

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A INVESTIGAÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES ANTIDEMOCRÁTICAS NO INQUÉRITO Nº 4828: A LIBERDADE, PARA SER LIVRE, PRECISA SE AUTORRESTRINGIR?

FREEDOM OF EXPRESSION AND THE INVESTIGATION OF ANTIDEMOCRATIC MANIFESTATIONS IN SURVEY Nº 4828: DOES FREEDOM NEED TO SELF-RESTRICT TO BE FREE?

Flávia Piva Almeida Leite^I 

Cintia Barudi Lopes^{II} 

Thiago Luiz dos Santos^{III} 

^I Universidade Estadual Paulista `Julio de Mesquita Filho, Botucatu, SP, Brasil. Doutora em Direito. E-mail: flavia.leite@unesp.br

^{II} Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil. Doutora em Direito. E-mail: c.barudi@uol.com.br

^{III} Escola Paulista de Direito, São Paulo, SP, Brasil. Especialista em Direito Contratual. E-mail: thiago.dos.santos.academico@gmail.com

Resumo: O presente artigo científico se propõe a examinar a possibilidade de se restringir a liberdade de expressão para preservação da Democracia, assim como analisar a constitucionalidade do Inquérito 4828. Considerando-se o agravamento da crise política, que resultou em terreno fértil às manifestações antidemocráticas, perquiriu-se se é preciso limitar a liberdade de expressão caso represente ameaças ao regime democrático ou às liberdades em geral. Portanto, iniciou-se com o estudo da liberdade de expressão, seus corolários e a possibilidade de sua limitação segundo Robert Alexy. Após, analisou-se o Estado Democrático de Direito como seu fator limitador, os principais riscos que seus excessos representam à Democracia e os elementos que, para preservação desta, restringem a “libertinagem de expressão”. Conjuminando-se tais ideias, pugnou-se pela constitucionalidade do Inquérito 4828, apesar de suas medidas austeras. Todavia, precisou-se alertar sobre a exacerbação do ativismo judicial e seus riscos à democracia. Conclui-se que a liberdade, para ser livre, precisa se autorrestringir. Entretanto, faz-se imprescindível a vigilância social das instituições, para que não se substitua as ameaças provenientes do Executivo por outras advindas do Judiciário. As pesquisas foram realizadas através do método hipotético-dedutivo e sustentadas em doutrina, artigos científicos e jurisprudência brasileira, assim como em consulta a sites nacionais.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Ameaças à Democracia; Autorrestrição da liberdade; Inquérito 4828.

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v16i38.203>

Recebido em: 13.08.2020

Aceito em: 16.08.2020



Abstract: This scientific article analyzes the possibility of restricting freedom of expression for preserving Democracy, as well studies the constitutionality of Inquiry 4828. Considering the worsening of the political crisis, which resulted in fertile ground for anti-democratic manifestations, this article examined if it is necessary to limit freedom of expression if it represents threats to the democratic regime or to the freedoms. Therefore, it started with the study of freedom of expression, its corollaries and the possibility of its limitation according to Robert Alexy. Afterwards, the Democratic State was analyzed as limiting factor, the main risks that excesses of freedom of expression represent to Democracy and the elements that, for its preservation, restrict the “profligacy of expression”. Combining these ideas, the constitutionality of Inquiry 4828 was defended, despite its austere measures. However, was necessary warning about the exacerbation of judicial activism and its risks to democracy. It concludes that freedom, to be free, needs to restrict itself. However, social surveillance of institutions is essential, so that threats from the Executive cannot be replaced by Judiciary’s ones. All researches were obtained by the hypothetical-deductive method and supported by doctrine, scientific articles and Brazilian jurisprudence, as well by consulting national websites.

Keywords: Freedom of expression; Threats to Democracy; Self-restriction of freedom; Inquiry 4828.

Introdução

Erigida em valor supremo pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a liberdade é direito fundamental de primeira dimensão cuja trajetória histórica é noticiada por Ingo Wolfgang Sarlet¹ tendo sua gênese na ideia da religião (o ser humano como imagem e semelhança de Deus) e da filosofia (unidade e igualdade dos homens em dignidade). Discorre o mesmo autor que tal direito fora amplamente desenvolvido na Idade Média, tendo como ponto basal a filosofia de Santo Tomás de Aquino.

Segundo o supracitado autor, a liberdade passou pela fase de transição dos postulados jusnaturalistas para sua positivação constitucional na Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (1776), na Constituição dos Estados Unidos da América (1787), na Declaração Francesa e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (ambas de 1789).

Completando sua evolução histórica, o respeitável autor discorre que a liberdade se consagrou desde as primeiras constituições escritas, sendo fruto do pensamento liberal-burguês, afirmando os direitos do indivíduo frente ao Estado, demarcando o território onde este não deveria intervir.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Ampliou-se a tal modo que não se fala mais em liberdade, mas em liberdades, amalgamando sob sua rubrica a liberdade de locomoção, pensamento, expressão, religião, associação, eleger e ser eleito. Assim, vincularam-se intrinsecamente os conceitos de liberdade e democracia.

Todavia, o perpassar dos séculos não foi marcado apenas por evoluções nas liberdades; ao contrário: estas somente se arraigaram após lutas infundáveis contra a tirania e suas diversas – e muitas vezes aparentemente opostas – formas de expressão. Neste sentido, os estudos da obra: “Sobre a revolução”, da filósofa Hannah Arendt, desenvolvidos com pena de ouro por Yara Frateschi²:

O cenário da Guerra Fria tangencia o livro [*Sobre a revolução*, Hannah Arendt], como não poderia ser diferente, mas o diagnóstico aponta, com vistas largas, para o sepultamento da liberdade política, que se vê atacada por todos os lados: pelas “ciências desmistificadoras modernas”, a sociologia e a psicologia; pelos revolucionários de esquerda que rebaixam a liberdade a um preconceito pequeno-burguês; pela direita conservadora, que despreza a capacidade do homem comum de formar juízo político; pelo próprio Estado de bem-estar social, que mantém a liberdade pública como privilégio de uma minoria; pelo consumismo e pela letargia política da sociedade de massa; pelo sistema de partidos e pela forma representativa de governo, que exclui a maioria política; pela vitória da liberdade negativa nas sociedades liberais e a consequente desvalorização da liberdade pública.

Neste contexto de evoluções e retrocessos nas liberdades, no atual cenário de crise – a qual se intensifica nas searas sanitária, política e econômica –, o Brasil se vê diante do dilema no qual, aparentemente, a liberdade se encontra conflitando consigo mesma.

Isto porque, de um lado, proliferam-se manifestações que clamam o fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como a intervenção militar no Brasil³, estando fundamentadas, em tese, no direito à liberdade de expressão (art. 5º, IV da CRFB/88).

De outro, tais manifestações podem oferecer, em si, um risco à democracia e às instituições, e talvez necessitem ser prontamente combatidas para preservação das liberdades. Tal combate, atualmente, materializa-se no inquérito das manifestações antidemocráticas (Inquérito nº 4828), conduzido pelo STF na relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

Assim, o estudo em tela buscará analisar se a liberdade constitucionalmente consagrada é irrestrita ou se encontra limitações (e, caso positivo, quais são) e se a restrição da liberdade de expressão em nome da preservação das liberdades é um paradoxo ou um oxímoro.

