

Autodefesa institucional e proteção da Constituição: algumas premissas contextuais do Inquérito das *Fake News*

Gilmar Ferreira Mendes

O Supremo Tribunal Federal detém, sem dúvida, um dos mais amplos elencos de competência conferidos a um órgão de jurisdição constitucional. Daí decorre, naturalmente, o aumento de responsabilidades, especialmente em momentos de tensão democrática, em que a Corte passa a ser mais demandada para dirimir conflitos. O Tribunal apresenta-se como organismo essencial para a proteção de direitos e garantias fundamentais, interpretando a Constituição Federal de modo a conferir-lhe maior efetividade e a assegurar a manutenção do Estado democrático de Direito.

O texto constitucional conseguirá cumprir suas variadas funções caso se abra aos problemas do presente, processando essa realidade de forma normativa. Como enfatiza Voßkuhle, a Constituição não apenas foi “dada” ao legislador ou ao *Bundesverfassungsgericht*, no caso alemão, mas também o encargo de seu desenvolvimento futuro, devendo ser sempre concretizada por seus intérpretes à medida que passa o tempo¹.

No mesmo sentido, Peter Häberle, em *Zeit und Verfassung*², especifica que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública, introduzindo, aí, o conceito de *pós-compreensão* (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende “supervenientemente” uma dada norma. A *pós-compreensão* nada mais seria, para Häberle, do que a *pré-compreensão do futuro*, isto é, o elemento dialético correspondente da ideia de pré-compreensão³.

Tal concepção permite a Häberle afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração temporal limitada. Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se

¹ VOSSKUHLE, Andreas. Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa. **Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte**. Berlim, 2021, p. 344.

² HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. **Probleme der Verfassungsinterpretation**. Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich (Org.) Nomos, Baden-Baden, 1976.

³ HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. **Probleme der Verfassungsinterpretation**. Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich (Org.) Nomos, Baden-Baden, 1976, p.312-313.

necessariamente em outro texto. A continuidade da Constituição somente será possível se *passado e futuro* estiverem nela associados⁴.”

Diante do fenômeno de crise da democracia e da sobrelevação de tendências populistas que se alastram entre os Três Poderes, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem se tornado importante elemento estabilizador da crise institucional brasileira, interpretando no presente a Constituição Federal, a partir de jurisprudência já consolidada, mas se abrindo para a formação de novas interpretações, que terão especial relevância para o futuro.

Um criticismo apressado – muitas vezes apresentado nas vestes de uma ciência política mal ruminada – busca etiquetar o fenômeno: estaríamos diante de um “ativismo judicial”, de uma usurpação das prerrogativas da política, de uma “politização do Judiciário”. Trata-se de uma análise por demais superficial, que vê a árvore, mas não a floresta.

Conforme será discutido a partir de agora, é possível afirmar que, a despeito da tão apenas epidérmica ressignificação recente do papel do Poder Judiciário, estamos realmente a tratar é de uma atuação do Supremo Tribunal Federal preocupada com a proteção do Estado de Direito e, nessa medida, compromissada com a continuidade do regime de governo democrático.

As democracias contemporâneas vivem uma conjuntura de expiação diante da emergência do recrudescimento do populismo a nível global. Estratégias de desinformação e discursos sectários de radicalização política têm influenciado o debate público, colocando em risco garantias individuais. Se o século passado assistiu a um claro processo de espraçamento de ordens constitucionais baseadas na representatividade e no pluralismo, os tempos atuais parecem indicar um verdadeiro movimento de reversão dessas conquistas. O corolário natural dessa realidade é a emergência de movimentos populares com pautas largas e bastante abrangentes que dão cores à manifestação da virtude política.

Ao afirmar que a República Federal da Alemanha não é imune a essa tendência, que pode ser observada em toda Europa, inclusive, Andreas Voßkuhle indica que “*o ceticismo e o descrédito em relação ao direito encontram amplo eco sempre que o debate político se radicaliza, onde a luta pelo equilíbrio e pelo compromisso dá lugar à simples difamação do adversário político e os fatores políticos e sociais de ordem na sociedade são fundamentalmente postos em causa*”⁵.

