entender que as medidas provisórias são restritas a situações que demandam relevância e urgência e que precisam observar o rol de assuntos enunciados pela Emenda Constitucional nº 32/2001, é inviável a “veiculação de matérias atinentes a direitos e garantias fundamentais”.²⁰⁵

Ainda que se argumentasse que o normativo “apenas disciplina o exercício dos direitos individuais nas redes sociais, maximizando sua proteção”, a espécie normativa utilizada seria considerada inadequada. Pontuou que, considerando a relevância do tema e a discussão do tema pelo Congresso Nacional no Projeto de Lei nº 2.630/2020 – cunhada de Lei das *Fake News*, uma alteração ou regulação desse tipo depende de discussão legislativa²⁰⁶. Por fim, concedeu a liminar para suspender os efeitos da MP nº 1.068, de 6 de setembro de 2021²⁰⁷.

Em uma situação de quase coordenação, o Presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, devolveu a Medida Provisória²⁰⁸, sob o argumento de que, ao alterar sem consulta o

²⁰³ MONTEIRO, Artur Pericles Lima. Armadilhas à liberdade de expressão na MP 1068/2021. JOTA: Supra, 14/09/2021. Disponível em <<https://www.jota.info/stf/supra/armadilhas-a-liberdade-de-expressao-na-mp-1068-2021-14092021>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.991/DF. Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB). Interpelado: Presidente da República. Ministra Rosa Weber, 14/09/2021. Disponível em <<https://images.jota.info/wp-content/uploads/2021/09/adi-6991-mc.pdf>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ FALCÃO, Marcio; VIVAS, Fernanda. **Rosa Weber suspende MP que limita remoção de conteúdo em redes sociais**. G1: Política, Brasília, 14/09/2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/09/14/rosa-weber-suspende-mp-que-limita-remocao-de-conteudo-em-redes-sociais.ghtml>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²⁰⁸ GARCIA, Gustavo; ORTIZ, Delis. **Pacheco devolve MP de Bolsonaro que limita remoção de conteúdo nas redes sociais**. G1: Política, Brasília, 14/09/2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/09/14/pacheco-devolve-mp-de-bolsonaro-que-limita-remocao-de-conteudo-nas-redes-sociais.ghtml>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

Marco Civil da Internet em um prazo exíguo para adaptação, prevendo responsabilização imediata das plataformas em situações de inobservância das novas regras, o Presidente Jair Bolsonaro teria causado notável insegurança jurídica, abdicando do grande esforço legislativo e da sociedade civil na construção do Marco Civil.

Relevante pontuar que o conceito de liberdade de expressão enunciado pela Constituição Federal de 1988 não confere proteção a edição da medida provisória, uma vez que em “sua dimensão individual, como um direito subjetivo, a liberdade de expressão não é absoluta, nem mesmo ilimitada”²⁰⁹, encontrando seus limites na lei.

Conforme aponta Luna Van Brussel²¹⁰, a teoria tradicional da liberdade de expressão foi pensada para um mundo de escassez de informações, em que a maior ameaça, considerando a quantidade pequena de fontes de conhecimento, se manifestava na censura estatal. Contudo, a internet não só proporcionou uma maior democratização do conhecimento, como transformou toda e qualquer pessoa em uma fonte de informação. Nesse diapasão:

A internet revolucionou essa dinâmica em aspectos relevantes. O mais importante deles foi a facilitação do discurso: ao criar uma estrutura permitindo que qualquer indivíduo fale para um número expressivo de pessoas — sem depender da intermediação de veículos de mídia, investimento financeiro ou da disputa de espaço —, a era digital diversificou as fontes e multiplicou exponencialmente a quantidade de informação disponível.

A situação que prevalece agora não é mais de escassez, mas escassez de informação, em que “não é possível conhecer toda a informação disponível e o livre mercado de ideias não leva mais à depuração da verdade”²¹¹. Além disso, mudando-se o contexto, mudam-se os problemas. As práticas de censura não consistem mais no cerceamento do discurso, mas em:

(i) uma série de ataques pessoais aos oradores, como o uso de trolls e campanhas de cancelamento coordenadas, para atacar a imprensa e outros críticos — sejam eles instituições ou indivíduos; e (ii) táticas de inundação da internet que distorcem ou “afogam” em um mar de postagens aquelas que sejam contrárias, seja pela disseminação de notícias fraudulentas, pelo financiamento de falsos “jornalistas” e pelo emprego de bots para fins propagandísticos.

O Estado, antes na posição de censor, passou a ter a função de intervir para garantir que a liberdade de expressão não seja cerceada, conforme é possível se ver na atuação contra a medida provisória. Antes, a liberdade de expressão, principalmente nas concepções liberais, era

²⁰⁹ MENDES, Laura Schertel Ferreira, 10/09/2021, *op. cit.*

²¹⁰ BARROSO, Luna Van Brussel. **A democracia e a liberdade de expressão**. O GLOBO: Fumus boni iuris, 30/04/2021. Disponível em <<https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/luna-van-brussel-barroso-democracia-e-liberdade-de-expressao.html>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²¹¹ *Ibidem*.

um princípio garantidor da democracia e, hoje, esse direito fundamental tem sido utilizado para descredibilizar as instituições democráticas.