Para tanto, na primeira parte do artigo serão realizados aprofundamentos sobre a liberdade de expressão, estudando-se seu conceito e desdobramentos, bem como a possibilidade de restrição de direitos fundamentais conforme a doutrina de Robert Alexy. Na segunda parte, se desenvolverão estudos sobre o estudo do Estado Democrático de Direito como fator restrigente da “libertinagem de expressão”, a forma como esta representa seriíssimos riscos à Democracia ao dar voz aos populismos e governos autocráticos e será perquirido se, em nome da ordem

2 FRATESCHI, Yara. Liberdade política e cultura democrática em Hannah Arendt. *Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, v. 21, n. 3, pp. 29-30, 2016 <https://doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v21i3p29-50>

3 Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/manifestacoes-limite-ato-antidemocratico/>>, acesso em 05 jul. 2020

democrática, seria aceitável a restrição à liberdade de expressão e, caso positivo, quais são seus principais elementos de restrição hodiernos.

Enfim, analisar-se-á o teor do inquérito 4828 e se este representa avanço ou retrocesso no exercício das liberdades.

1 Ponderação sobre a liberdade de expressão: Conceitos, desdobramentos e a possibilidade de restrição à libertinagem de expressão segundo Robert Alexy

1.1 Conceito e desdobramentos do direito fundamental à liberdade de expressão

A análise da liberdade de expressão como direito fundamental impele ao exame do conceito de direito fundamental em si. Ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais de primeira geração, Paulo Bonavides⁴ alerta que a doutrina alberga sob a mesma égide os conceitos de “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais”, mas, arrimado em Carl Schmit, concita que se devem considerar estes últimos apenas os que estão consagrados pela Constituição com alto grau de garantia e segurança (critério formal) e que são valores e princípios por ela consagrados (critério material).

Deste modo, o célebre autor supracitado continua suas preconizações estabelecendo que os direitos fundamentais, em sua origem, são unicamente os direitos de liberdade e dignidade da pessoa humana, os quais nasceram à luz do Estado burguês decorrentes da Revolução Francesa. São naturais, inalienáveis e sagrados, de titularidade do ser humano e oponíveis à soberania estatal.

Em se tratando, especificamente, de liberdade de expressão, pode-se emoldurar seu conceito nas palavras de Cecília Brito Silva e João Dias de Sousa Neto⁵, nos seguintes termos:

A liberdade de expressão é tida como uma das mais relevantes vertentes libertárias, já que consiste no direito de expressar, por qualquer meio ou forma existente, seus pensamentos, opiniões, convicções, avaliações e julgamentos sobre quaisquer temáticas.

Consiste em instrumento fundamental para a concretização da dignidade humana no Estado Moderno, de maneira que as técnicas de tratamento para implementação da tutela são extremamente permissivas, já que o Estado se abstém de qualquer intervenção.

Contudo, dentro das balizas supracitadas, há inúmeros desdobramentos decorrentes da liberdade de expressão, os quais são tratados com pena de ouro por José Afonso da Silva⁶, quem a desmembrou em liberdades: de opinião; de comunicação; de religião; de expressão intelectual, artística e científica; de expressão cultural; e de transmissão e recepção de conhecimento.

Sinteticamente, o autor acima, a liberdade de opinião é a liberdade primária, facultando ao indivíduo a adoção (ou não) de posicionamento intelectual de sua escolha: seja esta um

4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Pp. 560-564

5 SILVA, Cecília Brito e NETO, João Dias de Sousa. Os limites à liberdade de expressão quando da ocorrência de discurso de ódio: uma análise dos critérios enunciados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Anais do I Congresso Acadêmico de Direito Constitucional – Faculdade Católica de Rondônia*, p. 592, 2017, Porto Velho/RO.

6 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 241-256.

pensamento, posicionamento ou pensar e dizer o que entende ser verdadeiro. Encampa a escusa de consciência, ou seja, a liberdade de abster-se de ato que contrarie convicção pessoal, religiosa ou filosófica (como exemplo, vide art. 5º, VIII, da CRFB/88).

O respeitável jurista também delinea a liberdade de comunicação como o conjunto de direitos e condições necessárias ao exercício da criação, manifestação e compartilhamento de informações, englobando a organização dos meios de comunicação. Nela se encontra albergada a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CRFB/88) e o direito reflexo de mantê-lo em sigilo (art. 5º, LXIII); a liberdade de informação em geral, que é o direito à procura, acesso, recebimento e divulgação de informação em geral, sem quaisquer censuras prévias; e a liberdade de informação jornalística, abrangendo a divulgação de notícias, comentários e opiniões em geral, por quaisquer meios de comunicação (art. 220).

A liberdade de crença religiosa, por sua vez, é tratada pelo eminente jurista como o direito de não apenas escolher ter ou não determinada crença, como também de manifestá-la livremente, sendo garantida, pela própria Constituição, a proteção aos locais de culto e suas liturgias (art. 5º, VI).

Por liberdade de expressão intelectual, artística e científica, o jurisconsulto define como o direito de se produzir e divulgar obras científicas, artísticas, filosóficas ou afins e difundi-las sem a obrigação de prévia aprovação (art. 5º, IX, da CRF/88). Como corolário, a liberdade de expressão cultural é por ele entendida como desdobramento destas liberdades, mas que mereceu um tratamento especial da Lei Suprema (arts. 215 e 216).

Enfim, o último desdobro da liberdade de manifestação é da transmissão e recepção do conhecimento, seja por quaisquer meios de transmissão do pensamento (livros, revistas, televisão, internet, entre outros) seja por intermédio do magistério. Entretanto, mereceu especial atenção constitucional esta última vertente, dirigida aos professores de quaisquer graus de ensino, conferindo-lhes a liberdade de ensinar dentro das dimensões subjetivas e objetivas do conhecimento. A dimensão subjetiva envolve a liberdade de ensinar (confiada aos professores) e o direito de receber conhecimento (conferida aos alunos e pesquisadores), enquanto a objetiva correlaciona-se ao direito de o professor escolher o conhecimento que será transmitido, gozando de liberdade crítica e técnica para ministrar o conteúdo estabelecido nos planos de educação.

1.2 Análise da teoria externa de restrição de direitos fundamentais segundo Robert Alexy: a importância das normas como fatores coibição da libertinagem de expressão

Para os fins pretendidos no presente trabalho, considerar-se-á a libertinagem, dentre os conceitos estabelecidos no dicionário Caldas Aulete⁷ como a insubmissão e insubordinação às regras. Logo, a libertinagem de expressão será estudada sob a ótica do exercício arbitrário desta de maneira a ofender quaisquer direitos tutelados por outrem.

Perquirindo a possibilidade jurídica de se restringir um direito fundamental, encontramos na doutrina de Robert Alexy⁸ a possibilidade lógica para a sua ocorrência.

7 AULETE, Caldas. *Novíssimo Aulete dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011, p. 854.

8 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 276-285

Na tentativa hercúlea de resumir o denso entendimento do jurista alemão, expõe-se que este é adepto à teoria externa da restrição dos direitos, segundo a qual esta se compõe por dois elementos: o direito em si e a sua restrição, ambos ligados a uma relação de restrição. Logo, há o direito puro simples, irrestrito; e o direito resultante da incidência da restrição, qual seja, o direito restringido.