No Brasil, compreender o chamado processo de crise democrática nacional envolve desvendar como acontecimentos históricos recentes se traduziram em uma reconformação das instituições outrora fortalecidas pelo processo constituinte de 1988. O texto constitucional vigente tem mostrado possuir força normativa suficiente para regular situações extremas de fragilidade do sistema de governo adotado. Todavia, nos últimos anos, diversos fatores políticos, econômicos e sociais têm dado azo ao recrudescimento do discurso populista, sem que seja tarefa simples identificar as causas da decadência democrática no país.

⁴ HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. **Probleme der Verfassungsinterpretation.** Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich (Org.) Nomos, Baden-Baden, 1976, p. 295-296.

⁵ VOSSKUHLE, Andreas. Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa. **Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte.** Berlin, 2021, p. 350.

O período eleitoral do final de 2018 foi marcado por uma turbulenta polarização entre grupos apoiadores do Partido dos Trabalhadores (PT) e eleitores do candidato Jair Bolsonaro, que então se apresentava como uma alternativa ao *establishment* político vigente, defendendo pautas que poderiam ser identificadas como de Direita ou de Extrema-Direita⁶.

Observou-se ainda uma mudança de paradigma da propaganda eleitoral, que passou a se desenvolver intensamente por meio de redes sociais, em detrimento do modelo até então predominante de comunicação de massa em rádio e TV⁷. O combate a notícias falsas apresentou-se como um desafio a ser enfrentado pelo Poder Judiciário, tendo o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) analisado 50 (cinquenta) processos judiciais em que se veiculava pedidos de retirada de conteúdos supostamente falsos na internet, no pleito de 2018⁸.

Infelizmente, a quantidade de notícias falsas sobre o Poder Judiciário brasileiro, especialmente em relação à atuação do Supremo Tribunal Federal, atingiu ritmo estratosférico nos anos que se seguiram.

Nesse contexto, em verdadeiro estado de “autodefesa institucional”, utilizando-se de expressão do Direito Penal para justificar a atuação em situações em que a Corte se encontra ameaçada ou agredida, inclusive por parlamentares, o Tribunal buscou focar em ações legítimas e adequadas para defender sua independência e, sobretudo, zelar pela guarda da Constituição brasileira.

Esse momento foi especialmente marcado por histórica união do Supremo Tribunal Federal, que passou à sociedade uma visão coesa do grau de seriedade com que os ataques à Corte precisariam ser respondidos. Como menciona minha colega Gertrude Lübbecke-Wolff, é preciso que o Tribunal consiga pacificar, em vez de alimentar, conflitos em torno de questões controversas, não apenas no que diz respeito às partes envolvidas, mas no que diz respeito à sociedade como um todo⁹.

No Brasil, acima de tudo, um posicionamento uniforme aos ataques que membros da Corte e seus familiares vinham recebendo foi expressivo para demonstrar a magnitude da necessidade de manutenção da normalidade institucional, inclusive por meio de instrumentos constitucionais disponíveis ao Supremo Tribunal Federal.

a) Contextualização da gravidade da disseminação de *fake news*

⁶ Para uma análise dos fatores políticos e sociais que explicam a ascensão do governo do presidente eleito, cf. DALY, Tom Gerald. **Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro**, p. 1–22, 2019

⁷ Tal fenômeno encontra paralelo com ocorrido nas eleições norte-americanas, conforme analisado em profundidade na obra BENKLER, Yoachai; FARIS, Robert; ROBERTS, Hal. **Network Propaganda: manipulation, desinformation, and radicalization in american politics**. New York: Oxford University Press, 2018

⁸ Nesse sentido, cf. TSE atuou com celeridade no julgamento de processos sobre fake news durante as Eleições 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Novembro/tse-atuou-com-celeridade-no-julgamento-de-processos-sobre-fake-news-durante-as-eleicoes-2018>

⁹ LÜBBECKE-WOLFF, Gertrude. Why is the German Federal Constitutional Court a deliberative court, and why is that a good thing? A comparative assessment. **Collective judging in comparative perspective: counting votes and weighing opinions**. Birke Häcker, Wolfgang Ernst (org.). Cambridge, 2020, p. 160.

A divulgação massiva e sistemática de notícias falsas não é uma questão enfrentada apenas pelo Estado brasileiro. Em todo o mundo, diversos países têm debatido e adotado medidas distintas para lidar com esse problema comum. Por exemplo, uma pesquisa realizada pela *Pew Research Center*, nos Estados Unidos, no período de 14 de fevereiro a 9 de março de 2019, identificou que a existência de notícias falsas foi considerada, pelos americanos, como um problema maior que o terrorismo, a imigração ilegal, o racismo e o sexismo¹⁰.

