UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

RAINEL BATISTA PEREIRA FILHO

REDES SOCIAIS E LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: NOVOS DESAFIOS PARA A DEMOCRACIA NA ERA DA INFORMAÇÃO

NATAL
2021

RAINEL BATISTA PEREIRA FILHO

REDES SOCIAIS E LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: NOVOS DESAFIOS PARA A DEMOCRACIA NA ERA DA INFORMAÇÃO

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), como requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Tinoco de Goés

NATAL
2021

FICHA CATALOGRÁFICA

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Pereira Filho, Rainel Batista.
Redes sociais e limites à liberdade de expressão: novos desafios para a democracia na era da informação / Rainel Batista Pereira Filho. - 2021.
100f.: il.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
Orientador: Prof. Dr. Ricardo Tinoco de Goés.

1. Direito à liberdade de expressão - Dissertação. 2. Redes sociais - Dissertação. 3. Sociedade da informação - Dissertação. 4. Democracia - Dissertação. I. Goés, Ricardo Tinoco de. II. Título.

RN/UF/CCSA CDU 342.727

Elaborado por Shirley de Carvalho Guedes - CRB-15/440

RAINEL BATISTA PEREIRA FILHO

REDES SOCIAIS E LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: NOVOS DESAFIOS PARA A DEMOCRACIA NA ERA DA INFORMAÇÃO

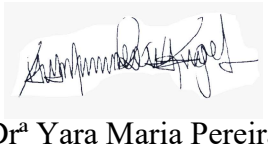
Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), como requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

RICARDO TINOCO DE GOES:46636528400

Assinado de forma digital por RICARDO TINOCO DE GOES:46636528400
Dados: 2022.01.31 17:48:36 -03'00'

Prof. Dr. Ricardo Tinoco de Goés
Presidente



Profª Drª Yara Maria Pereira Gurgel
Membro Interno

ROSIVALDO TOSCANO DOS SANTOS JUNIOR:81337795453

Assinado de forma digital por ROSIVALDO TOSCANO DOS SANTOS JUNIOR:81337795453
Dados: 2022.01.31 09:46:57 -03'00'

Prof. Dr. Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior
Membro Externo

DEDICATÓRIA

A Alba, minha esposa, sopro de luz em minha vida, meu porto seguro.
Aos meus pais Anarelly e Rainel, régua e compasso do que sou.
Ao meu anjinho Clarinha (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente àquela que, mesmo suportando a minha ausência por horas, dias e semanas dedicados à conclusão desta empreitada e assoberbado com as ocupações do trabalho, nunca deixou de me incentivar e apoiar, de ser a minha revisora, de ler e reler meus textos e de, nos momentos de dúvidas e incertezas, estar ao meu lado, sempre com carinho e doçura, trazendo paz. A você, minha esposa Alba, o meu mais profundo agradecimento. Saiba que muitas das questões aqui trazidas foram despertadas em mim por oportunidade das frequentes noites de longas conversas enquanto, isolados, eu e você, passávamos pela pandemia.

Aos meus pais Anarelly e Rainel que, pelo seu exemplo de vida, transmitiram-me os valores do trabalho, esforço pessoal e da retidão, sendo eu testemunha de sua crença inabalável nesses valores que conduziram a nossa vida enquanto família.

À minha irmã, Ilana, ao meu cunhado Flávio e aos meus sogros Sara e Absalão, que, com interesse e carinho, apoiaram meus projetos profissionais.

Ao meu professor, ainda nos bancos da faculdade e, nesta oportunidade, meu orientador, Ricardo Tinoco, entusiasta do diálogo, democrata radical, dotado de uma elegância intelectual ímpar, que me inspirou profundamente na forma de abordar as questões aqui levantadas. Ser seu colega e orientando enche-me de orgulho e me impulsiona a buscar o constante aprimoramento.

Aos colegas da turma de mestrado, que, apesar do curto período de convivência física, muito me inspiraram através dos calorosos debates e questionamentos levantados em sala de aula.

Aos professores do programa de pós-graduação em Direito da UFRN, especialmente à professora Yara Gurgel, professor Artur Cortez, professora Mariana Siqueira e professor Leonardo Martins, por terem incentivado minha entrada no mestrado e contribuído com o trabalho que agora se apresenta. Ao professor Rosivaldo Toscano, que aceitou o convite para integrar a banca examinadora final, fornecendo contribuições valorosas para o aprimoramento desta pesquisa.

Aos servidores da Comarca de São José do Campestre, que, por meio de sua dedicação, responsabilidade e compromisso com o trabalho, permitiram que eu realizasse todas as atividades do Mestrado sem a necessidade de me afastar da jurisdição.

“The authors of the US Constitution met behind closed doors in Philadelphia during summer 1787. When they completed their labors, the American public was, naturally enough, exceedingly curious about what they had done. A large crowd gathered around what is now known as Convention Hall. One of its members asked Benjamin Franklin, as he emerged from the building, ‘What have you given us?’ Franklin’s answer was hopeful, or perhaps a challenge: ‘A republic, if you can keep it.’

Cass Sunstein

“Seen from the viewpoint of politics, truth has a despotic character. It is therefore hated by tyrants, who rightly fear the competition of a coercive force they cannot monopolize, and it enjoys a rather precarious status in the eyes of governments that rest on consent and abhor coercion. Facts are beyond agreement and consent, and all talk about them – all exchanges of opinion based on correct information – will contribute nothing to their establishment. Unwelcome opinion can be argued with, rejected, or compromised upon, but unwelcome facts possess an infuriating stubbornness that nothing can move except plain lies.”