A supracitada relação de restrição só é possível por se conceber, segundo a teoria dos princípios defendida por Alexy, que a restrição aos direitos fundamentais não versa sobre posições definitivas que estes, hipoteticamente, garantiriam, mas sim sobre as posições *prima facie* de tais direitos. Portanto, de acordo com a teoria externa de restrição de direitos, a liberdade de expressão garante, em seu nascedouro, a mais ampla possibilidade viável ao indivíduo de se manifestar. Entretanto, tal princípio é formado, *prima facie*, por elemento constitucional excedente que é passível de restrição em sua gênese. Assim, não se restringe simplesmente o bem “liberdade” (o qual é tutelado pela CRFB/88), mas também o direito fundamental à liberdade de expressão.

Há que se destacar, ainda, que o nobre jurista alemão conceitua a restrição ao direito fundamental como norma que restringe a posição *prima facie* do direito fundamental, desde que compatíveis com a Constituição, subdividindo-se em regras e princípios. As primeiras são restrições a direitos fundamentais que, no lugar de uma liberdade ou direito fundamental *prima facie* impõe uma não-liberdade ou não-direito (a vedação ao anonimato, que impõe o dever de identificação daquele que deseja exercer a liberdade de expressão), possuindo capacidade de restrição imediata. Já os últimos, por sua vez, não são capazes de, com sua simples existência, impor restrições ao exercício das liberdades, sendo necessário sopesar o princípio restringido e o restringente, tornando-se esta verdadeira limitação que impõe uma não-liberdade ou não-direito no lugar da posição *prima-facie* então existente (sopesamento entre liberdade de manifestação de pensamento e a honra de grupos minoritários).

Haurida a possibilidade lógica de restrição a direito fundamental que, *prima facie*, contem elemento constitucional excedente em seu nascedouro, é possível concluir que a libertinagem de expressão é este elemento constitucional excedente da liberdade de expressão e que deve ser restringido por outra regra ou princípio, quer seja ele constitucional ou decorrente de autorização constitucional dada ao legislador para estabelecer restrições infraconstitucionais.

2 Limites democráticos à liberdade de expressão: o estado democrático de direito como elemento restringente da libertinagem de expressão antidemocrática

2.1 O estado democrático de direito

Em virtude dos tempos no qual se encontra inserida a sociedade brasileira, faz-se assustadoramente imprescindível, antes da caracterização das práticas atentatórias contra o Estado Democrático de Direito, a conceituação do que é Estado de Direito e o que é Democracia, pois tal mister trará a lume o melhor entendimento acerca do tema.

Entende-se importante rememorar o conceito de Estado de Direito nas palavras de De Plácido e Silva⁹, segundo o qual este: “É a organização de poder que se submete à regra genérica e

9 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Livro eletrônico.

abstrata das normas jurídicas e aos comandos decorrentes das funções estatais separadas, embora harmônicas”.

A Democracia, por sua vez, pode ser caracterizada, segundo Darcy Azambuja¹⁰, pelo regime de governo pluralista permeado pela diversidade de partidos políticos (dois no mínimo), cujas existência e atividade sejam respeitadas; pela eleição periódica mediante sufrágio universal, do Legislativo e do Executivo – podendo este ser eleito pelo ou aprovado pelo Parlamento; mandatos por períodos pré-fixados e vedação à utilização do poder como fator impeditivo de transitoriedade; e a mentalidade política de que o poder não basta em si mesmo, mas deve ser exercido em prol da conciliação o sistema político com os valores desejados e reconhecidos pela sociedade (os quais, de acordo com o autor, são os direitos individuais e sociais).

Neste diapasão, Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes¹¹ concitam que o Estado Democrático de Direito não se trata de simples oposição do conceito de Democracia ao de Estado de Direito ou vice-versa. Vai além: é o espaço político e jurídico onde se concentram todas as garantias legais jurídicas, conquistas democráticas e preocupação social.

O ditame basilar de sua existência é a transformação (para melhor) das condições de vida do seu povo, de modo que a legalidade passa a ser empregada na consecução da igualdade material. Não apenas objetiva as melhores condições materiais de vida para todos, mas visa fomentar o amplo desenvolvimento da Democracia, de maneira que ela passe a ser valor basal de todos os seus órgãos e norteador do ordenamento jurídico. Para esta participação democrática, deve-se conferir a todo o povo condições ideais de vida para que seu voto ou, até mesmo sua própria existência, seja alienado em prol ou a troco de insignificâncias de quaisquer ordens.

2.2 Caracterização do abuso da liberdade de expressão (ou libertinagem de expressão) como prática antidemocrática e prelúdio do suicídio do estado democrático de direito

Delineados os contornos do Estado Democrático de Direito, é preponderante debruçar-se sobre o abuso da liberdade de expressão (ou libertinagem de expressão) como prática destinada à sua implosão, uma vez que, (ab)usando das liberdades democráticas conferidas em lei, indivíduos e/ou grupos aspiram minar bases estruturantes da Democracia e fulminar o Estado de Direito.

Sobraçar-se-á esta análise nos estudos de Yascha Mounk¹² e Steven Levitsky e Daniel Ziblatt¹³, os quais produziram trabalhos analisando as conjunturas políticas recentes nas principais democracias do mundo e compilaram os principais riscos contemporâneos à Democracia e, conseqüentemente, ao Direito e às liberdades.

2.2.1 O alerta de Yascha Mounk sobre a ausência de representatividade popular e os populismos como ameaças à democracia

10 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 15ª ed. São Paulo: Globo, 2008. pp. 247-248

11 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 92-93.

12 MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Livro eletrônico.

13 LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Eitor Ltda. 2018. Livro eletrônico.

A obra: “O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la”, do autor Yascha Mounk, analisa a crise da democracia e aponta como causas contemporâneas de sua efetivação a ascensão do populismo e ausência de representatividade do povo.

Na esteira do raciocínio acima, a ausência de representatividade do povo pode ser verificada na discrepância existente entre a vontade do eleitor e as políticas públicas que são efetivamente realizadas. Isto acontece por diversos fatores, tais quais: edições de normas e regulamentos por agências e agentes burocráticos não eleitos; diluição da vontade do legislador eleito em meio ao “jogo democrático” ocorrido nos Parlamentos; controle de constitucionalidade com viés contramajoritário; bancos centrais que regulam a economia à revelia do povo e tratados e organizações internacionais que definem parcela das políticas e leis dos países e mitigam a soberania e democracia nacionais.

O supracitado vácuo de representatividade proporciona terreno fértil à proliferação de populismos contemporâneos entre as democracias ocidentais, quer sejam de direita, quer sejam de esquerda, os quais aproveitam momentos de crises (políticas, econômicas, institucionais e afins) para se fortalecer e passam a se tornar as principais ameaças contemporâneas à democracia.

Na esteira de uma crise, o populismo se apresenta repleto de propostas palatáveis ao povo, prometendo soluções fáceis para problemas de alta complexidade. Visando ocultar seus sofismas, realizam ataques públicos contra o *establishment*, acusando-o de estar mancomunado com forças políticas exteriores ou conspirando com grupos elitistas para destruir a pátria.

O segundo passo de projeto de poder populista contemporâneo é erigir o seu representante como o único e legítimo porta-voz do povo. Porém, o “povo” ora tratado é apenas um grupo interno com o qual o populista se identifica, implicando em exclusão de minorias étnicas, de imigrantes, de quem professa fé oposta ou não professa fé alguma, de pessoas com diferentes opções sexuais, entre outros.