Há diversas hipóteses de uso pernicioso de instrumentos de comunicação em massa que causam fortes impactos sobre o processo democrático e as instituições republicanas, como o escândalo envolvendo a influência de pessoas localizadas na Rússia na criação de anúncios falsos envolvendo a candidata democrata Hillary Clinton, nas eleições presidenciais dos Estados Unidos. Essa situação tem levado analistas a concluir que estamos no meio de “*um ataque mundial, com bases na internet, sobre as democracias*”, no qual a primeira baixa é “*a confiança no regime democrático*”¹¹.

No Brasil, a situação não é diferente. Teve-se, por exemplo, o processo relativo aos disparos em massa de notícias falsas durante o processo eleitoral de 2018, que tramita no TSE e que gerou inclusive a divulgação de ameaças, injúrias e calúnias à Presidente daquela Corte, Ministra Rosa Weber, prontamente repudiadas por este Tribunal.

O ataque ao processamento de votos por meio de urnas eletrônicas, modelo adotado no Brasil, segue em ritmo crescente e continua sendo uma questão de constante preocupação no cenário político nacional. A proliferação de vídeos e textos falsos, inclusive em falas do próprio atual Presidente da República, é um dos principais desafios do sistema eleitoral brasileiro no momento. E esse tipo de conduta, ao ser utilizada de forma sistemática, busca minar a legitimidade do processo eleitoral e possibilitar, até mesmo, a eventual recusa do resultado das urnas, o que caracteriza, segundo Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, um dos fatores indicativos de movimentos autoritários que levam a regressões democráticas¹².

O desenvolvimento de processos tecnológicos relacionados à convergência das mídias sociais, a curadoria algorítmica de notícias, *bots*, inteligência artificial e grandes análises de dados tem criado verdadeiras câmaras de eco, que removem os indícios de confiabilidade sobre a informação e colocam em dúvida a capacidade de governar a nós mesmos como democracias razoáveis¹³.

Essas transformações, ao ressignificarem o conceito de esfera pública, passam a desafiar os limites estatais consagrados nas legislações que tangenciam a liberdade de expressão. Como bem destacado por Thomas Vesting, o que se observa é a reconfiguração do espaço e do discurso público, que passa a ser algo totalmente diferente do que antes

¹⁰ GOLDMAN, Alvin I; BAKER, Daniel. **Free Speech, Fake News and Democracy**. First Amendment Law Review. V. 18. 2019. p. 69.

¹¹ VAIDHYANATHAN, Siva. **Facebook Wins, Democracy Loses**. N.Y. TIMES. 8 de setembro de 2017).

¹² LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**. New York: Broadway Books, 2018. p. 30).

¹³ BENKLER, Y., FARIS, R. e ROBERTS, H. **Network Propaganda: manipulation, desinformation and radicalization in American politics**. New York: Oxford University Press, 2018, p. 5.

conhecíamos. O ganho de importância das redes sociais resulta e modo como configuradas leva a “uma cegueira narcisista em relação às realidades de vida que se encontram fora do próprio grupo e que não permitem mais uma percepção mútua de imagens de mundo e visões de mundo de outros *miliens* culturais¹⁴”.

b) Instauração do “Inquérito das fake news”

Em 14 de março de 2019, em cenário de ampla disseminação de notícias falsas, ataques a instituições e ao próprio Supremo Tribunal Federal, o então presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, instaurou inquérito para a apuração de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas, ameaças e infrações que atingiam a honorabilidade e a segurança do Tribunal, de seus membros e de familiares¹⁵.

A instauração do inquérito teve também por objeto apurar excessos da liberdade de expressão, investigando inclusive “*o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito*”¹⁶.

A medida, até então inédita pela Corte, foi tomada nesse contexto de grande pressão do cenário político e de aumento da disseminação de informações falsas e ataques à base da estrutura do Estado democrático de Direito. O Ministro Alexandre de Moraes foi designado relator do inquérito, que recebeu o número 4.781, e adotou, desde logo, uma série de medidas de cunho investigatório, com apoio de outras instituições, como a Polícia Federal¹⁷.

Não tardou a que o Supremo Tribunal Federal fosse demandado por partido político, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a apreciar a constitucionalidade da Portaria que determinou a abertura de tal procedimento¹⁸.