Robert Walmsley

RESUMO

Esta dissertação investiga como a liberdade de manifestação de pensamento prevista na Constituição Federal se insere no contexto do regime democrático, considerando-se a sua forma atual de exteriorização por meio das redes sociais. Nesse contexto, questiona-se a possibilidade e formas de limitação da liberdade de manifestação do pensamento, considerando a fixação normativa do instituto na Constituição de 1988 e em decisões do Supremo Tribunal Federal. O tema é pulsante e atual, pois, embora a doutrina trate de conceituar o instituto, poucos são os estudos acerca de como tal liberdade é exercida no contexto da internet, havendo intenso debate nas sociedades para definir os limites da liberdade de expressão e se o referido direito fundamental é passível de regulação pelo Estado. Evidenciam-se, no noticiário cotidiano, decisões judiciais que definem o conceito de liberdade de opinião e seus limites, considerando a cada vez maior proliferação de discurso de ódio. Para desenvolver a análise das referidas questões, procurou-se investigar o conceito e os limites da liberdade de expressão de acordo com o cabedal normativo brasileiro. Assim, parte-se da construção de um conceito de democracia constitucionalmente adequado, investigam-se as características da comunicação humana nas redes sociais, analisam-se modelos de interpretação do instituto que são bem diversos entre si: o modelo americano e o alemão. Ao final, perscruta qual dos dois paradigmas exegéticos seria consentâneo com o ordenamento jurídico brasileiro e seu arcabouço sociocultural a partir da análise crítica do modal conceitual apresentado. Realizou-se, assim, uma pesquisa aplicada, tendo por método a abordagem hipotético-dedutiva, de modelo conceitual e exploratório a partir de uma abordagem qualitativa do problema identificado. Ao final, conclui pela falta de balizas seguras assentadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aptas a dotar o intérprete um norte magnético para fixar limites à liberdade de expressão e procura contribuir para a delimitação de uma interpretação do instituto no Brasil, apontando que uma abordagem ancorada na perspectiva do comunitarismo alemão seria mais consentânea com o ordenamento jurídico brasileiro e sua tradição histórico-cultural.

Palavras-chave: Democracia; liberalismo político; redes sociais; liberdade de expressão; discurso de ódio.

ABSTRACT

This dissertation investigates how the freedom of expression established in the Federal Constitution is inserted in the context of the democratic regime, considering its current form of externalization through social networks. In this context, the possibility and forms of limiting the freedom of expression are questioned, considering the normative establishment of the institute in the 1988 Constitution and in decisions of the Federal Supreme Court. The theme is vibrant and current, as although the doctrine tries to conceptualize the institute, there are few studies on how such freedom is exercised in the context of the internet, with an intense debate in societies to define the limits of freedom of expression and whether the referred fundamental right is subject to regulation by the State. Judicial decisions that define the concept of freedom of opinion and its limits are evident in the daily news, considering the increasing proliferation of hate speech. In order to develop the analysis of these questions, an attempt was made to investigate the concept and limits of freedom of expression in accordance with the Brazilian normative framework. Thus, it starts with the construction of a constitutionally adequate concept of democracy, investigates the characteristics of human communication in social networks, analyzes models of interpretation of the institute that are very different from each other: the American and German models. At the end, it investigates which of the two exegetical paradigms would be in line with the Brazilian legal system and its sociocultural framework, based on a critical analysis of the conceptual modalities presented. Thus, an applied research was carried out, using the hypothetical-deductive approach as a conceptual and exploratory model based on a qualitative approach to the identified problem. In the end, it concludes for the lack of secure beacons based on the jurisprudence of the Federal Supreme Court, able to provide the interpreter with a magnetic north to set limits to freedom of expression and seeks to contribute to the delimitation of an interpretation of the institute in Brazil, pointing out that an anchored approach from the perspective of German communitarianism, it would be more in line with the Brazilian legal system and its historical-cultural tradition.

Keywords: Democracy; political liberalism; social networks; freedom of expression; hate speech.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10

2 CARACTERES ESSENCIAIS DA DEMOCRACIA 15
2.1 A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 19
2.1.1 O exercício da soberania popular 21
2.2 A RECESSÃO DEMOCRÁTICA 30
2.2.1 A democracia iliberal 34
2.3 DEMOCRACIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO 37

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DA INFORMAÇÃO 43
3.1 A DINÂMICA DAS REDES SOCIAIS 43
3.2 A DESMEDIATIZAÇÃO COMO MÉTODO DE INTERAÇÃO COM A REALIDADE 45
3.3 AS CÂMARAS DE ECO, OS CASULOS INFORMACIONAIS E OS FILTROS BOLHA 47
3.4 A SUBSTITUIÇÃO DA SOBERANIA DO CIDADÃO PELA SOBERANIA DO CONSUMIDOR 50
3.5 A PRIVATIZAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO 52
3.6 A PROLIFERAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO 55

4 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO AMERICANO E NO ALEMÃO 57
4.1 O MODELO NORTE-AMERICANO 58
4.1.1 O valor da expressão: expressões de alto e baixo valor 60
4.1.2 A neutralidade da regulação 62
4.2 O MODELO ALEMÃO 64
4.2.1 Direito à liberdade de expressão e a negação do Holocausto 65
4.2.2 Direito à liberdade de expressão e a injúria/difamação de servidores públicos 66
4.2.3 Limitação à liberdade de opinião frente à incitação ao ódio por exaltar período despótico 67

5 LIMITAÇÃO DA LIBERDADE À MANIFESTAÇÃO NO BRASIL 73
5.1 CARACTERES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO 73
5.2 PERSPECTIVA ATUAL 77
5.3 CRÍTICA AO MODELO DO "FREE MARKET OF IDEAS" 78
5.4 HÁ CRITÉRIOS SEGUROS PARA ADOTAR A TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE? 81
5.5 LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF 84

6 CONCLUSÃO 91

REFERÊNCIAS 97

1 INTRODUÇÃO

Qualquer obra é fruto e escrava do seu tempo. Todo autor é permeado pelos acontecimentos diários e pelo cenário político-social que se descortina em sua vida cotidiana. A obra acadêmica não foge dessa constatação, mas procura, utilizando-se do método científico, equacionar essa influência com a possibilidade de uma interpretação mais ampla do cenário, afastando-se do calor das discussões pontuais ou imediatistas e procurando entender as causas e os efeitos dos acontecimentos que se sucedem.