Envidam, para tanto, verdadeiras guerras sob o escudo da “liberdade de expressão” e atacam explicitamente a imprensa que denuncia seus escândalos, as instituições republicanas independentes que contrariam suas decisões, as Organizações Não-governamentais (ONG’s) que denunciam irregularidades ou lutam pelo povo excluído pelo populista, fazendo uso de inverdades e teorias da conspiração com o fito de dilapidar sua credibilidade e conduzir sua massa de manobra a entender como normal o cerceamento de direitos dos opositores.

Como passo final, os populistas se utilizam da máquina estatal tanto para propaganda pessoal e aperfeiçoamento do cenário político ao seu favor quanto para perseguição de quem se encontra em sentido oposto às suas ideias. Assim, alteram a composição das Cortes Constitucionais, mudam as regras de eleição e propaganda eleitoral, pugnam por infinitas reeleições, impõem pesadas multas tributárias à imprensa opositora, dentre outras práticas que conferem plasticidade à Constituição de modo a dar-lhes poderes infundáveis.

2.2.2 Estudos de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt sobre o risco de a democracia cometer suicídio mediante o (ab)uso das regras democráticas

Outro estudo de grande relevo para o tema é a obra: “Como as democracias morrem”, dos autores Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, os quais fazem alertas sobre a possibilidade de o abuso das regras democráticas resultarem, *ultima ratio*, no padecimento da democracia.

Curiosamente, os autores supracitados destacam que os líderes autocráticos são, majoritariamente, eleitos segundo as regras democráticas do país e, lentamente, investem contra o sistema democrático, agindo qual veneno ministrado em doses homeopáticas no corpo democrático. Tecem, para tanto, uma metáfora interessante comparando a derrocada da democracia a um jogo de futebol no qual o autocrata, com o fito de se eternizar no poder, realiza três grandes medidas: a) captura o árbitro; b) anula as estrelas do time adversário; e c) mudam, completamente, as regras do jogo, ao ponto de ser impossível vencê-los.

Por “árbitros do jogo democrático” os autores entendem o Judiciário livre e independente, os órgãos de aplicação da lei (Ministério Público), Serviços de Inteligência, as Polícias, as Forças Armadas, as Agências Reguladoras e o Fisco. O sequestro destas importantes instituições se dá mediante suborno, troca de cargos, infiltração de apoiadores, nomeação de aliados para cargos de chefia, chantagens contra seus responsáveis, perseguição e demissão de opositores, alteração da composição dos órgãos colegiados ou, em casos mais extremos, dissolução da instituição e criação de outra nova que seja favorável ao governo. Uma vez atingido tal fim, dá-se licença para a prática de arbitrariedades sem que haja punições.

Após a captura do “árbitro”, os autocratas partem para o ataque às “estrelas do time adversário”, o qual se dá, num primeiro momento, mediante favorecimentos ou suborno direto a políticos adversários, mídia e empresários. Caso isto fracasse, parte-se para a dilapidação de sua imagem mediante o uso do direito de expressão, propagando-se impropérios contra tais adversários e anulando sua reputação, sucedendo-se este ataque pela utilização da máquina estatal como instrumento de perseguição, mediante processos contra quem denuncie seus ilícitos, acusa criminalmente e cerceia a liberdade de opositores, realiza perseguição tributária e confisco de grandes conglomerados de comunicação e/ou de patrimônio de grandes empresários. Assim, além de controlar os guardiães da lei e da Constituição, o autocrata, utilizando-se da liberdade de expressão, arruína a reputação de seus opositores e, apropriando-se do Estado, extingue todos os seus direitos e garantias.

Por derradeiro, controlando os guardiães da Constituição e sem opositores, o autocrata utiliza-se da já cambaleante democracia para deferir-lhe o golpe final, a “alteração das regras do jogo”, que geralmente ocorre através de emendas constitucionais ou “promulgação” de uma nova Lei Suprema que lhe dá o privilégio de se reeleger indeterminadamente. Outrossim, alteram-se as regras eleitorais para que se garantam os votos necessários às infinitas reeleições.

Enfim, os autores ressaltam que a defesa e perpetuação da democracia dependem, muito mais que da existência de Constituições bem redigidas, de duas regras implícitas que devem reger as relações de poder: a tolerância mútua e a reserva institucional. A primeira se consubstancia na tolerância e respeito mútuo, reconhecendo-se no lado oposto um adversário que às vezes vence e às vezes é vencido, mas que nunca – em hipótese alguma – deve ser eliminado do jogo democrático, como pretendem alguns populistas autocratas.

A última, ao seu turno, embasa-se no dever de os titulares dos poderes constitucionais não abusarem de sua utilização, de maneira a evitar que as regras da democracia sejam usadas com tamanha força a ponto de ocasionar a sua morte, tais membros de uma das Funções do Poder o fazem ao injuriar e difamar adversários e, ao fazê-lo, tencionam os limites de uma pretensa “liberdade de expressão” à beira de sua ruptura.

2.3 Da autorrestrrição democrática: a imprescindibilidade do limite à libertinagem de expressão como elemento dissuasivo do suicídio da democracia

O exame profícuo das principais ameaças contemporâneas à Democracia (representatividade popular insuficiente e populismo/autocracia) viabiliza a conclusão de que se faz imprescindível o combate à libertinagem de expressão.

Deveras, presenciou-se em 2019 e em 2020 práticas da libertinagem de expressão, sintomáticas do início da erosão das bases do sistema de governo democrático brasileiro. Primeiro: o Presidente da República dirigiu mais de cem vitupérios à imprensa em 2019¹⁴. Segundo: enfermeiros que protestavam pacificamente contra as medidas do governo federal no combate à pandemia do novo coronavírus foram agredidos por bolsonaristas (01/05/2020)¹⁵. Terceiro: nem mesmo a Suprema Corte se viu impune aos ataques desta militância, que simulou bombardeio à sua sede (14/06/2020)¹⁶. Quarto: o desmantelamento, pelo próprio Facebook, de uma rede de contas e páginas falsas existentes nele e no Instagram, que aglutinavam, respectivamente, 883 mil e 917 mil seguidores¹⁷ (08/07/2020), todas vinculadas aos gabinetes dos filhos e do Presidente ou de congressistas a ele aliados.

Caso os sintomas *retro* sejam negligenciados, corre-se o risco da intensificação dos ataques às pessoas, à imprensa e às instituições escudados em sofismável “liberdade de expressão”, o que poderá resultar, até mesmo, no fim da Democracia brasileira tal qual se conhece hodiernamente.

Diante deste cenário que beira a convulsão social, estudos sobre a temática possibilitam elencar três grandes grupos de limites à libertinagem de expressão antidemocrática, afora os já estabelecidos na própria CRFB/88 (vide art. 220 e §§): 1) o conflito com os demais direitos fundamentais; 2) o compromisso com a verdade; e 3) o aprofundamento do caráter democrático, possibilitando a participação plural de todos os componentes da sociedade.

O primeiro limite se verifica na doutrina de André de Carvalho Ramos¹⁸ que, ao estudar o posicionamento do STF no “Caso Ellwanger”, vaticina que não há garantias constitucionais absolutas e, portanto, torna-se perfeitamente viável a restrição à liberdade de expressão quando esta veicula discursos de ódio (*hate speech*) de teor neonazista, contra islamitas ou estrangeiros. Neste julgado, a igualdade e a dignidade da pessoa humana limitaram os excessos da liberdade de expressão. Logo, o conflito com os demais direitos fundamentais é o primeiro elemento de combate à libertinagem de expressão antidemocrática.