No julgamento dessa ação restou reforçado que os arts. 42 e 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que embasam a abertura do Inquérito 4.781, foram recepcionados pela atual Constituição com *status* de lei¹⁹. Com efeito, o art. 120 da Constituição Federal de 1969 estabelecia ser atribuição do STF definir, por meio do

¹⁴ VESTING, Thomas. A mudança na esfera pública pela inteligência artificial. In: ABOUD, G., NERY JR., N. e CAMPOS, R. **Fake News e Regulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 298).

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Portaria GP 69, de 14 de março de 2019.

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Portaria GP 69, de 14 de março de 2019.

¹⁷ Ver também o Inq 4784, que trata de atos antidemocráticos, e está estreitamente ligado ao Inq. 4781, ambos de relatoria do Min. Alexandre de Moraes.

¹⁸ ADPF 572, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, jul. em 18.6.2020.

¹⁹ “Da Polícia do Tribunal Art. 42. O Presidente responde pela polícia do Tribunal. No exercício dessa atribuição pode requisitar o auxílio de outras autoridades, quando necessário. Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente. § 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.”(Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)

Regimento Interno, as normas sobre o funcionamento dos seus órgãos e o processo para o julgamento dos seus feitos de competência originária e recursal.

Essa prerrogativa foi conferida excepcionalmente à Suprema Corte, visto que em relação aos demais Tribunais exigia-se, por exemplo, a edição de lei promulgada pelo Poder Legislativo da União. Portanto, concluiu-se que não há qualquer inconstitucionalidade formal entre as normas do Regimento que tratam do poder de polícia da Presidência desta Casa, publicadas em 1980, com o parâmetro constitucional vigente à época deste ato – a Constituição de 1969.

Também não se observou qualquer inconstitucionalidade material das referidas normas com a ordem constitucional vigente a partir de 1988, uma vez que o art. 96, I, “a”, da CF/88, prevê que compete aos Tribunais elaborar seus regimentos com normas sobre “*o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos*”.

Para melhor apreciar a questão, em meu voto busquei analisar a temática sob a perspectiva do direito estrangeiro. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, por exemplo, a defesa dos Tribunais é realizada através dos instrumentos de *contempt of court*, que possibilitam aos órgãos judiciais a imposição de sanções civis ou penais em relação a atos que possam ameaçar o adequado desenvolvimento de suas funções. Esse instituto, que foi desenvolvido a partir de uma ideia de *inherent power* (poder implícito ou inerente), foi incorporado aos Estados Unidos pelo *Judicial Act* de 1789²⁰.

Nos países de tradição romano-germânica, esse fenômeno também pode ser explicado sob a ótica da teoria das garantias institucionais. Tratando sobre o tema, Paulo Gustavo Gonet Branco destaca que elas decorrem da percepção de que determinadas instituições de direito público desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica que devem ter o seu núcleo essencial, as suas características constitucionais elementares, preservadas²¹.

A análise do direito alemão também foi útil ao deslinde da causa. Isso porque, aqui, a garantia de manutenção das características essenciais do Tribunal Constitucional decorre do seu *status* de órgão constitucional, o que lhe assegura independência em relação aos demais órgãos e autonomia para decidir questões sobre a interpretação da Constituição²². Ainda sobre esse ponto, no Direito Alemão, entende-se que a Corte Constitucional, o *Bundesverfassungsgerichts*, ostenta natureza jurídica diferenciada em relação aos demais Tribunais, justamente por ocupar a posição de um órgão constitucional (*Verfassungsorgan*).

Nas palavras de Klaus Schlaich e Stefan Koriath, essa posição organizacional diferenciada impõe que a própria atuação jurisdicional da Corte Constitucional deve ser compreendida de maneira mais extensa. Sobretudo quando o que está em causa é a substância política da Constituição, o Tribunal Constitucional é legitimado a atuar em pé de igualdade em

²⁰ GIUBERTI, V. S. **Contempt of Court**: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro. Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional. Vitória, 2017. p. 348-349).

²¹ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 246.

²² SCHWABE, J.; MARTINS, L. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 37.

relação aos demais órgãos constitucionais, como o Poder Legislativo e o Poder Executivo²³. Em sentido semelhante, Peter Badura assevera com clareza que da natureza do órgão constitucional do *Bundesverfassungsgericht* deriva-se “a sua responsabilidade política própria de manter o Estado de Direito e a sua capacidade regular de funcionamento²⁴”.