Esta dissertação, então, é fruto de inquietações advindas dos debates que acontecem atualmente e procuram ressignificar questões que, até pouco tempo, seriam consenso nas sociedades, mas que, diante das inúmeras versões novas de velhos acontecimentos, perdem a roupagem de unanimidade ou de verdade histórica para se tornarem narrativas ideologicamente motivadas.

Observa-se que todas essas questões transitam em torno de um tema amplo e vasto, que atualmente assoma em importância, trazendo fervoroso debate no seio das sociedades. Por ser um tema vasto, poder-se-ia tratá-lo de forma bastante variada e a partir de diferentes pontos de vista. Nada obstante, diante da amplitude do tema, não se pode perder de vista a impossibilidade de interpretar e delimitar todas as opiniões que envolvem o referido tema, mas sim, de determinar a questão a partir de um caminho a ser seguido, de premissas que conduzirão a uma jornada, para que ao final se consiga divisar as nuances conceituais e delimitar a aplicação do instituto estudado.

Dessa forma, esta dissertação foge da tentativa, muitas vezes levada a cabo no meio acadêmico, de esmiuçar o instituto estudado de forma puramente analítica, a partir de seus caracteres históricos, para depois demonstrar o debate dogmático e conceitual acerca do objeto pesquisado. A partir dessa compreensão, parafraseando Heidegger, que certa feita se perguntou: “o que isto? A filosofia”, e para tanto delimitou o seu tema amplo e vasto a partir de um caminho a ser percorrido, esta pesquisa se pergunta: “O que é isto: a liberdade de expressão?[1]”.

[1] Afirma Heidegger: “Com esta questão tocamos um tema muito vasto. Por ser vasto, permanece indeterminado. Por ser indeterminado, podemos tratá-lo sob os mais diferentes pontos de vista e sempre atingiremos algo certo. Entretanto, pelo fato de, na abordagem deste tema tão amplo, se interpenetrarem todas as opiniões, corremos o risco de nosso diálogo perder a devida concentração. Por isso devemos tentar determinar mais exatamente a questão. Desta maneira, levaremos o diálogo para uma direção segura. Procedendo assim, o diálogo é conduzido a um caminho. Digo: um caminho. Assim concedemos que este não é o único caminho. Deve ficar mesmo em aberto se o caminho para o qual desejaria chamar a atenção, no que segue, é na verdade um caminho que nos

O conceito propriamente dito do que seja liberdade de expressão já é assaz estudado pela doutrina brasileira, que de há muito já fincou os seus marcos teórico-conceituais. O problema apontado é a dificuldade do intérprete em utilizar-se deste instrumental para observar e delimitar o instituto em um novo ambiente: as redes sociais, que trazem inúmeros problemas, como o anonimato e a proliferação do discurso odioso e destruidor de reputações.

Assim, a principal questão debatida na presente dissertação é a de como a liberdade de expressão deve ser interpretada a partir de sua inserção no regime democrático brasileiro, observando que o palco principal de sua manifestação atualmente são as redes sociais, que têm características próprias capazes de condicionar a comunicação humana.

A liberdade de manifestação do pensamento deve ser interpretada irrestritamente, de forma mais ampla possível, ou o Estado tem a possibilidade de regulá-la, limitando-a a partir de determinados valores e parâmetros? Enfim, deve-se permitir que a liberdade de expressão no Brasil abarque a proliferação do discurso que prega o fim das próprias liberdades?

O Direito Constitucional é um dos ramos de Direito Público consideravelmente afetado pela política e pelas condições socioeconômicas de um país. A interpretação de suas normas, dotadas de texturas abertas, permite níveis de concretização, sendo permeada pela proteção do núcleo essencial, mas também limitada pela reserva do possível e dependente de condições impostas pela realidade. Da mesma forma, diversos institutos evidenciados como cláusulas abertas devem ser interpretados a partir do arcabouço histórico-cultural de cada país.

Ocorre que novas dinâmicas advindas da globalização, de um mundo reorganizado geopoliticamente em uma miríade de blocos comerciais, sem a existência de duas grandes nações ideologicamente antagônicas, trouxeram novos desafios à expansão e à estabilidade das democracias mundiais.

Nesse contexto de crise democrática, tornou-se muito comum entre nós a defesa do retorno de regimes autoritários, a proliferação de discurso de ódio estigmatizador de minorias e a proliferação cada vez mais frequente de versões de fatos que contradizem verdades históricas. Esse cenário traz à pauta a necessidade de se indagar se tais formas de discurso público são abrangidas pela liberdade de expressão, levando-se em consideração a sua manifestação nas redes sociais, que facilitam sobremaneira o anonimato e o espalhamento dessa forma de discurso.

---

permite levantar a questão e respondê-la" HEIDEGGER, Martin: Que é isto? A filosofia? 1ª Ed. São Paulo: Ed. Vozes de Bolso, 2018, p. 2.