4.4. Caso Allan dos Santos e o “Terça-Livre”

O “Terça-livre” é um portal de notícias criado por Allan dos Santos e por Italo Lorezon, que tem como objetivo veicular informações através redes sociais – o Youtube e o Twitter – que, em tese, não seriam divulgadas pela mídia tradicional e que seriam de interesse dos cidadãos²¹². O canal, no entanto, de espectro político da extrema-direita, ganhou projeção política durante as eleições de 2018²¹³, ocasião que estreitou os seus laços políticos com o Presidente Bolsonaro, divulgando *fake news* de cunho favorável ao governo²¹⁴.

O portal, no entanto, teve suas contas suspensas no Twitter²¹⁵ e encerradas no Youtube, por violação dos termos de uso da plataforma, justamente por propagar desinformação²¹⁶. Anteriormente, haviam sido reativadas por determinação judicial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²¹⁷ e, recentemente, haviam sido suspensas novamente por determinação do Supremo Tribunal Federal²¹⁸.

Allan dos Santos, seu principal porta-voz, dirigia ataque diretos a ministros do Supremo Tribunal Federal. Em junho de 2021, quando foi alvo de uma operação da Polícia Federal, Allan proferiu as seguintes palavras de ataque ao Ministro Alexandre de Moraes:

“Moralmente falando, a sua conduta (Alexandre de Moraes), é a de um verme. Um verme imoral, deu para entender isso, Alexandre? Um verme, um lixo. [...] Colocar brasileiro contra brasileiro. Sabe quem fazia isso, Alexandre? Hitler, Stalin, Mao Tsé-Tung. [...] A sua conduta é a conduta de um verme. Pode fazer o que você quiser, você não vai me calar. [...] Você não tem honra, você não sabe o que é honra. Sabe como chegou a ser ministro da Suprema Corte? Vendendo sua alma. (...) Pode mandar a PF, pode mandar fazer busca e apreensão, eu vou continuar dizendo que a sua conduta

²¹³ **CPMI ouve Allan dos Santos, blogueiro acusado de liderar rede de fake news.** Veja: Política, 05/11/2019. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/politica/cpmi-ouve-allan-dos-santos-blogueiro-acusado-de-liderar-rede-de-fake-news/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²¹⁴ *Ibidem*. Nesse sentido, ainda, destaca-se que o blogueiro provocou a perseguição a uma jornalista do Estadão, Constança Rezende, dizendo que ela teria admitido que as denúncias feitas no jornal sobre o esquema de desvio de dinheiro comandado por Flávio Bolsonaro tinham apenas o objetivo de destruí-lo *apud* FORTUNA, Deborah. Entenda a polêmica envolvendo Bolsonaro e fake news sobre jornalista. Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/03/11/interna_politica,742259/entenda-o-caso-envolvendo-bolsonaro-e-fake-news-sobre-jornalista.shtml>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²¹⁵ **Por ordem do STF, Twitter bloqueia duas contas do blogueiro bolsonarista Allan dos Santos.** G1: Brasília, 09/10/2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/10/09/por-ordem-do-stf-twitter-bloqueia-duas-contas-do-blogueiro-bolsonarista-allan-dos-santos.ghtml>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²¹⁶ **Google remove canal bolsonarista Terça Livre do YouTube por propagar fake news.** Istoé, 16/07/2021. Disponível em <<https://istoe.com.br/google-remove-canal-bolsonarista-terca-livre-do-youtube-por-propagar-fake-news/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²¹⁷ FEITOSA JÚNIOR, Alessandro. **Canal bolsonarista Terça Livre volta ao ar no YouTube após nova decisão judicial.** G1: Economia, 22/07/2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/07/22/canal-bolsonarista-terca-livre-volta-ao-ar-no-youtube-apos-decisao-judicial.ghtml>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²¹⁸ **Por ordem do STF, Twitter bloqueia duas contas do blogueiro bolsonarista Allan dos Santos.** G1: Brasília, 09/10/2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/10/09/por-ordem-do-stf-twitter-bloqueia-duas-contas-do-blogueiro-bolsonarista-allan-dos-santos.ghtml>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

é imoral, pífia, pérfida. A sua alma já é corrupta, Alexandre, porque você não sabe o que são valores.”²¹⁹

Seus ataques, contudo, não se restringiam aos ministros do Supremo Tribunal Federal. Conforme demonstra investigação da Polícia Federal, Allan tentava orquestrar o fim do Estado Democrático de Direito através de uma intervenção militar²²⁰. Após um protesto contra o governo, época em que enfrentavam a crise gerada pela saída do Ministro da Justiça Sérgio Moro, o investigado teria dito a Mauro Cesar Barbosa Cid, chefe da Ajudância de Ordem da Presidência e assessor de Jair Bolsonaro, que “as Forças Armadas precisam entrar urgentemente”²²¹.