No caso específico do STF, o art. 43 do RISTF, ainda que com *status* infraconstitucional, parece cumprir essa função de garantia institucional, na medida em que confere um mínimo de estabilidade e proteção à Corte contra graves ataques destinados a destruir os pilares de sustentação do Tribunal.

Destaque-se que essa atribuição investigativa deve ser exercida de forma constitucionalmente orientada para os casos de crimes que afetem, ainda que indiretamente, o núcleo das competências do STF, previsto no art. 102 da CF/88: o livre e independente exercício das funções de controle de constitucionalidade, da proteção dos direitos e garantias fundamentais e das regras do jogo democrático. Outro critério importante que deve justificar a instauração desses inquéritos judiciais é a regra da subsidiariedade: quando a apuração de crimes cometidos contra a Corte for realizada pelos órgãos de investigação, entendo que não cabe ao Tribunal instaurar uma investigação paralela.

Essa conclusão decorre de duas razões, uma de ordem normativa e outra de ordem prática: a primeira é que tal atribuição constitui uma função atípica do Tribunal, tal como ocorre com as funções jurisdicionais do Congresso Nacional (arts. 51, I, e 52, I, da CF/88) ou as funções normativas do Executivo (arts. 62 e 84, VI, da CF/88); a segunda é que a realização dessas investigações demanda tempo e recursos do Tribunal que podem e devem, na medida do possível, ser direcionados ao exercício de suas típicas funções institucionais. Portanto, a instauração de inquéritos parece ser especialmente recomendada nos casos de reiterada omissão ou inércia dos demais órgãos de investigação na apuração de crimes contra a Corte.

No caso do STF, não se pode ignorar que esse poder de polícia judiciária, previsto pelo art. 43 do RISTF, constitui importante garantia para coibir crimes que atentem contra o poder constitucionalmente incumbido da defesa dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático, em especial diante do cenário atual de ataques sistemáticos e organizados à Corte. A ADPF proposta contra a Portaria 69 foi, ao fim, julgada improcedente pelo Tribunal.

c) Limites da liberdade de expressão de parlamentar

²³ No original: “Der Titel “Verfassungsorgan” hat insgeheim die Tendenz, eine ausgreifendere Rechtsprechung des BVerfG gegenüber den anderen Verfassungsorganen — als Geschäft gleichsam unter Gleichrangigen — zu legitimieren”. (SCHLAICH, Klaus e KORIOH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen**, München: C. H. Beck, 2018, p. 21).

²⁴ No original: “aus der Verfassungsorganqualität des Gerichts desseneigene politische Verantwortlichkeit für die Erhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung und ihrer Funktionsfähigkeit” (BADURA, Peter. **Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht**. In: BLAUROCK, U. (Hrsg.) *Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und im französischen Recht*, 1985, p. 49).

Das ações que têm relação ao chamado *Inquérito das Fake News*, uma em especial merece destaque, pela contemporaneidade da medida e pela discussão sobre os limites da liberdade de expressão e da imunidade parlamentar – a AP 1.044²⁵.

A partir de denúncia da Procuradoria-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal instaurou ação penal em face do deputado federal Daniel Silveira. Em 16 de fevereiro de 2021, o relator da ação, Ministro Alexandre de Moraes, determinou a prisão cautelar do parlamentar após verificar a prática de graves ofensas contra a honra e a segurança dos Ministros da Corte, por meio de vídeo divulgado nas redes sociais e outras manifestações do gênero, com o deliberado intuito de impedir o livre exercício do Poder Judiciário.

Em uma nova manifestação ocorrida na data de 6 de dezembro de 2020, na plataforma de *streaming* Youtube, o referido parlamentar também publicou um vídeo intitulado “Convoquei as Forças Armadas para intervir no STF”, o que já constitui um prelúdio das tentativas de embaraço, ofensas e intimidações à Corte que constam da referida publicação.

Nessa segunda publicação, o Deputado Federal proferiu injúrias pessoais contra Ministro do STF, chamando-os de “marginais”, “cretinos”, “escória”, “lixo do Poder Judiciário” e “cambada de imbecil”. Nessa mesma oportunidade, o parlamentar defendeu o fechamento do STF e da Justiça Eleitoral, ao dizer que “*o STF e a Justiça Eleitoral não vão mais existir, porque nós não permitiremos*”

O julgamento da ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, finalizada em 20 de abril de 2022, envolveu debate prévio sobre a questão do direito fundamental à liberdade de expressão (art. 5º, IV, da CF/88) e a garantia parlamentar da imunidade material (art. 53 da CF/88), já que a o enquadramento penal dos discursos proferidos pelo parlamentar somente seria possível caso não se verificasse a incidência das normas constitucionais acima indicadas.