A segunda barreira à libertinagem de expressão é apresentada por Gilmar Mendes Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁹ como o compromisso com a verdade por parte de quem exerce

14 Disponível em: <<https://fenaj.org.br/ano-se-encerra-com-116-ataques-de-bolsonaro-a-imprensa/>>, acesso em 08 jul. 2020

15 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/em-protesto-em-brasilia-enfermeiros-sao-agredidos-por-apoiadores-de-bolsonaro-24406003>>, acesso em 08 de jul. 2020.

16 Disponível em: <<https://istoe.com.br/com-fogos-de-artificio-militantes-bolsonaristas-simulam-ataque-ao-stf/>>, acesso em 08 jul. 2020

17 Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/07/08/facebook-remove-rede-de-contas-falsas-relacionada-ao-psl-e-a-gabinetes-da-familia-bolsonaro.ghtml>>, acesso em 08 jul. 2020.

18 RAMOS, André de Carvalho. Liberdade de expressão e ideais antidemocráticos veiculados por partidos políticos – tolerância com os intolerantes?. In: RAMOS, André de Carvalho (Coord.). *Temas de direito eleitoral no século XXI*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012, pp. 15-36

19 FERREIRA, Gilmar Mendes e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 402-403

a liberdade de expressão. Elucidam que a informação falsa não encontra guarida na Lei Suprema, de tal modo que tanto seus elaboradores como os divulgadores poderão responder por eventuais perdas e danos dela decorrentes. Ressalva-se nesta questão a conduta de quem, apesar de ter empregado conduta diligente na verificação da verdade, é vítima de engodo e, culposamente, divulga informação inverossímil.

O terceiro limite importante é a necessidade, apontada por Marina França Santos²⁰, de o exercício da liberdade de expressão propiciar, amplamente, a participação democrática e plural. Respeitados os ditames constitucionais, os direitos fundamentais e o compromisso com a verdade, os meios de veiculação desta liberdade deverão garantir condições iguais de propagação de suas ideias e posicionamentos. Portanto, quem faz uso da libertinagem de expressão para atacar a Democracia, coibirá a manifestação plural e atentará contra princípios fundantes da República (CRFB/88, art. 1º, “caput” e V).

Examinados os riscos da libertinagem de expressão como ferramenta para o cometimento do suicídio democrático e as restrições que o Estado Democrático de Direito impõem ao exercício da liberdade de expressão possibilitam a análise do Inquérito nº 4828, dando-se especial enfoque ao exame de sua constitucionalidade e a possibilidade de este ser ferramenta de salvaguarda da Democracia.

3 Considerações sobre o inquérito nº 4828: “das manifestações antidemocráticas”

3.1 breve relato sobre o inquérito

Inicialmente, impende destacar que o inquérito sob análise é processo físico que corre em sigilo²¹, razão pela qual as informações adiante destacadas provêm das peças para as quais foram dadas publicidade, bem como de notícias constantes ou em sites da imprensa nacional de reputação confiável ou no endereço eletrônico da própria Suprema Corte.

Conforme noticiado no portal de notícias G1²², o Ministro Alexandre de Moraes instaurou o inquérito sob análise em 21/04/2020, em atendimento ao pedido do Procurador Geral da República, visando apurar atos ocorridos em 19/04/2020 e antecedentes. Isto porque, neles, defendiam-se, dentre outras causas, o fechamento do Congresso, do STF e a edição de norma semelhante ao Ato Institucional nº 5. Tais condutas, segundo o Procurador, tornariam seus participantes incurso no art. 23, II da Lei de Segurança Nacional (nº 7.170/83).

Em decisão monocrática proferida em 27/05/2020, o Ministro Alexandre de Moraes, relator do Inquérito “sub judice”, determinou a identificação de locatários de equipamentos utilizados nas manifestações antidemocráticas; requisição de dados cadastrais de administradores de canais no YouTube; preservação e retenção de postagens realizadas em redes sociais por perfis que aderiram a tais manifestações; requisição de relatórios e informações sobre páginas, pessoas

20 SANTOS, Marina França. Liberdade de expressão e democracia: pluralismo e justiça nas sociedades contemporâneas. In: BUSTAMANTE, Thomas, *et al.* *Anais do I Congresso Nacional de Direito Constitucional & Filosofia Política*. Belo Horizonte: Initia Vita, 2015. pp. 195-208.

21 Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895367> >, acesso em 12 jul. 2020

22 Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/21/moraes-autoriza-abertura-de-inquerito-para-apurar-relacao-de-deputados-com-atos-contra-a-democracia.ghtml> >, acesso 12 jul. 2020

e grupos constantes no YouTube, Facebook, Instagram e Twitter que incitaram tais práticas; expedição de mandados de busca e apreensão em domicílios residenciais e/ou profissionais dos suspeitos, bem como quebra dos sigilos fiscal, bancário e de correspondência destes. Enfim, determinou que tais quebras se estendessem às pessoas físicas e jurídicas que tenham participado em transações econômicas, financeiras e patrimoniais com os envolvidos e deu a prerrogativa para que a autoridade policial praticasse outras diligências que entendesse pertinentes ao caso²³.

Assim, embasada na supracitada decisão, a Polícia Federal deflagrou a “Operação Lume”, resultando em vinte e um mandados de busca e apreensão realizados contra apoiadores do Presidente Jair Messias Bolsonaro, dentre os quais se enquadram parlamentares, advogados, empresários e blogueiros²⁴.

Após simulação de bombardeio ao STF ocorrida em 14/06/2020, acompanhada de agressões verbais de toda a espécie aos Ministros da Corte (vide item 3.3), houve a prisão de militantes de grupo intitulado “300 do Brasil” em 15/06/2020 e a conversão da privação de liberdade de sua líder, Sara Giromini, em medidas restritivas de direitos na data de 24/06/2020²⁵, o mesmo ocorrendo com o blogueiro Oswaldo Eustáquio em 06/07/2020²⁶.

Até a data de elaboração do presente tópico (12/07/2020) não foram divulgadas quaisquer novidades sobre o inquérito.

3.2 Análise da constitucionalidade do inquérito nº 4828.

Preambularmente, cumpre-se ressaltar que a presente análise se embasa nas informações divulgadas em sites de notícias da imprensa nacional e da própria Suprema Corte, uma vez que os autos do Inquérito são sigilosos (art. 20 do CPP).

Mediante os estudos realizados no presente, pode-se perceber que o direito à liberdade de expressão, *prima facie*, é amplo. Contudo, pela teoria externa de restrição dos direitos, suas origens são compostas de elemento excedente que são passíveis de restrições normativas, as quais acontecem seja por regras seja por princípios.

Neste sentido, a relação entre a liberdade de expressão e a democracia resulta, ao mesmo tempo, em crescimento reciprocamente concedido, pois um ambiente democrático potencializa liberdades e o exercício correto destas fortalece a democracia. Contudo, nos lembra Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁷ que a conversão destas em liberdades pode ser, via reflexa, fatal ao sistema democrático:

Quanto a este aspecto [relação entre liberdade de expressão e democracia], embora não seja o caso aqui de aprofundar a questão, importa sublinhar que a relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar,

23 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Decisao27maio.pdf>>, acesso 12 jul. 2020

24 Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/alvos-operacao-lume-atos-antidemocraticos-policia-federal/>>, acesso 12 jul. 2020.