O blogueiro, no entanto, negou em sua oitiva que organizasse atos antidemocráticos e que participava deles somente na condição de jornalista. Diz ainda que não defende intervenção militar ou qualquer ação do tipo e que, sabendo que as pessoas que participam da manifestação não possuem conhecimento histórico-literário, procura entender suas motivações e esclarecer que um ato autoritário de tomada de poder não é a melhor opção²²². No entanto, em conversas obtidas em investigação, Allan mencionava decisões do STF e concluía que “não dava mais”²²³, insinuando que não era possível continuar com a democracia.

Em 21 de outubro de 2021, foi determinada nos autos do Inquérito das *Fake News* a sua prisão preventiva, bem como sua extradição dos Estados Unidos da América²²⁴. A representação da Polícia Federal esclarece

Citado cidadão, a pretexto de atuar como jornalista em um canal (Terça-livre) divulgado em redes sociais (Youtube e outros), reiteradamente produz e difunde conteúdos que demonstram aderência voluntária ao mesmo modo de agir da associação especializada ora investigada, focada nos mesmos objetivos: atacar

²¹⁹ **Alvo de ação da PF, blogueiro diz que Alexandre de Moraes é ‘verme imoral’**. Istoé: Brasil, 16/06/2020. Disponível em <<https://istoe.com.br/alvo-de-acao-da-pf-blogueiro-diz-que-alexandre-de-moraes-e-verme-imoral/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²²⁰ MACEDO, Fausto; MOTTA, Raíssa; NETTO, Paulo Roberto; ORTEGA, Pepita; PIRES, Breno. ‘**As FFAA precisam entrar urgentemente**’, disse Allan dos Santos a assessor de Bolsonaro, aponta PF. Estadão: Política, Blog do Fausto Macedo, São Paulo e Brasília, 19/09/2020. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-ffaa-precisam-entrar-urgentemente-disse-allan-dos-santos-a-assessor-de-bolsonaro/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²²¹ Ibidem.

²²² MACEDO, Fausto; MOTTA, Raíssa; NETTO, Paulo Roberto; ORTEGA, Pepita; PIRES, Breno. **Mensagens de Allan dos Santos a assessor de Bolsonaro contradizem depoimento do blogueiro à PF**. Estadão: Política, Blog do Fausto Macedo, São Paulo e Brasília, 19/09/2020. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/mensagens-de-allan-dos-santos-a-assessor-de-bolsonaro-contradizem-depoimento-do-blogueiro-a-pf/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²²³ Ibidem.

²²⁴ CURY, Teo; HIRABAHASI, Gabriela; LIMA, Daniela. **Alexandre de Moraes determina prisão de Allan dos Santos**. CNN Brasil: Política, Brasília e São Paulo, 21/10/2021. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/alexandre-de-moraes-determina-prisao-de-allan-dos-santos/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

integrantes de instituições públicas, desacreditar o processo eleitoral brasileiro, reforçar o discurso de polarização; gerar animosidade dentro da própria sociedade brasileira, promovendo o descrédito dos poderes da república, além de outros crimes.

O modelo utilizado por Allan dos Santos é o *firehose/firehosing*²²⁵. A prática consiste em uma estratégia de “disseminação de uma informação, que pode ser mentirosa, em fluxo constante, repetitivo, rápido e em larga escala”. As pessoas seriam verdadeiramente bombardeadas com a informação em vários veículos, criando uma sensação de familiaridade com a mensagem, sentimento que leva esses indivíduos a aceitarem determinados conteúdos como verdadeiros²²⁶.

Conforme descreve a Polícia Federal, suas características são:

a) em “alto volume” e por multicanais, implicando em variedade e grande quantidade de fontes; b) rápida, contínua e repetitiva, focada na formação de uma primeira impressão duradoura no receptor, a qual gera familiaridade com a informação e, conseqüentemente, sua aceitação; c) sem compromisso com a verdade; e d) sem compromisso com a consistência do discurso ao longo do tempo (i.e., uma nova difusão pode contrariar absolutamente a anterior sem que isso gere perda de credibilidade do emissor).²²⁷

A tática de manipulação da opinião pública foi amplamente utilizada por Vladimir Putin em 2014 pelo advento da Guerra da Crimeia, em que a divulgação em massa de meias informações ou ficções completas foram utilizadas como justificativa da anexação do território²²⁸. O *firehosing* também se mostrou presente nas eleições americanas e brasileiras, sendo exposta nesta última por reportagem que denunciou que empresários bancaram campanhas difamatórias contra o Partido dos Trabalhadores pelo aplicativo WhatsApp²²⁹.