Para conseguir responder a essa questão, propõe-se o direcionamento do diálogo a um caminho que, a partir de premissas e de escolhas metodológicas, apontem-nos para a tentativa de compreensão do instituto em um contexto de observação mais amplo.

Para procurar ser bem-sucedido neste caminho de abordar a liberdade de expressão de forma ampla, será necessário observar que tal liberdade se insere umbilicalmente na própria compreensão de democracia que determinado ordenamento inspira e almeja de acordo com os mais profundos matizes histórico-sociais e jurídicos de determinado país.

Destarte, aqui não se discutirão todas as nuances da ciência política acerca da democracia, mas finca-se a tentativa de delimitar um conceito constitucionalmente adequado acerca deste regime, a partir das normas estratificadas na Carta Política de 1988.

Não se pretende, ao mesmo tempo, isolar-se no estudo da estrutura dogmático-jurídica da democracia na Constituição Federal, mas a partir dela, utilizar-se de obras da ciência política e sociologia para entender os seus caracteres e nuances, compreendendo o momento atual de crise e corrosão das instituições democráticas.

Considera-se a essencialidade do princípio da liberdade de manifestação do pensamento para o regime democrático. Perscruta-se acerca de possibilidades de sua regulação e consequente limitação ante a proliferação de discursos de ódio e congêneres, a partir do fato segundo o qual o "fórum público" saiu das ruas, instalando-se no ambiente virtual da grande teia e suas redes sociais. A partir dessa constatação, investiga-se como ocorre a dinâmica da comunicação humana em tais redes, traçando considerações sobre as suas principais características: desmediatização, estabelecimentos de "câmaras de ecos" ou "casulos informacionais", a substituição da soberania cidadã por aquela do consumidor e a privatização do espaço público.

Destarte, procura-se balizar quais são os impactos desta nova realidade comunicacional para a democracia e como a liberdade de expressão se perfaz neste novo cenário, partindo-se da premissa acerca da evidência de que a proliferação do discurso mentiroso e odioso é endêmica nesta nova dinâmica comunicacional, na medida em que passou a ganhar respaldo de uma parcela da população que o reproduz e divulga.

Diante desse quadro, esquadrinhou-se como a jurisdição constitucional dos Estados Unidos e da Alemanha tratam este problema, de forma a interpretar a liberdade de expressão no sentido de limitar o espraiamento do discurso que ofende minorias e prega a violência. Busca-se conhecer as balizas exegéticas acerca da liberdade de manifestação de acordo com

dois modelos que muito diferem entre si: o modelo americano, considerado o mais liberal do mundo, e outro, baseado na *civil law* europeia, a partir da concepção alemã do instituto.

A escolha, dentre outros, de decisões das cortes constitucionais da Alemanha e dos Estados Unidos justifica-se, porquanto a conceituação de liberdade de expressão nesses dois países apresenta muitas diferenças, indicando modais interpretativos possíveis, mas pouco conciliáveis. O modelo liberal americano procura dar uma ênfase maior à liberdade, delimitando o Estado como interventor neutro, reduzindo a possibilidade de sua limitação. Por sua vez, o modelo tedesco, partindo de um arcabouço da teoria comunitarista, denota o papel central da dignidade humana e de outros valores reconhecidos constitucionalmente, que são capazes de legitimar uma maior ingerência estatal acerca das liberdades, limitando-as e não reconhecendo como característica central do Estado: a neutralidade. Há valores constitucionais explícitos na Constituição, e eles devem ser defendidos pelo Estado.

A partir da fixação desses dois modais exegéticos e de suas características, examinar-se-á a possibilidade de identificar quais desses dois sistemas seria mais consentâneo à realidade brasileira, compreendida a tradição cultural e jurídica, indissociável do arcabouço histórico do Brasil. Assim, analisar-se-ão algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que, além de causarem grande discussão tanto no meio acadêmico quanto jornalístico, assentaram aspectos muito relevantes acerca da possibilidade de limitação da liberdade de expressão.

Assim, aponta-se a transversalidade da pesquisa realizada, porquanto envolve não somente a interpretação das normas constitucionais, procurando abordar as questões sob o aspecto eminentemente jurídico, mas também consultando a literatura de outras áreas do saber, tais como a ciência política e a filosofia, com foco em observar como essas disciplinas do conhecimento interpretam os acontecimentos que são investigados nesta dissertação.

Realiza-se uma pesquisa com abordagem aplicada, voltada à intervenção na realidade do mundo fenomênico, procurando reconstruir o conceito de liberdade de expressão a partir de uma compreensão constitucionalmente adequada de democracia apta a dotar o intérprete de arsenal teórico-instrumental, capaz de analisar e resolver casos práticos.

O método de abordagem da pesquisa é o hipotético-dedutivo, pois se procurará sedimentar as premissas teóricas de um conceito de democracia elaborado pela Constituição brasileira de 1988, assim como estudar as características que definem e especificam a interação humana nas redes sociais. A partir daí, pretende-se evidenciar as possibilidades de exteriorização da liberdade de expressão e da sua limitação de acordo com o determinado em casos paradigmáticos da jurisdição constitucional da Alemanha e dos Estados Unidos, ao

final, observando qual modelo seria mais condizente com a realidade brasileira. A abordagem do problema será qualitativa, utilizando-se como procedimento técnico de coleta de informações a pesquisa bibliográfica e documental.