25 Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/06/24/alexandre-moraes-decide-que-extremista-sara-giromini-pode-deixar-prisao-com-tornozeleira-eletronica.ghtml>>, acesso 12 jul. 2020.

26 Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=446954&caixaBusca=N>>, acesso em 12 jul. 2020.

27 SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico.

dialético e dinâmico, de modo que, embora mais democracia possa muitas vezes significar mais liberdade de expressão e vice-versa (mais liberdade de expressão indica mais democracia), também é correto que a liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e esta para a liberdade de expressão.

Neste diapasão, destaque-se o alerta que Deysi Ciocari e Simonetta Persichetti²⁸ fizeram, ao analisar o cenário das eleições presidenciais de 2018, de que até mesmo a própria imprensa, ao exercer o direito à liberdade de expressão, dando voz e promovendo a espetacularização dos discursos de ódio, serviu como ferramenta da libertinagem de expressão, reverberando os clamores populistas contra a promoção dos direitos fundamentais. Destacaram que os debates políticos de então se transbordaram para as redes sociais, as quais se tornaram palco de disputas vazias e argumentações inconsistentes, servindo de ambiente propício à proliferação e crescimento do espírito antidemocrático.

É colacionar, igualmente, o posicionamento de Marco Antonio Faganello²⁹, destacando que as experiências da violência incitam um excesso de manifestações da liberdade de expressão e perda de autoridade das instituições. Assim, as leis democráticas e o Estado de Direito passam a ser insuficientes na promoção da ordem e esta percepção fortalece a construção de discursos que justificam ações extremistas que têm por característica a rejeição das regras do jogo da comunidade política e a recusa dos elementos básicos à vida pública.

Diante deste cenário, é auspicioso trazer à baila o entendimento de Maria Fernanda Viñas Kersting e Julia Heliodoro Souza Gitirana³⁰, sobre o risco de o abuso da liberdade de expressão implicar no enfraquecimento da própria Democracia. Segundo ambas, o discurso de ódio é totalmente incompatível com a oxigenação do ambiente democrático, pois impossibilita o debate civilizado, que preterido em prol de ataques.

Conseqüentemente, a libertinagem de expressão que o viabiliza implica em impedimento do caráter comunicativo da liberdade de expressão e enforça-se a democracia contemporânea.

Nesse sentido, vários são os precedentes da Suprema Corte³¹ sobre a liberdade de expressão e sua restrição nas mais diversas formas de atuação:

Limites à liberdade de expressão

O Tribunal reiterou que a liberdade de expressão não é um direito absoluto. O art. 13.2 da Convenção, que proíbe a censura prévia, também prevê a possibilidade de exigir responsabilidades pelo exercício abusivo deste direito, inclusive para “assegurar o respeito aos direitos e a reputação das demais pessoas” (alínea “a” do art. 13.2). Essas restrições são de natureza excepcional e não devem limitar, para além do estritamente necessário, o pleno exercício da liberdade de expressão e tornar-se um mecanismo direto ou indireto da censura prévia. A este respeito, o Tribunal estabeleceu que se pode impor tais responsabilidades posteriores, na medida em que for afetado o direito à honra e à

28 CIOCCARI, Deysi e PERSICHETTI, Simonetta. Armas, ódio, medo e espetáculo em Jair Bolsonaro. *Revista Alterjor*, v. 2, n. 18, pp. 201-214, 2018.

29 FAGANELLO, Marco Antonio. *O voto na bancada da bala: estudo de geografia eleitoral na cidade de São Paulo (2012/2016)*. Dissertação apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. 131 fls. 2017.

30 KERSTING, Maria Fernanda Viñas e GITIRANA, Julia Heliodoro Souza. Limites da liberdades de expressão e a caracterização do discurso de ódio. *Revista de Direito da FAE*, v. 2, n. 1, pp. 233-260, 2020.

31 Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/Artigo13.pdf>. Acesso em 01/08/2020.

reputação. [Corte IDH. Caso Lagos del Campo vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2017. Tradução livre.] [Resumo oficial.]

É importante enfatizar que o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto, ele pode estar sujeito a restrições, conforme indicado pelo art. 13 da Convenção em seus parágrafos 4 e 5. Da mesma forma, a Convenção Americana, no seu art. 13.2, prevê a possibilidade de estabelecer restrições à liberdade de expressão, que se manifestam através da aplicação de responsabilidade adicional pelo exercício abusivo deste direito, que não deve de modo algum limitar, para além do estritamente necessário, a plena liberdade de expressão e tornar-se um mecanismo direto ou indireto de censura prévia. Para determinar outras responsabilidades, é necessário cumprir três requisitos, a saber: 1) devem ser expressamente estabelecidas pela lei; 2) devem ser concebidas para proteger os direitos ou a reputação de terceiros, ou a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou moral pública; e 3) devem ser necessárias em uma sociedade democrática. [Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 2-7-2004.] [Ficha técnica.]

Liberdade de expressão e injúria

Cabe referir, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo art. 13, inciso 2, alínea a, depois de vedar a censura prévia, prescreve que o exercício do direito à liberdade de manifestação do pensamento sujeitar-se-á “a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar (...) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas (...)”. (...) Irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasem, abusiva e criminosamente, os limites razoáveis que conformam, no plano ético-jurídico, a prática da liberdade jornalística, degradando-a ao nível primário do insulto e da ofensa, não merecem a dignidade da proteção constitucional, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de caráter delituoso. A prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a veiculação de insultos ou de crimes contra a honra de terceiros, especialmente quando as expressões moralmente ofensivas – manifestadas com evidente superação dos limites da crítica e da opinião jornalísticas – transgridem valores tutelados pela própria ordem constitucional. [STF. ARE 891.647 ED, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 15-9-2015, DJE de 21-9-2015.]

O crime de desacato é compatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos

Essas breves considerações sobre o delito de desacato, no âmbito doutrinário da classificação dos crimes, fazem-se necessárias para melhor analisar a alegada violação à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Constituição Federal. Com efeito, suscita-se a incompatibilidade desse delito com a liberdade de expressão e do pensamento, garantidos tanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13 (promulgado pelo Decreto 678/1992) como pela Constituição Federal, arts. 5º, incisos IV, VIII e IX, e 220, os quais não teriam recepcionado referido tipo penal. (...) Tomando referido tratado internacional como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, a uma simples leitura do dispositivo supracitado não se infere qualquer afronta na tipificação do crime de desacato. Não houve revogação da norma penal, mas recepção pela regra supralegal. Observe-se que o item 2, letra a, do art. 13 do Pacto de São José dispõe claramente que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, embora não sujeito a censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas. Não prospera, portanto, a alegada descriminalização do desacato (art.

299 do CPM ou art. 331 do CP), nem se está tampouco diante da chamada *abolitio criminis*. [STF. HC 141.949, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 13-3-2018, DJE de 23-4-2018.] No mesmo sentido: STF. HC 143.968 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 29-6-2018, DJE de 6-8-2018; STF. HC 154.143, rel. min. Celso de Mello, dec. monocrática, j. 8-8-2018, DJE de 10-8-2018; STF. RHC 143.206, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 9-4-2018, DJE de 12-4-2018.