O órgão de investigação ainda aponta que, no bojo do Inquérito nº 4828, os dados compartilhados através de requisição judicial demonstram que a receita do canal “Terça-livre” não advinha exclusivamente da monetização do canal, mas de doações feitas diretamente pelo canal através de usuários da rede – o *superchat*. Em apenas um mês, o Terça livre recebeu 649, correspondente a 41% (quarenta e um por cento) do total, de transações sem cadastro de pessoa

²²⁵ Conforme citação da própria Polícia Federal no Ofício nº 4368454/2021 – SR/PF/DF: PAUL, Christopher e MATTHEUS, Miriam. The Russian Firehose of Falsehood Propaganda Model. Why it Might Work and Options to Counter It. Rand Corporations. 2016. Disponível em <<https://www.rand.org/pubs/perspectives/PE198.html>>. Acessado em 05/08/2021 *apud* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4781 (Inquérito Policial 2021.0052061). Requerente: em sigilo. Min. Alexandre de Moraes, 05 de outubro de 2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/10/FA7585DF31CE2D_representacao-pf.pdf>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²²⁶ MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital**. 1ª Edição. Companhia das letras, 2020, posição 191-192.

²²⁷ Definição feita pela Polícia Federal no Ofício nº 4368454/2021, *op. cit.*

²²⁸ MELLO, Patrícia Campos, 2020, p. 192.

²²⁹ *Ibidem*.

física informado de montantes significativos – um deles chegava a R\$40.350,00 (quarenta mil trezentos e cinquenta reais). Ressalte-se que esse foi o período de preparação que antecederam atos antidemocráticos que aconteceram no país²³⁰. Além disso, os donos do canal ainda recebiam doações diretas em suas contas bancárias, combinando com doadores a declaração do valor doado.

“Além das doações feitas pelas plataformas já citadas, ALLAN DOS SANTOS e seu sócio ITALO LORENZON NETO também recebiam doações diretas em suas contas bancárias, conforme se observou no material apreendido. Como por exemplo ANA GLÓRIA manda mensagem para ALLAN afirmando o quanto teria informado (R\$ 70 mil) em sua declaração de imposto de renda de doação para ITALO (servidora pública)”²³¹.

Diferente do alegado pela base de apoio do canal que diz que estaria sendo perseguido por sua opinião, Allan dos Santos teve sua prisão preventiva determinada por:

Em dias não especificados nos autos, no período compreendido entre 2018 e a presente data, em locais diversos e pela rede mundial de computadores, ALLAN LOPES DOS SANTOS, aderindo voluntariamente sua conduta ao desígnio de outras pessoas, integra organização criminosa voltada à prática dos crimes de ameaça, incitação à prática de crimes, calúnia, difamação, injúria e outros, com o objetivo de auferir vantagem econômica oriunda da monetização e de doações e tendo como consequência a desestabilização do Estado Democrático de Direito, além de ocultar ou dissimular a natureza, origem, movimentação ou propriedade de valores decorrentes da atividade criminosa, por meio da utilização de serviços de doação das plataformas da rede mundial de computadores.

Os donos do canal “Terça-livre” estavam vendendo a democracia: difundiam “teorias conspiratórias voltadas a desacreditar pessoas ou instituições, sua aderência à associação identificada se faz mais por motivos venais, utilizando o caminho do agravamento da polarização político-ideológica com o principal objetivo de “fazer dinheiro”²³².

A conclusão da análise pontua cabalmente que Allan dos Santos não teve sua prisão preventiva decretada *apenas* por exercer sua liberdade de expressão, mas que utilizou as redes sociais para criar uma organização criminosa com o objetivo de atacar a democracia, bem como agentes públicos, para obter vantagens econômicas. Nesse sentido, a manifestação do Ministério Público Federal pontua relevantemente:

²³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4781 (Inquérito Policial 2021.0052061)**. Requerente: em sigilo. Min. Alexandre de Moraes, 05 de outubro de 2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/10/0B52DECFA6F90D_decisao-prisao.pdf>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²³¹ Ibidem.

²³² Ibidem.

17.1 As chamadas redes sociais não são apenas espaço de liberdade de expressão. Os usuários das redes sociais com muitos seguidores podem auferir renda das próprias plataformas a partir do volume de tráfego que geram, a quantidade de seguidores que arrebanham, o universo de pessoas que alcançam com suas mensagens, a sua capacidade de influenciar seus seguidores.

[...]

17.3 Com o objetivo de lucrar, estes canais, que alcançam um universo de milhões de pessoas, potencializam ao máximo a retórica da distinção amigo-inimigo, dando impulso, assim, a insurgências que acabam efetivamente se materializando na vida real, e alimentando novamente toda a cadeia de mensagens e obtenção de recursos financeiros.

[...]