Ao votar nesse caso, entendi, então, que esse tipo de manifestação não se trata de liberdade de expressão e nem de discurso acobertado pela imunidade material dos parlamentares, já que tais direitos não albergam e nem acobertam discursos que incentivam a prática de violência contra agentes públicos, a prisão ou a dissolução coletiva do Supremo Tribunal Federal, a imputação de crimes a Ministros do STF e a ofensa pessoal e a membros da Corte, bem como a insinuação de fraude no sistema eleitoral e a prática de injustificáveis atos ditatoriais e de violência.

Não se deve esquecer que “*a liberdade de expressão envolve trocas e balanceamentos entre o valor deste direito e os prejuízos que o discurso pode causar, de modo que nenhum país pode resolver essas trocas apenas a partir da proteção integral da liberdade*”²⁶. Isso não significa dizer que opiniões, ainda que impopulares, devam ser censuradas, mas que cada ordenamento jurídico deve estabelecer o limite entre o livre exercício do direito de expressão e manifestação e os casos de polícia.

²⁵ A AP 1044 decorre do Inq. 4784, antigo Inq. 4828, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

²⁶ GOLDMAN, Alvin I; BAKER, Daniel. **Free Speech, Fake News, and Democracy**. First Amendment Law Review. V. 18. N. 1. 2019. p. 68).

A título de exemplo, busquei na Alemanha a noção de **democracia combatente**, em que qualquer discurso que tenha por objetivo a destruição do governo democrático não possui qualquer proteção de acordo com a Lei Fundamental. Como se sabe, a Alemanha possui normas que condicionam o exercício da liberdade de expressão e de reunião ao respeito à ordem democrática e constitucional estabelecida.

Nesse sentido, o art. 18 da Lei Fundamental prevê que o abuso do direito da liberdade de expressão, opinião e de reunião, exercido em detrimento da ordem fundamental livre e democrática, pode ensejar a perda desses direitos por decisão do Tribunal Constitucional Federal, que deverá decidir sobre a sanção e sua extensão. O art. 21 dispõe sobre a inconstitucionalidade de partidos políticos que objetivem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática, excluindo-os do financiamento estatal, com a atribuição da competência ao Tribunal Constitucional para decidir sobre esses casos.

Tem-se, portanto, na experiência alemã, inclusive em virtude dos horrores ocorridos no passado, um modelo constitucional fundado em valores como a justiça e a igualdade e que busca estabelecer a centralidade da dignidade da pessoa humana na ordem social, bem como a estabilidade da ordem democrática²⁷. Destarte, enquanto críticas que se refiram a temas de interesse público são comumente consideradas como abrangidas pela liberdade de expressão, qualquer ofensa descontextualizada do debate e que descambe para a simples agressão ou violência pode ser considerada como passível de sanção cível ou criminal.

Em síntese, a liberdade de expressão também possui a natureza de direito fundamental de primeira ordem no direito constitucional alemão. Contudo, também se admitem restrições pontuais previstas na legislação cível e penal, nos seguintes casos: a) em discursos, ações e manifestações antidemocráticas ou contrárias à ordem constitucional estabelecida; b) nos casos de ataques indevidos à honra das pessoas, que ocorrem nas situações de b.1) juízos depreciativos de mero valor, desvinculados de qualquer debate público de ideais ou de crítica de valor político, econômico ou social; b.2) injúria em razão da forma ou b.3) crítica aviltante.

Nesse sentido, qualquer ato de apologia ao nazismo ou ao holocausto, mesmo o uso de símbolos do nazifascismo, constitui crime, o que evidencia os limites da liberdade de expressão em relação à defesa da ordem democrática e à proibição à incitação a atos de violência, de tortura e de morte – tal como propagado pelo deputado federal em questão, ao defender a volta da ditadura militar.