Importância da liberdade de pensamento e de expressão no contexto de uma campanha eleitoral

A Corte considera importante ressaltar que, no contexto de uma campanha eleitoral, a liberdade de pensamento e de expressão em suas duas dimensões constitui um bastião fundamental para o debate durante o processo eleitoral, devido a que se transforma em uma ferramenta essencial para a formação da opinião pública dos eleitores, fortalece a disputa política entre os vários candidatos e partidos que participam nas eleições e se transforma em um autêntico instrumento de análise das plataformas políticas propostas pelos diferentes candidatos, o que permite uma maior transparência e fiscalização das futuras autoridades e de sua gestão. (...) O Tribunal considera indispensável que se proteja e garanta o exercício da liberdade de expressão no debate político que precede as eleições das autoridades estatais que governarão um Estado. A formação da vontade coletiva através do exercício do sufrágio individual se nutre das diferentes opções que os partidos políticos apresentam através dos candidatos que os representam. O debate democrático implica que se permita a circulação livre de ideias e informação a respeito dos candidatos e seus partidos políticos por parte dos meios de comunicação, dos próprios candidatos e de qualquer pessoa que deseje expressar sua opinião ou apresentar informação. É preciso que todos possam questionar e indagar sobre a capacidade e idoneidade dos candidatos, bem como dissentir e confrontar suas propostas, ideias e opiniões de maneira que os eleitores possam formar seu critério para votar. Nesse sentido, o exercício dos direitos políticos e a liberdade de pensamento e de expressão se encontram intimamente vinculados e se fortalecem entre si. [Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2004.] [Ficha técnica.].

Liberdade de expressão e classificação indicativa

Dirige-se o autor contra o preceito que prevê sanção de caráter administrativo ao ato de transmitir, via rádio ou televisão, espetáculo fora do horário autorizado pelo órgão competente. (...) não há dúvida de que tanto a liberdade de expressão dos meios de comunicação como a proteção da criança e do adolescente são axiomas de envergadura constitucional. Mas, a meu ver, a própria Constituição da República delimitou as regras de sopesamento desses dois valores, as quais são suficientes para o deslinde da presente ação, como veremos a seguir. (...) Como se vê, no preciso ponto da proteção das crianças e dos adolescentes, a Constituição Federal estabeleceu mecanismo apto a oferecer aos telespectadores das diversões públicas e de programas de rádio e televisão as indicações, as informações e as recomendações necessárias acerca do conteúdo veiculado. É o sistema de classificação indicativa esse ponto de equilíbrio tênue, e ao mesmo tempo tenso, adotado pela Carta da República para compatibilizar esses dois axiomas, velando pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão. (...) Dessa forma, a classificação dos produtos audiovisuais busca esclarecer, informar, indicar aos pais a existência de conteúdo inadequado para as crianças e os adolescentes. Essa classificação desenvolvida pela União possibilita que os pais, calcados na autoridade do poder familiar, decidam se a criança ou o adolescente pode ou não assistir a determinada programação. [STF. ADI 2.404, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 31-8-2016, DJE de 1º-8-2017.]

É importante mencionar que o art. 13.4 da Convenção estabelece uma exceção à censura prévia, já que a permite no caso dos espetáculos públicos, mas unicamente com o fim de regular o acesso a eles, para a proteção moral da infância e da adolescência. Em todos os demais casos, qualquer medida preventiva implica o prejuízo à liberdade de pensamento e de expressão. 71. No presente caso, está provado que, no Chile, existe um sistema de censura prévia para a exibição e publicidade da produção cinematográfica e que o Conselho de Qualificação Cinematográfica proibiu, em princípio, a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” e, depois, ao requalificá-lo, permitiu sua exibição para maiores de 18 anos (par. 60 a, c e d supra). Posteriormente, a Corte de Apelações de Santiago tomou a decisão de deixar sem efeito a decisão do Conselho de Qualificação Cinematográfica em novembro de 1996, devido a um recurso de proteção interposto pelos senhores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán e Joel González Castillo, “em nome de (...) Jesus Cristo, da Igreja Católica, e por si mesmos”; decisão que foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Chile. Este Tribunal considera que a proibição da exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” constituiu, portanto, uma censura prévia imposta em violação ao art.13 da Convenção. [Corte IDH. Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile. Mérito, reparações e custas. Sentença de 5-2-2001.] [Resumo oficial.]

Liberdade de expressão, antissemitismo e crime de racismo (Caso Ellwanger)

A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [STF. HC 82.424, rel. min. Moreira Alves, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, P, j. 17-9-2003, DJ de 19-3-2004.]

Apesar de todos os argumentos colacionados em defesa da constitucionalidade do Inquérito nº 4.828, é absolutamente imprescindível rememorar os riscos do crescente ativismo judicial. Conforme nos exorta André Galvão³², há três principais fatores que o tornam, também, uma ameaça ao equilíbrio democrático: a) a legitimidade democrática do direito judicial; b) a questão do acesso à justiça e; c) a disfuncionalidade institucional (sistêmica).

32 GALVÃO, André. Da onipotência do legislador ao protagonismo judicial: reflexões sobre o problema da efetividade dos direitos na sociedade contemporânea. *Revista da AGU*, v. 17, n. 031, pp. 233-260, 2018.

Nos ditames do supracitado autor, a ausência de legitimidade democrática do direito judicial decorre do fato de o juiz precisar de independência funcional para formar seu livre convencimento, o que acarreta na diminuição do poder de prestar contas à sociedade. Por esta razão, as decisões proferidas pelas Cortes Superiores que vinculam os particulares e o Executivo podem sofrer de ausência de legitimidade, pois oriundas de quem sequer se submeteu ao crivo eleitoral para exercer tal mister. Ademais, os juízes têm por função primária a dizer o direito aplicável às lides, sendo dever do Legislativo escutar a vontade popular e traduzi-la em leis que sirvam ao povo que o elegeu.

A questão do acesso à justiça, ao seu turno, é problema atinente ao ativismo judicial porque, muito embora a CRFB/88 tenha instituído a inafastabilidade das decisões do Judiciário como direito fundamental (art. 5, XXXV), ainda há diversos fatores sociais que afastam os cidadãos da jurisdição – ainda mais os hipossuficientes: custos do processo, falta de consciência de direitos, burocracia excessiva e morosidade processual, entre outros. Deste modo, não são todos os cidadãos que conseguem participar da formação do direito objetivo por meio do ativismo judicial, minando seu caráter democrático.

Por último, explica-se que a disfuncionalidade sistêmica é decorrência do ativismo judicial consubstanciada no vício institucional de todas as Funções do Poder. Isto porque o Legislativo e o Executivo deixam de exercer suas funções precípua para se preocupar com escândalos de corrupção, deixando uma lacuna sistemática que é forçosamente preenchida pelo Judiciário na busca da consecução dos direitos e garantias fundamentais. Ainda que este tenha-se aberto à oitiva da sociedade e dos “*amici curiae*”, tal medida ainda se revela precária à solidificação das bases democráticas do Estado.

Deveras, os maiores autores de Ações Diretas de Inconstitucionalidade junto ao STF são a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público e os Partidos Políticos, com temáticas alheias à defesa da sociedade e mais voltadas à proteção destas instituições ou dos interesses político-eleitorais. Logo, incute-se no imaginário social o sofisma que Democracia não é o poder do voto e da participação popular, mas sim o ajuizamento de ações perante o Judiciário.

Isto posto, pode-se concluir, com fulcro nos entendimentos expostos e nas notícias constantes em endereços eletrônicos da imprensa nacional e do próprio STF, que o inquérito que visa apurar o teor de manifestações antidemocráticas é constitucional.