20 Trata-se de um negócio lucrativo, especialmente quando milhões de pessoas são postas em contato com vídeos batizados com títulos expressivos como “Bolsonaro rebate conspiradores”, “Bolsonaro dá ultimato para sabotadores e intromissões”, “Bolsonaro invade STF”, “A Força de Bolsonaro é maior que Congresso e STF”, “Bolsonaro e Forças Armadas fechados em um acordo para o Brasil” e “STF decidiu eliminar Bolsonaro” que, em tese, renderam valores expressivos a Ernani Fernandes Barbosa Neto e Thais Raposo do Amaral Pinto Chaves, responsáveis pelo canal “Folha Política”, e Alberto Junio da Silva, administrador do canal “O Giro de Notícias”, no YouTube, bem como a vários outros perfis semelhantes.

Sob a argumentação de que são uma minoria política com uma verdade incômoda e que estão sendo perseguidos e, conseqüentemente, censurados, o grupo divulga material “com ataques aos Poderes de Estado e instituições democráticas, seja por meio de ofensas diretas a agentes políticos que não sejam alinhados à sua ideologia e discurso ou que tenham em algum momento divergido do posicionamento político”.²³³

Não se busca defesa da liberdade de expressão, mas sim de, através de discurso de ódio e *fake news*, perseguir, cercear e atacar figuras que possuem opiniões diferentes, além de investir contra a democracia para impor um governo autoritário²³⁴ que limite a liberdade de se expressar dos adversários. O problema, evidentemente, não parece versar sobre liberdade de manifestação, mas sim sobre um grupo que o usa o discurso de censura para fins escusos.

Nesse esteio, destaca-se que Allan dos Santos organizava reuniões com deputados apoiadores do governo²³⁵, enquanto negociava também cargos no governo com o filho do presidente, o Deputado Eduardo Bolsonaro²³⁶. Dentre os objetivos do blogueiro, estavam a

²³³ Ibidem.

²³⁴ MACEDO, Fausto; MOTTA, Raíssa; NETTO, Paulo Roberto; ORTEGA, Pepita; PIRES, Breno, 19/09/2020, *op.cit.*

²³⁵ MACEDO, Fausto; MOTTA, Raíssa; NETTO, Paulo Roberto; ORTEGA, Pepita; PIRES, Breno. **Autor de mensagem que ‘sugere’ intervenção militar, Allan dos Santos organizava reuniões com deputados bolsonaristas, apontam depoimentos.** Estadão: Política, Blog do Fausto Macedo, São Paulo e Brasília, 19/09/2020. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/autor-de-mensagem-que-sugere-intervencao-militar-allan-dos-santos-organizava-reunioes-com-deputados-bolsonaristas/>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²³⁶ MACEDO, Fausto; MOTTA, Raíssa; ORTEGA, Pepita. **PF diz que Allan dos Santos tentou emplacar nome na Secretaria de Radiodifusão e negociou programa para a TV Brasil.** Estadão: Política, Blog do Fausto Macedo, 05/06/2021. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-diz-que-allan-dos-santos->

utilização da máquina pública para implementar ações de desinformação e “materializar a ira popular contra os governadores/prefeitos”²³⁷.

O objetivo do que ficou cunhado como “Gabinete do Ódio”, organização a qual o canal Terça-Livre integrava, era “executar estratégias de confronto ideológico e de radicalização dos ataques nas redes sociais contra adversários”²³⁸.

Conforme se investiga na CPMI da *Fake News*, a Secretaria de Comunicação do atual governo teria repassado mais de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) a canais e sites que divulgavam desinformação e faziam a promoção pessoal do Presidente Jair Bolsonaro e seu filho Flávio Bolsonaro²³⁹.

A liberdade de expressão encontra, dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, sua limitação nas leis. A proteção da honra e da dignidade são diretrizes presentes em tipos penais que proíbem a criação de conteúdo ofensivo e que repute sem provas crimes a alguém. Em um contexto fora da discussão da desinformação, já seria passível de punição as ameaças e as ofensas feitas por Allan dos Santos. Contudo, elas se tornam mais graves quando se verifica a criação e o espreitamento ordenado de notícias para minar a confiança da população em um ministro, para intimidá-lo a não realizar o seu trabalho constitucionalmente previsto.

tentou-emplacar-nome-na-secretaria-de-radiofusao-negociou-programa-de-entrevista-para-a-tv-brasil-com-ex-chefe-da-secom-e-quis-usar-eduardo-bolsonaro-para-abrir-por/>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ PEREIRA, Tiago. **CPI da Covid vai investigar atuação do "gabinete do ódio" na pandemia**. Brasil de Fato: Política, 05/07/2021. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2021/07/05/cpi-da-covid-vai-investigar-atuacao-do-gabinete-do-odio-na-pandemia>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

²³⁹ PRAZERES, Leandro. **MPF abre investigação para apurar anúncios da Secom em sites que promovem a família Bolsonaro e de fake news**. O GLOBO: Política, Brasília, 10/06/2020. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/politica/mpf-abre-investigacao-para-apurar-anuncios-da-secom-em-sites-que-promovem-familia-bolsonaro-de-fake-news-24473260>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

5. Conclusão

O presente trabalho possuía como objetivo geral investigar a compatibilidade entre a liberdade de expressão enunciada na Constituição Federal de 1988 com o fenômeno da desinformação, analisando se as decisões prolatada no bojo do Inquérito nº 4.781/DF – o Inquérito das *Fake News* – haviam incorrido em censura ou se constituíam legítima limitação de discurso criminoso.