No que se refere à imunidade parlamentar material, prevista pelo art. 53 da Constituição Federal, é possível sintetizar, a partir da análise da jurisprudência do STF, que, embora o Tribunal tenha assentado uma ampla imunidade parlamentar, especialmente em relação aos discursos proferidos no âmbito da respectiva Casa Legislativa, os julgamentos mais recentes têm buscado realizar uma análise mais detida do nexo de vinculação ou implicação

²⁷ KROTOSYNSKI JR, Ronald. **A Comparative Perspective of The First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany.** Tulane Law Review. V. 78. N. 5. p. 1556).

recíproca dos discursos proferidos com o exercício do mandato parlamentar, de modo a descaracterizar a imunidade enquanto privilégio pessoal, extensão da personalidade do parlamentar.

Nessa perspectiva, embora ainda se garanta uma ampla liberdade de expressão aos representantes do povo, por se tratar de prerrogativa essencial ao desempenho de suas funções, nos casos de abusos ou de usos criminosos, fraudulentos ou ardilosos dessa prerrogativa para a ofensa aviltante a terceiros ou para incitar a prática de delitos, inclusive contra a própria democracia e/ou contra o sistema representativo, pode-se concluir pela não incidência da cláusula de imunidade, já que o referido privilégio não pode ser utilizado de forma contrária à própria finalidade que gerou a sua criação.

No caso em questão, tinha-se claramente a configuração de um discurso de incitação à violência contra Ministros do STF e da imputação caluniosa, injuriosa e difamatória, com o nítido intuito de ofender e incitar a animosidade contra os Ministros desta Corte, ou seja, sem qualquer vinculação com uma denúncia fundada ou um fato relevante de interesse público, o que, por certo, não poderia ser acobertado pela imunidade parlamentar.

Ao final, o STF entendeu que não se encontra abrangido pela liberdade de expressão, tampouco pela imunidade parlamentar, o discurso proferido por Deputado Federal que, no exercício do mandato, em comunicação direcionada ao seu amplo número de correligionários, defende atos de violência contra a Suprema Corte e seus Ministros, inclusive com o fechamento, a dissolução completa e a prisão de todos os membros do Tribunal, o que não foi feito sequer nos piores anos da ditadura.

Como se sabe, essa estória teve outros capítulos. Supostamente amparado no inciso XII do art. 84 da Constituição, o então Presidente da República editou o Decreto s/n de 21.4.2022, pelo qual concedeu “graça constitucional” a esse mesmo parlamentar. Chamo a atenção para a data: o Decreto foi publicado no dia imediatamente anterior em que o ex-PM fora julgado, pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal (AP 1.044), como incurso nos crimes de incitação à abolição violenta do Estado Democrático de Direito (art. 23, inciso IV, c/c art. 18 da Lei 7.170/1983) e de coação no curso do processo (art. 344 do Código Penal).

Em face da “graça” foram propostas as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 964, 965, 966 e 967. Por oportunidade de seu julgamento, em maio deste ano (2023), notei que a árvore genealógica do Decreto impugnado não era nada abonadora:

A leitura dos considerandos do Decreto e a escuta dos argumentos vocalizados por alguns de seus defensores colocaram-me em sério estado de dúvida. Das duas, uma: ou o Decreto impugnado é obra de uma mente de elevada inteligência jurídica, por recuperar uma prerrogativa presidencial esquecida pela doutrina do direito público nacional; ou o **Decreto em exame é peça fadada a ocupar um lugar de destaque no museu das estultices normativas.**

Pelo menos na vigência da ordem constitucional instaurada em 1988, nenhum Presidente da República até então havia concedido graça – assim afirmou o Ministério da Justiça em resposta a pedido de acesso à informação reportado pelos Professores Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa em artigo (“O Presidente pode conceder a delatores perdão da pena por meio de ‘graça?’” In: *Conjur*, 24 de novembro de 2017).

Vou mais longe. O último período de nossa história constitucional em que se tem notícia da utilização frequente do instituto da graça (na dicção de alguns: o indulto individual), remete ao final da Segunda Guerra Mundial e da atuação da Força Expedicionária Brasileira (FEB) na Campanha da Itália.

É o que se verifica, por exemplo, no infame caso dos dois oficiais da FEB condenados pelo Conselho Supremo da Justiça Militar pela prática, durante a campanha na Itália, dos crimes de homicídio doloso e de “violência carnal”. Condenados à morte durante a guerra, por alguma razão a sanção deixou de ser executada. De volta ao Brasil, viram suas respectivas penas de morte serem comutadas numa reclusão de trinta anos, por ato presidencial de março de 1945 (LAPORT, William Pereira. *A atuação da justiça expedicionária brasileira no teatro de guerra da Itália – 1944-1945* (Dissertação de Mestrado em História). Brasília: Universidade de Brasília, 2016).