Dessa forma, no Capítulo 02 desta dissertação, serão evidenciados os caracteres essenciais da democracia a partir da estrutura insculpida na Constituição Federal e como a soberania popular é exercida de acordo com o modelo representativo ali estabelecido. Aborda-se também o quadro de recessão democrática, denotando-se a importância central da liberdade de manifestação do pensamento para o modelo de democracia representativa do Brasil.

No Capítulo 03, cuida-se de averiguar como a liberdade de expressão se desenvolve a partir do palco das redes sociais. Assim, procurou-se estabelecer as principais características desse meio comunicacional, apontando-se de acordo com a literatura especializada seu papel e evidenciando aspectos como a privatização do espaço público, a substituição da soberania do cidadão pela do consumidor e a proliferação do discurso de ódio.

No Capítulo 04, parte-se para o estudo das decisões paradigmáticas acerca da liberdade em comento, exaradas pelas Cortes Constitucionais, tanto dos Estados Unidos quanto da Alemanha, salientando-se como essas decisões se contextualizam a partir da teoria liberal adotada pelos Estados Unidos e pela teoria comunitarista que àquela faz contraste e prevalece na jurisprudência da Corte tedesca.

No derradeiro Capítulo, aborda-se o quadro da liberdade de manifestação do pensamento no Brasil a partir de seus contornos constitucionais e da análise crítica do paradigma do *free market of ideas* americano e da teoria da democracia militante adotada pela Alemanha. Ao final, realizar-se-á abordagem acerca da possibilidade de limitação da liberdade de expressão de acordo com recentes julgados do Supremo Tribunal Federal.

Ao final, pretende-se contribuir para o debate em torno da delimitação dos caracteres essenciais da liberdade de expressão e no que concerne à possibilidade de sua regulação a partir do quadro de recessão democrática e da dinâmica das comunicações em rede, traços marcantes dos tempos hodiernos, de acordo com a tradição jurídica histórica e cultural do Brasil.

Como afirmou o citado filósofo alemão, aponta-se nesta dissertação um caminho para a delimitação do objeto estudado, deixando claro, desde já, que ele não encerra “o” caminho, mas apenas uma dentre tantas possibilidades que se apresentam ao estudioso, na tentativa de definir a liberdade de expressão e de como se dá o exercício dessa liberdade na sociedade atual hipercomplexa e segmentada.

2 CARACTERES ESSENCIAIS DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

A democracia, invenção do mundo antigo, fruto da *Paidéia* grega, sedimenta a permissão para que o povo, reunido na *Ágora*, decidisse seu rumo e o destino de sua cidade-estado. E foi, assim como a filosofia, a maior herança deixada pelos antigos, o que definiu ontologicamente o mundo ocidental[2].

A vitória sobre o fascismo, depois da segunda grande guerra, aliada à consolidação do liberalismo político baseado em um sistema de liberdades civis oponível ao Estado, inaugurara um ciclo de estabilidade política e prosperidade econômica na Europa e em todo o mundo ocidental. Tal modelo conduziu aquele continente ao início de um ciclo virtuoso que se solidificaria definitivamente como paradigma mundial com o colapso da União Soviética e o fim dos regimes autoritários do leste europeu, sedimentando o modelo do constitucionalismo liberal-burguês[3].

A década de 80 do século passado marcou a derrocada dos regimes militares nos países do hemisfério sul. Com o fim do período autoritário no Brasil, foi promulgada a Carta da Primavera de 1988, que extinguiu o regime de exceção, inaugurando o Estado Democrático de Direito[4]. Desde então, a democracia e a garantia das liberdades foram os paradigmas do mundo ocidental. A lembrança, então recente, dos períodos autoritários, além da implementação do estado de bem-estar social, fazia com que o mencionado regime gozasse de grande apoio e respaldo popular, momento em que se apontava não haver alternativas fora da democracia.

Entretanto, o objetivo da política não é trazer felicidade para o maior número de pessoas, como pretendiam os arautos do utilitarismo, mas sim garantir a liberdade. Uma liberdade efetiva, chamada por muitos de autonomia. Nos regimes democráticos, encarnados nos chamados "estados democráticos de direito", a liberdade deve ser exercida sob a tutela da Constituição e de acordo com as leis.

Diante disso, coloca-se o questionamento: como há de se falar em liberdade ou mesmo autonomia se somos condicionados por uma Lei ou Constituição? Como se falar de uma liberdade "tutelada" por mecanismos exógenos que condicionam nosso comportamento, nosso agir em sociedade?

---

[2] Sobre o assunto: JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do homem grego. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

[3] Vide: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[4] Acerca do assunto: VILLA, Marco Antônio. **A história das Constituições brasileiras**. São Paulo: Leya, 2011.

A essa pergunta Castoriadis responde que a primeira condição para que a possibilidade de autonomia perante a lei ocorra dá-se a partir da efetiva participação na formação da lei: "Eu não posso ser livre sob a lei senão quando posso afirmar que esta lei é minha, que tive a possibilidade efetiva de participar de sua formação e de sua discussão"[5]. E, nesse ponto, há de se afirmar: "a lei é minha", não necessariamente quando a minha posição no debate seja dominante, mas sim, quando eu sou simplesmente capaz de participar da discussão, mesmo que o meu posicionamento não prevaleça.

Nas democracias modernas, a participação na elaboração da lei pode se dar de forma direta ou indireta. A Constituição brasileira estabelece, em seu artigo 14, incisos I e II, o referendo e o plebiscito como forma de participação direta do cidadão no processo legislativo[6]. Entretanto, a forma mais ampla de participação ocorre de forma indireta por meio da escolha de representantes que, uma vez eleitos, representarão a parcela da população que lhes elegeu, integrando a vontade nacional no momento da deliberação legislativa.