Percebe-se que a liberdade de manifestação não foi elaborada como um direito sem limites e sua aplicação, independente do momento histórico, encontrou cerceamentos baseados no conjunto de valores importantes para determinada sociedade – ou determinado governo. Nesse sentido, explorou-se duas percepções a respeito desse direito fundamental na diferenciação da experiência americana – notadamente liberal – e alemã – essencialmente comunitarista.

Os Estados Unidos da América, apesar de se considerarem um país que não limita o discurso com base em seu conteúdo, um garantidor de uma liberdade de expressão irrestrita, restringiu a externalização do pensamento no início do século passado, adotando posições liberal-utilitárias para justificar a decisão da Corte em perseguir discursos políticos contrários aos interesses políticos da época.

Ademais, ao analisar o confronto entre importantes direitos fundamentais, a tradição liberal impede que a Suprema Corte americana encare as ameaças à democracia e à igualdade, tendendo a minimizar graves ofensas à dignidade e honra, entendendo-as como a manifestação de opiniões incômodas ou reprováveis. Nesse esteio, entende-se que a mensagem que um órgão de tamanha importância passa ao ler o discurso de ódio – e atribuir relevância a ele – também influencia o mercado de ideias, demonstrando que nem sempre as ideias boas são capazes de vencer as más e que normalizar a existência de algumas ideias perniciosas pode afetar gravemente a percepção social sobre o valor de um determinado grupo na sociedade, bem como violências contra eles.

A Alemanha, no entanto, apesar de priorizar uma leitura liberal-comunitária, em que dá preferência aos interesses coletivos sobre individuais, não conseguiu, metodologicamente, criar decisões consistentes, tendo dificuldades de garantir o caráter contramajoritário da liberdade de expressão, como se verifica em *Tucholski II*. Ao estender proteção a um grupo minoritário que sofreu graves violações historicamente, mas desproteger um grupo que vem sofrendo graves ofensas, o Tribunal Constitucional Federal alemão cria uma insegurança jurídica enorme em permitir que a análise do que é tolerável ou não se baseie nos valores da Corte naquele momento

– o que pode gerar, em momentos autoritários, arbitrariedades contra o grupo que se pretende proteger.

Contudo, limitação não significa necessariamente menos liberdade de expressão. Os Estados Unidos da América, apesar de elevarem a liberdade de expressão como um valor quase absoluto e não permitir a limitação de discursos de ódio, possui uma classificação substancialmente mais baixa do que a Alemanha no Índice Mundial de Liberdade de Imprensa²⁴⁰ – enquanto a Alemanha está em 13º, os Estados Unidos da América figuram a 44ª posição.

As influências de ambas as correntes estavam presentes no *leading case* brasileiro, o Habeas Corpus nº 82.424/RS – conhecido como Caso Ellwanger. Enquanto o voto do Min. Gilmar Mendes reflete a tendência alemã de analisar a questão do discurso de ódio como um embate entre direitos fundamentais – liberdade de expressão x dignidade da pessoa humana/não ser vítima de preconceito – o voto do Min. Marco Aurélio representa a feição liberal de não limitar a liberdade de expressão ainda que essa contribua para uma sociedade menos tolerante e mais preconceituosa.

Não obstante, apesar dos ônus e bônus das decisões, todas refletem um enfrentamento doméstico do problema do *hate speech*. Apesar de constituírem um ponto de partida válido acerca do que significa liberdade de expressão, bem de quais são seus limites, naqueles lugares, a resposta judiciária não será necessariamente a resposta mais adequada para enfrentamento das *fake news*.

Analisou-se, posteriormente, o perfil do fenômeno das *fake news* e o questionamento acerca de sua criminalização, concluindo que uma resposta na esfera penal penalizando a criação e divulgação de notícias de individuais acabaria por provocar cerceamento da liberdade de expressão e criminalização da pobreza. Entende-se, no entanto, que condutas que visem à criação de *fake news* em escalas industriais, com criação de perfis falsos, disparos utilizando a técnica do *firehosing*, financiadas por particulares ou pelo poder público, no entanto poderiam penalizadas a partir da criação de um tipo penal restrito.