Na mesma quadra, cito expediente semelhante promovido pelo Decreto 20.082 de 3 de dezembro de 1945, editado poucos meses após a finalização definitiva da II Guerra. Em seu art. 1º, o Presidente da República – José Linhares – concedeu indulto geral a todos os “*oficiais e praças que, como parte integrantes da F. E. B., na Itália, hajam cometido crimes que não os de homicídio doloso ou de deserção para o inimigo, tenham sido ou não julgados e condenados*”. Por seu turno, o art. 2º do Decreto aviou remédio para amenizar a exceção posta no art. 1º: procedeu à comutação das penas de um cabo e um soldado do Exército Brasileiro – ironia da História – que cometeram exatamente crimes de homicídios dolosos (e, bem explicado, não o fizeram em combate).

Por fim, o mais interessante para os fins do julgamento em curso, o art. 3º do Decreto 20.082/1945, que concedeu indulto individual a dois civis de nacionalidade italiana, expressamente nominados no dispositivo. Funcionários do Serviço de Intendência da FEB e do Pôsto Regulador de Livorno, os agraciados haviam sido condenados pela Justiça da FEB por violência sexual da qual resulta lesão corporal de natureza grave (art. 198, § 4º, V, CPM), homicídio culposo (art. 181, § 3º, CPM) e lesão corporal culposa (art. 182, § 5º, CPM).

Ainda que sem pretensões de completude – porque isso é um tema à procura de um autor – digo que um percurso pela vasta lista de Decretos Presidenciais parece indicar que temos uma ligação entre a graça concedida aos “violentadores” acima referidos, no art. 3º do

Decreto 20.082/1945, e o Decreto impugnado na presente ADPF, que contempla o ex-Deputado Daniel Silveira. Se vislumbro um paralelo entre esses dois episódios, não o faço por uma eventual semelhança quanto à personalidade criminosa dos agraciados – como maldosamente se poderia pensar – e sim pelas assonâncias que a compreensão constitucional subjacente ao Decreto de 2022 guarda com traços fundamentais do regime de 1937.

O desfecho todos sabemos: a “graça” foi anulado, dado o julgamento procedente do pedido articulado nas ADPFs em referência.

d) Palavras finais.

Os casos apresentados e o contexto fático em que inserida a democracia brasileira nesse momento ressaltam o papel essencial do Supremo Tribunal Federal de estabilizador da ordem constitucional. A Corte está a conseguir, em tempos de turbulências políticas, desenvolver uma jurisprudência sólida, capaz de harmonizar intensos conflitos sociais.

Essa verdadeira arte de praticar a jurisdição constitucional em quadro de instabilidade me faz recordar os ensinamentos de Peter Häberle sobre a importância, inclusive nesse cenário, de se utilizar de um “pensamento de possibilidades”, um modo alternativo de interpretar o Direito Constitucional, a lógica jurídica e a teoria da argumentação²⁸.

Esse modelo, fundado na dúvida, não pensa de forma absoluta, mas busca encontrar diversas alternativas à questão que pretende solucionar. O pensamento de possibilidades é, para Peter Häberle, expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta. Trata-se de pensar a partir e em novas perspectivas, questionando-se: “que outra solução seria viável para uma determinada situação²⁹?” Com isso, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” pode converter-se em uma “teoria constitucional da tolerância³⁰”.

Pois bem. Considerada a sensibilidade da situação por nós vivenciada nos últimos quatro anos, creio que, neste período, o Supremo Tribunal brasileiro construiu uma jurisprudência adequada da tolerância – exatamente por se colocar de modo firme e resolutivo contra posições intolerantes. Em contextos de crise democrática, esta é talvez uma experiência rara de um Tribunal Constitucional que se opôs à ignorância, à negação da ciência, e à falta de solidariedade social que os grupos extremistas defendiam.

²⁸ Sobre o tema, conferir MENDES, Gilmar Ferreira. A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 2, p. 30-56, 2016.

²⁹ HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980, p. 3

³⁰ HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980, p. 6

Estou convencido de que a Corte cumpriu o seu papel. Mais do que isso, o Supremo Tribunal Federal reforçou os laços de uma ordem democrática que, mesmo sendo recente, dá frutos na solidez das suas instituições.

Agradeço a todos pela atenção.