Assim, a democracia brasileira, de acordo com o desenho das normas constitucionais, é dita de representação, pois, mediante o sufrágio amplo, igualitário e universal, escolhemos os nossos representantes para que eles, em nosso nome, deliberem acerca dos grandes temas nacionais e elaborem as leis que serão "nossas leis".

Jorge Miranda traz importante análise acerca da dinâmica da representação política nos regimes democráticos modernos, delimitando esse espectro como sendo aqueles estatuídos após as revoluções burguesas da Europa, que se fundam no governo da maioria, no respeito à liberdade e no Estado de Direito[7].

Para o autor é evidente que a democracia pressupõe o governo da maioria, sendo o Estado de Direito o responsável por realizar a mediação dessa vontade e a liberdade das minorias que não podem ser esmagadas. Isso porque, se as maiorias são sempre conjunturais, cabe ao Estado de Direito estabelecer órgãos e estruturas que garantam a liberdade e a pluralidade social, porquanto é a liberdade, não somente o objetivo, mas, também, o limite da democracia.

---

[5] CASTORIADIS, Cornelius. **As encruzilhadas do labirinto**: a ascensão da insignificância. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 262.

[6] "Os direitos políticos abrangem o direito ao sufrágio, que se materializa no direito de votar, de participar da organização da vontade estatal e no direito de ser votado. [...] No ordenamento jurídico brasileiro, o sufrágio abrange o direito de voto, mas vai além dele, ao permitir que os titulares exerçam o poder por meio da participação em plebiscitos, referendos e iniciativas populares". MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 701.

[7] MIRANDA, Jorge. Sistema político e riscos de erosão do regime democrático. **JURISMAT – Revista Jurídica do ISMAT**, n. 07, Portugal, nov. 2015.

Nessa toada, a importância da democracia representativa circunscreve-se no fato de somente ela ser capaz de distinguir o espaço público e o privado, o que os gregos costumavam chamar de *Oikos*, *Agora* e *Ecclesia*, a saber: a esfera individual privada, a esfera público-privada e a esfera eminentemente pública[8]; assim como somente a democracia representativa foi capaz de assegurar a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados. Além disso, essa forma de governo assegura a liberdade, baseada no princípio da igualdade e no pluralismo, pois o governo da maioria no sistema representativo é apenas a forma do exercício de um poder que importa numa relação dialética de um bloco majoritário e minoritário entre governo e oposição que, episódica e conjunturalmente, importa sempre na possibilidade de alternâncias e alternativas.

Dessa forma, o controle jurisdicional da atuação da maioria frente às minorias representa um dos principais elementos de legitimidade democrática do próprio sistema, pois a decisão da maioria é suscetível de controle, seja material, em relação às balizas insculpidas nos direitos fundamentais, seja formalmente, atendendo ao respeito acerca dos procedimentos constitucionais que versam sobre a edição das leis e a necessidade de renovação dos quadros políticos por meio de eleições periódicas[9].

Nesse ponto, calha denotar as palavras de Innerarity:

> Quando a democracia funciona bem, converte-se num regime de desvendamento, em que se vigia, se mostra, critica, desconfia, protesta e impugna. Ao contrário dos sistemas políticos em que se reprime a dissidência, obstaculiza-se a alternativa ou ocultam-se os erros, um sistema no qual existe liberdade política tem como resultado

[8] "A língua grega antiga e prática política dos atenienses nos oferecem uma distinção preciosa – e, em minha opinião, de validade universal – entre três esferas das atividades humanas, que a instituição global da sociedade deve simultaneamente separar e articular: a *oikos*, a *agora* e a *ecclesia*. Podemos traduzir livremente por: a esfera privada, a esfera privada/pública, a esfera (formalmente e fortemente) pública, idêntica ao que denominei acima de poder explícito. [...] Estas esferas só encontram-se nitidamente distintas (e propriamente articuladas) nos regimes democráticos. Em um regime totalitário, por exemplo, em princípio a esfera pública absorve tudo. Ao mesmo tempo, ela não é na realidade de modo algum pública, e sim propriedade privada do aparelho totalitário que detém e exerce o poder. [...] Paradoxalmente, as pseudo-'democracias' ocidentais contemporâneas transformam em grande parte a esfera pública em questão privada: as decisões verdadeiramente importantes são tomadas em segredo e nos bastidores (do governo, do Parlamento, dos aparelhos dos partidos). Uma definição de democracia tão boa quanto qualquer outra é: o regime em que a esfera pública torna-se verdadeiramente e efetivamente pública - pertencente a todos e efetivamente aberta à participação de todos". CASTORIADIS, Cornelius. **As encruzilhadas do labirinto:** a ascensão da insignificância. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 264.

[9] "Nesta perspectiva, a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade, o que não afasta, como também de há muito já corresponde a uma assertiva corrente, a existência de tensões entre os direitos fundamentais e algumas das dimensões da democracia. [...] aos direitos fundamentais é atribuído um caráter contramajoritário, que, embora inerente às democracias constitucionais (já que sem a garantia de direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia) não deixa de estar, em certo sentido, permanentemente em conflito com o processo decisório político, já que os direitos fundamentais são fundamentais precisamente por estarem subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que democraticamente legitimados para o exercício do poder". SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

> uma batalha democrática em virtude da qual o espaço público se enche de elementos negativos – uns criticam outros, escândalos são magnificados, os protestos se organizam [...], as pessoas tendem a fazer valer seus interesses o mais ruidosamente possível – e é conveniente que de tudo isso se saiba tirar conclusões corretas[10].