Por fim, investigou-se as decisões que determinaram a remoção de conteúdo e prisões no âmbito do Inquérito nº 4.781/DF. Nesse sentido, aduziu-se que as restrições não se constituíram como qualquer inovação na limitação do discurso: as ofensas e acusações sem provas de cometimento de crimes por ministros do Supremo Tribunal Federal já encontram

²⁴⁰ **Classificação Mundial da Liberdade de Imprensa 2021.** Repórteres sem fronteiras. Disponível em <<https://rsf.org/pt/classificacao%20>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

limitação dentro da legislação penal. Não se admite pelo Estado brasileiro ofensas à honra, subjetiva ou objetiva, de um indivíduo, tipos penais que os ofensores incorreram ao propagar mentiras. Ademais, verifica-se que, com a manipulação da opinião pública, o objetivo desses individuais é destruir a confiança nesses agentes e, através de tecnologia, suprimir a liberdade de expressão de outros individuais com ameaças constantes de *fake news*.

Referências

ABBOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake News e Regulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ALLCOTT, Hunt e GENTZKOW, Matthew. Social media and fake news in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, volume 31, n. 2, 2017.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 331 *In* MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital**. 1ª Edição. Companhia das letras, 2020.

BALKIN, Jack M. **Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society**. *New York University Law Review*, v.1, n.79, 2004.

_____. **The Future of Free Expression in a Digital Age**. *Pepperdine Law Review*, v. 36, 2008.

_____. **Old-School Speech Regulation/New-School Speech Regulation**. *Harvard Law Review*, v. 127, p. 2296-2342, 2014.

BAVARESCO, Agemir; SANTOS, João Vitor Freitas dos; KONZEN, Paulo Roberto. **Princípio da Utilidade e Liberdade de Expressão e de Informação, em Sobre a Liberdade, de J. S. Mill**. *Ágora filosófica*, Ano 12, n. 1, jan./jun. 2012 – 7.

BERG, Chris. **In Defense of Freedom of Speech: from Ancient Greece to Andrew Bolt**. Melbourne: Institute of Public Affairs and Mankal Economic Education Foundation/Ligare, 2012.

BRACO, Paulo Gonet; VELLOSO, João Carlos Banhos. **A questão penal no entorno das fake news**. *Migalhas: Migalhas de peso*, 03/08/2020, *op. cit.*

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4781 (Inquérito Policial 2021.0052061)**. Requerente: em sigilo. Min. Alexandre de Moraes, 05 de outubro de 2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/10/0B52DECFA6F90D_decisao-prisao.pdf>. Acesso em 21 de out. de 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 de out. de 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25/03/1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 24 de out. de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 24 de out. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 7 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.834, de 4 de junho de 2019**. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para tipificar o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13834.htm>. Acesso em 21 de out. de 2020.

BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm>. Acesso em 24 de out. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.068, de 6 de setembro de 2021**. Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, e a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre o uso de redes sociais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm. Acesso em: 7 out. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2630/2020, institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01az6sda6g73c7pw>

rgcgqlcl6x8226895.node0?codteor=1909983&filename=PL+2630/2020>. Acesso em 21 de out. de 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.812 de 2017**. Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impretrantes: Werner Cantalício, João Becker e outra. Min. Moreira Alves, 17/09/2003. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781/DF. Requerente: sob sigilo. Min. Alexandre de Moraes, 16/02/2021. Disponível em <<https://static.poder360.com.br/2021/02/decisao-STF-prisao-Daniel-Silveira.pdf>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

Brown v. Board of Education of Topeka I 347 US 483 (1954). Oyez. A íntegra do caso está disponível em <<https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>>. Acesso em 21 de outubro de 2021.

BRUGGER, Winfried. O comunitarismo como teoria social e jurídica por trás da Constituição alemã. Trad. Felipe de Melo Fonte e Paola Enham Dias. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, ano 3, n. 11, jul./set. 2008.

BURG, Daniel Allan; GREGGO, Marcela. Criminalização das fake news exige a criação de um novo tipo penal. Conjur, 27/02/2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/opinioao-criminalizacao-fake-news-tipo-penal>>. Acesso em 23 de out. de 2021.

BVerfGE 90, 241-255 "Auschwitz lie" [Summary of issue omitted] Decision of the First Senate in accordance with § 24 Federal Constitutional Court Act - 1 BvR 23/94. A íntegra do caso, bem como a descrição utilizada, está disponível em <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=621>>. Acesso em 18 de out. de 2021.

BVerfGE 93, 266 - 312 I. Senate Soldiers-murderers 1 BvR 1476, 1980/91 and 102,221/92. A íntegra do caso, bem como a descrição utilizada, está disponível em <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=620>>. Acesso em 18 de out. de 2021.