Apesar de suas medidas implicarem em considerável restrição às liberdades dos suspeitos, são um amargo remédio ministrado contra a patológica libertinagem de expressão que oferece risco iminente ao Estado Democrático de Direito.

Em contrapartida, é imprescindível o alerta sobre os riscos do crescimento do ativismo judicial em detrimento do fortalecimento das instituições Democráticas, de tal modo que a sociedade brasileira corre o risco de balançar no pêndulo antidemocrático ao substituir, como algoz da Democracia, os populismos e autocracias por um Judiciário indevidamente superpoderoso.

4 Considerações finais

O presente artigo teve por finalidade a examinar os pontos públicos do Inquérito nº 4.828 (uma vez que os autos tramitam em sigilo) e verificar se as ações nele adotadas são constitucionais

ou eivadas de afronta às liberdades dos investigados, em especial a de expressão. Outrossim, buscou-se responder se a restrição aos excessos da liberdade de expressão seria inconstitucional ou se deveria ser imposta para preservação da Democracia, que é o único regime que, nos dias atuais, consagra a preservação das liberdades.

As constantes manifestações em prol de restauração de governos ditatoriais com o conseqüente fechamento do Congresso Nacional e do STF, a proliferação de discursos de ódio e ataques às minorias propiciam a reflexão sobre o risco que a denominada, neste trabalho, como “libertinagem de expressão”, traz à Democracia e, conseqüentemente, às próprias liberdades.

Após se examinar as diferentes vertentes da liberdade, analisou-se a teoria externa da restrição de direitos fundamentais, explanada por Robert Alexy, e concluiu-se que todo direito fundamental não expressa posições definitivas de sua fruição, mas posições “prima facie”, formadas por elemento constitucional excedente passível de restrição. No caso da liberdade de expressão, a libertinagem de expressão é tal elemento restringível.

Ao estudar o Estado Democrático de Direito como elemento restringente da liberdade de expressão, percebeu-se que este se encontra assombrado, hodiernamente, pelos populismos, pela ausência de representatividade democrática, de tolerância mútua e de reserva institucional.

Com supedâneo em doutrina abalizada, conclui-se que a libertinagem de expressão fomenta tais assombros e precisa ser combatida mediante o respeito aos demais direitos fundamentais, o compromisso com a verdade e o aprofundamento do caráter democrático das instituições, possibilitando a participação plural de todos os componentes da sociedade no exercício amplo das liberdades.

Enfim, expôs-se breve cronologia dos fatos que deram azo à instauração do Inquérito nº 4828, averiguando-se fortes indícios de muitos fatos e elementos ameaçadores da Democracia, os quais foram colacionados aos autos pela Procuradoria Geral da República. Logo, para se combater a libertinagem de expressão, fez-se necessária a constitucional ação do STF, mediante restrição austera de liberdade dos investigados por parte do Ministro Alexandre de Moraes.

Conclui-se que a liberdade, para ser livre, precisa se autorrestringir mediante o combate intrépido à libertinagem de expressão e seus desdobramentos antidemocráticos: discursos de ódio, ataques à Democracia, ofensas às instituições democráticas e à CRFB/88, dentre outros.

Contudo, a própria autorrestricção institucional da liberdade tem que ser vigiada, incessantemente, pela sociedade para que, com ponderação e sapiência, as instituições sejam independentes e harmônicas entre si e se evite balançar num pêndulo antidemocrático, ao se substituir, temerariamente, a autocracia e populismo dos atuais ocupantes do Executivo por outros riscos que poderão provir do Judiciário.

Somente mediante a adoção constante de conduta diligente e vigilante lograr-se-á tamanho êxito previsto na canção: “Há Tempos”, da banda Legião Urbana³³: “Disciplina é liberdade”.

33 Disponível em: < <https://www.vagalume.com.br/legiao-urbana/ha-tempos.html>>, acesso em 15 jul. 2020

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.
- AULETE, Caldas. *Novíssimo Aulete dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 15ª ed. São Paulo: Globo, 2008. pp. 247-248
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- CIOCCARI, Deysi e PERSICHETTI, Simonetta. Armas, ódio, medo e espetáculo em Jair Bolsonaro. *Revista Alterjor*, v. 2, n. 18, 2018.
- FAGANELLO, Marco Antonio. *O voto na bancada da bala: estudo de geografia eleitoral na cidade de São Paulo (2012/2016)*. Dissertação apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. 2017.
- FERREIRA, Gilmar Mendes e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FRATESCHI, Yara. Liberdade política e cultura democrática em Hannah Arendt. *Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, v. 21, n. 3, pp. 29-30, 2016 <https://doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v21i3p29-50>
- GALVÃO, André. Da onipotência do legislador ao protagonismo judicial: reflexões sobre o problema da efetividade dos direitos na sociedade contemporânea. *Revista da AGU*, v. 17, n. 031, pp. 233-260, 2018.
- KERSTING, Maria Fernanda Viñas e GITIRANA, Julia Heliodoro Souza. Limites das liberdades de expressão e a caracterização do discurso de ódio. *Revista de Direito da FAE*, v. 2, n. 1, pp. 233-260, 2020.
- LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Eitor Ltda. 2018. Livro eletrônico.
- MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Livro eletrônico.
- RAMOS, André de Carvalho. Liberdade de expressão e ideais antidemocráticos veiculados por partidos políticos – tolerância com os intolerantes?. In: RAMOS, André de Carvalho (Coord.). *Temas de direito eleitoral no século XXI*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.
- SANTOS, Marina França. Liberdade de expressão e democracia: pluralismo e justiça nas sociedades contemporâneas. In: BUSTAMANTE, Thomas, et al. *Anais do I Congresso Nacional de Direito Constitucional & Filosofia Política*. Belo Horizonte: Initia Vita, 2015. pp. 195-208.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang, *et al.* *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Cecília Brito e NETO, João Dias de Sousa. Os limites à liberdade de expressão quando da ocorrência de discurso de ódio: uma análise dos critérios enunciados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Anais do I Congresso Acadêmico de Direito Constitucional – Faculdade Católica de Rondônia*, p. 592, 2017, Porto Velho/RO.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Livro eletrônico.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 92-93.

Sites consultados

<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/manifestacoes-limite-ato-antidemocratico/>

<https://fenaj.org.br/ano-se-encerra-com-116-ataques-de-bolsonaro-a-imprensa/>

<https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/em-protesto-em-brasilia-enfermeiros-sao-agredidos-por-apoiadores-de-bolsonaro-24406003>

<https://istoe.com.br/com-fogos-de-artificio-militantes-bolsonaristas-simulam-ataque-ao-stf/>

<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/07/08/facebook-remove-rede-de-contas-falsas-relacionada-ao-psl-e-a-gabinetes-da-familia-bolsonaro.ghtml>

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=446954&caixaBusca=N.>

<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/alvos-operacao-lume-atos-antidemocraticos-policia-federal/>

<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/06/24/alexandre-moraes-decide-que-extremista-sara-giromini-pode-deixar-prisao-com-tornozeleira-eletronica.ghtml>

<https://www.vagalume.com.br/legiao-urbana/ha-tempos.html>

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895367>

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/21/moraes-autoriza-abertura-de-inquerito-para-apurar-relacao-de-deputados-com-atos-contra-a-democracia.ghtml>

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Decisao27maio.pdf>

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/Artigo13.pdf>