Logo, corolário do postulado de que a democracia é o governo da maioria episódica que respeita o direito à voz e as reivindicações da minoria, ele é um regime barulhento, ruidoso, amplamente capaz de ser escrutinado, possuindo um espaço público aberto a manifestações de descontentamento e crítica, muitas vezes contrária à maioria que está no poder.

Noutra senda, há autores que conceituam a democracia apenas como um conjunto de instituições eleitorais que são capazes de traduzir as opiniões do povo em políticas públicas. Com isso, eles denotam no conceito de democracia apenas a capacidade dos cidadãos integrarem a vontade nacional, chamando, noutra senda, de instituições liberais aquelas que efetivamente protegem o estado de direito, garantindo os direitos individuais, tais como liberdade de expressão, de associação, de imprensa, para todos os cidadãos (e não somente para a maioria)[11].

O liberalismo político, ao criar mecanismos de contenção do poder soberano, procura impedir que determinado partido ou político acumule poder de forma demasiada, com o objetivo de não anular os direitos das minorias e permitir-lhes ter voz, conciliando de alguma forma os seus interesses e permitindo a alternância no poder.

Esclarecendo os contornos do liberalismo político aponta Goés que ele:

> Valoriza as liberdades individuais, enquanto garantias negativas, de modo a imunizar a esfera de atuação do sujeito de toda e qualquer ação do Estado que pudesse violar esse núcleo básico de liberdades, representativas do que depois, veio a se notabilizar, no Estado de Direito, como rol efetivo dos direitos fundamentais[12].

É evidente que os conceitos de democracia e de liberalismo possuem uma relação intrínseca, em que se misturam como causa e efeito, mas sem se divisar qual dos dois possui a precedência lógica. De fato, é um sistema de direito que concede proteção, voz e autonomia a minorias impopulares e garante a liberdade para a imprensa criticar o poder constituído que avaliza um sistema de governo capaz de permitir às pessoas mudarem seus soberanos mediante eleições livres, justas e periódicas.

---

[10] INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação:** a frustração popular e os riscos para a democracia. Rio de Janeiro: LeYa, 2017. p. 125.
[11] MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Não paginado.
[12] GOÉS, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 48.

A importância de se separar o conceito de democracia daquele outro de liberalismo político calha para dar conta, categorizando em hipóteses teóricas, do recente fenômeno que vem ocorrendo em alguns países europeus, assim como nos Estados Unidos e no Brasil. Isso é fruto de uma disfunção política que atinge aspectos institucionais do sistema democrático para se produzir uma democracia sem direitos ou o que Mounk chamou de democracia iliberal[13].

A democracia iliberal seria assim uma democracia sem direitos, capitaneada por um líder eleito pelo povo democraticamente, mas que se propõe ser o representante desse mesmo povo sem a mediação das instituições liberais. Nesta realidade atual, o governante eleito não pretende ser o Estado como no regime absolutista, mas ele proclama: eu sou o povo!

2.1 A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta que inaugurou a democracia no Brasil depois de um longo período autoritário é a constituição do conflito, dos conteúdos dinâmicos do pluralismo, da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade[14]. Mas, ao mesmo tempo, ao estatuir um Estado Democrático de Direito, em seu art. 1º, ultrapassa o Estado Social de direito, conquanto a ordem democrática tenha um conteúdo transformador da realidade e afirmativo da cidadania. Solapando a análise apenas do aspecto material de concretização de uma vida digna, ela impõe ao cidadão a participação pública na construção de uma nova realidade, de um projeto de realidade, considerando a natureza sempre incompleta e incerta da democracia. É esse regime aberto, plural, que não conhece verdades absolutas, além daquelas construídas ao longo de um consenso pontual e mutável, que a Carta Magna inaugura a partir da primavera de 1988.

O desenho arquitetado pela Constituição para a nossa democracia é baseado em elementos que lhe dão características próprias, estabilizam e sedimentam o pacto nacional de como tal regime será efetivado e exercido em sua *práxis* institucional e cotidiana. A partir da análise de nossa Lei Maior, pode-se apontar, em linhas gerais, que nossa Carta ancora o regime democrático a partir dos seguintes pilares: constitucionalidade, sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, pluralismo político, separação, independência e liberdade entre os poderes da República e soberania popular a ser exercida nos termos da própria Lei Máxima.

---

[13] MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Não paginado.
[14] BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 345

A constitucionalidade remonta a vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico da cidadania e das garantias jurídicas. É a Constituição que estabelece as regras do jogo, predispõe a alternância do poder e cria o *ethos* democrático.

O Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos é hábil e, ao mesmo tempo em que assegura ao cidadão um espectro de vida intangível pelo Estado, conclama esse mesmo cidadão a ter uma postura ativa e participativa na sociedade, para garantir a justiça social, a igualdade material e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária[15].

O pluralismo político, por sua vez, é Fundamento da República[16] e importa na experiência cotidiana de que ninguém está na posse de uma verdade absoluta em matéria política. A democracia exige que ninguém possa reivindicar saber mais o que é melhor para todos; todo e qualquer cidadão é vocacionado em igual medida a posicionar-se com relação a questões atinentes à sociedade. O pluralismo implica afastar-se de um absolutismo moral, que enfrenta posições contrárias com intolerância e pretende excluí-las liminarmente do discurso político[17]. Além desse aspecto, o pluralismo ressoa no fato de a democracia, para existir, não demandar um povo homogêneo. Ao revés: o reconhecimento do outro como ser igual e livre, o respeito pelo outro na sua convicção política, mediante a renúncia a uma pretensão de validade absoluta, são fundamentos de regime democrático que exige dos cidadãos a afirmação das regras do jogo, para que possam se manifestar de forma plural, sem aniquilar o diverso, o minoritário ou o vencido, pois estes assim o são apenas episodicamente.