Cambridge Dictionary. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHADWICK, Paul. **Defining fake news will help us expose it**. The Guardian: 12/05/ 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/media/commentisfree/2017/may/12/defining-fake-news-will-help-us-expose-it>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

DEMM, Eberhard. **Censorship**. International Encyclopedia of the First World War. Disponível em <<https://encyclopedia.1914-1918-online.net/article/censorship>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

DEMORI, Leandro; DIAS, Tatiana. **Criminalizar fake news é uma péssima ideia**. The Intercept Brasil: 06/11/2019. Disponível em <<https://theintercept.com/2019/11/06/criminalizar-fake-news-e-uma-pessima-ideia/>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em 20 de out. de 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente. DireitoGV, São Paulo, ano 2, n. 6, jul./dez. 2010.

GLENDON, Mary Ann. Rights Talk. **The impoverishment of political discourse**. New York: The Free Press, 1991.

Imperial Press Law (May 7, 1874). Disponível em <https://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=1831>. Acesso em 24 de out. de 2021.

KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade**. Tradução de André Czarnobai e Marcela Duarte. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

LIVRAMENTO, Marina Tanabe; PEREIRA, Rafael. **“Fake news”, Covid-19 e Direito Penal**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.3, p. 22203-22222, mar. 2021.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ªed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 *apud* ROSA, Anderson Relva; RIZATO JUNIOR, Waldomiro Antonio. Liberdade de Expressão em John Locke.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte especial (art. 121 e 212) – v. 2. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital**. 1ª Edição. Companhia das letras, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. – (Série IDP).

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Medida Provisória subverte conceito de liberdade na internet**. O GLOBO: Fumus boni iuris, 10/09/2021. Disponível em <<https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/laura-schertel-mendes-medida-provisoria-subverte-conceito-de-liberdade-na-internet.html>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: RT, 2009, p. 92. Definição semelhante pode ser encontrada em LEWIS, Anthony. Liberdade para as ideias que odiamos. São Paulo: Aracati, 2011.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: RT, 2009.

ROSENFELD, Michel. **Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis**. Cardozo Law Review 1523, 2003. Disponível em <<https://larc.cardozo.yu.edu/faculty-articles/148>>. Acesso em 16 de out. de 2021.

Nazi propaganda and censorship. Holocaust Encyclopedia. Disponível em <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/nazi-propaganda-and-censorship>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

NUSSDORFER, Laurie. **Civic Politics in the Rome for Urban VIII**. Princeton University Press, 2019, pp.8–10. Disponível em <https://books.google.com.br/books?id=Mx2NDwAAQBAJ&pg=PA10&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 24 de out. de 2021.

R. A. V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992). A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/>>. Acesso em 13 de out. de 2021.

RASKIN, Henrique. **A Tradição Alemã do Liberal-Comunitarismo.** Estadão: Estado da arte, 08/05/2018. Disponível em <<https://estadodaarte.estadao.com.br/a-tradicao-alema-do-liberal-comunitarismo/>>. Acesso em 24 de out. de 2021.

ROSA, Anderson Relva; RIZATO JUNIOR, Waldomiro Antonio. **Liberdade de Expressão em John Locke.** In: OLIVEIRA, Armando Albuquerque; BEÇAK, Rubens. **XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília/DF: Teorias da Democracia e Direitos Políticos.** Brasília: CONPEDI, 2016. Disponível em <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/66sv2326/6oCD69AHE4wtHZ9x.pdf>>. Acesso em 13 de out. de 2021.

Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919). A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>>. Acesso em 11 de out. de 2021.

SELZNICK, Philip. The Idea of a Communitarian Morality. *California Law Review*, n. 75, 1987.

SENNETT, Richard. **Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual.** Rio de Janeiro: Record, 2004.

SHAO, Chengcheng; CIAMPAGLIA, Giovanni Luca; VAROL, Onur; YANG, Kai-cheng; FLAMMINI, Alessandro; MENCZER, Filippo. **The spread of fake news by social bots.** *Nature Communications, Indiana*, v. 9, n. 1, p. 1-17, 20 nov. 2018. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1038/s41467-018-06930-7>. Disponível em: <<https://www.andyblackassociates.co.uk/wp-content/uploads/2015/06/fakenewsbots.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989). A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/>>. Acesso em 13 de out. de 2021.

United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010). A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/559/460/>>. Acesso em 16 de out. de 2021.

VIOLANTE, João Luís Mousinho dos Santos Monteiro. **O caso Ellwanger e seu impacto no direito brasileiro.** Tese (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2010.

Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003). A íntegra do caso está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/343/>>. Acesso em 14 de out. de 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Fragilità e forza dello stato costituzionale.** Roma: Editoriale scientifica, 2006, p. 14 *In* BONFIM, Marcos. A exclusão da conta de Trump no Twitter: o caráter relativo da liberdade de expressão. Jus: Janeiro/2021. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/87962/a-exclusao-da-conta-de-trump-no-twitter-o-carater-relativo-da-liberdade-de-expressao>>. Acesso em 24 de out. de 2021.