A separação, independência e harmonia entre os poderes elevam-se, a princípio caro à democracia enquanto nasce como mecanismo contra o poderio absoluto, incontido, em combate ao arbítrio, a favor do controle, da limitação do poder, em salvaguarda da liberdade e da racionalidade estatal. A separação de poderes tem por mote o controle do poder pelo próprio poder, um sistema de fiscalização e limitação recíprocas, o denominado sistema de freios e contrapesos, que surgiu na Constituição dos Estados Unidos da América (1787), previamente à Revolução Francesa (1789)[18].

A separação orgânica das funções típicas do Estado estabelece uma barreira perene contra o pensamento único e o arbítrio totalitário, garantindo a pluralidade inerente ao regime

---

[15] Como objetivo da República: Constituição Federal, art. 3, I.
[16] Constituição Federal, art. 1 V.
[17] VOBKUHLE, Andreas. **Defesa do estado constitucional democrático em tempos de populismo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 33.
[18] CANOTILHO, J. J. Gomes *et al*. **Comentários à Constituição do Brasi**l Série IDP. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Não paginado.

democrático, que não pode existir com uma visão única da sociedade e rechaça a concentração do Poder.

2.1.1 O exercício da soberania popular

A Constituição da República, no parágrafo único do seu art. 1º, ao afirmar que todo o poder emana do povo, estabelece o princípio da soberania popular e prossegue afirmando que esse poder será exercido indiretamente por meio dos seus representantes eleitos e diretamente, nos termos por ela estabelecidos.

A análise atenta do dispositivo constitucional aponta-nos que ele distingue a titularidade do poder, do exercício propriamente dito do poder político. Isso ocorre porque, embora o poder emane do povo, apenas excepcionalmente ele pode exercê-lo diretamente.

O exercício do poder político pelo povo, em regra, ocorre de forma indireta, mediada e permeada pelas instituições democráticas, pelos órgãos da sociedade civil organizada, pelos partidos políticos, pelo direito amplo ao sufrágio e, consequentemente, pela realização de eleições periódicas para a determinação de seus representantes que ocuparão o Poder Legislativo e Executivo e exercerão seus poderes políticos em prol do bem comum. Além disso, a própria existência de um Poder Judiciário independente, mesmo que não eleito (de acordo com o modelo brasileiro e europeu) retira a sua legitimidade da própria competência que lhe é atribuída pela Constituição e exerce o seu poder em nome do povo.

De certo, a evocação do povo é necessária à legitimidade democrática, fornecendo a justificativa retórica para qualquer ação do Estado, mas não podemos supor que o povo das letras constitucionais sirva apenas a arroubos retóricos aptos a legitimar o sistema jurídico.

Acerca do emprego e dos significados semânticos da palavra povo, como tema central da democracia, aponta-se que o povo pode ser compreendido em três acepções: como a de povo ativo, povo como "instância global de atribuição de legitimidade" e povo como ícone[19]. A acepção de povo como "povo ativo" envolve aqueles que exercem seus direitos políticos, elegendo seus representantes e participando de medidas de iniciativa popular. Nessa classificação do povo, a totalidade dos eleitores é considerada, sendo esse povo "a fonte de determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas"[20].

---

[19] MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003.
[20] *Ibid.* p. 56.

O povo também é concebido como "instância global de atribuição de legitimidade", pois a partir do momento em que o povo ativo elege seus representantes e dos seus trabalhos resultam nos textos das normas, tais normas, por sua vez, são implementadas nas diferentes funções do Estado e, ao final, todos são potencialmente atingidos pelas políticas públicas implementadas pelos Poderes da República. Tudo isso cria um ciclo de legitimação que não pode ser interrompido[21].

Temos, ainda, o povo como ícone, notadamente nos regimes autoritários em que, embora se possa evocar o poder constituinte do povo, a Constituição não prevê mecanismos e procedimentos para a sua participação nas instâncias de decisão política, que passam a pertencer a um soberano ou a um grupo específico, autointitulado capaz de filtrar e revelar qual a vontade do povo. Calha denotar que o povo é utilizado como ícone também nos regimes democráticos, quando eleições são fraudadas ou manipuladas, ou ainda quando o poder Judiciário, de forma solipsista, decide em nome do povo sem deixar se permear pelo diálogo das partes em contraditório e promulga uma decisão ancorada em razões subjetivas, não podendo ser atribuída com plausabilidade a nenhuma lei vigente[22].

O termo povo, embora possa ser utilizado em todas essas acepções, deve ser compreendido como "todo o povo". Explico: o termo deve envolver todas aquelas pessoas que habitam sob determinado território, inclusive aquelas subintegradas e excluídas, que por mais que não possam exprimir a contento os seus desejos, integrando a vontade nacional, estão com os seus destinos atrelados às escolhas realizadas pelo povo ativo: todos são destinatários das prestações estatais, sejam elas negativas, sejam positivas.

Um dos maiores desafios nos tempos em que vivemos diz respeito principalmente não somente a delimitar o conceito de povo, mas também em assumir a necessidade de criar políticas de reconhecimento para facilitar a participação de todos na deliberação democrática, afastando desses grupos a pecha de marginalizados ou excluídos.

Aprofundando o tema, aponta Innerarity[23] que o ideário do liberalismo clássico hábil a animar a promulgação da Constituição Americana e a Revolução Francesa é construído sob a ideia de uma igualdade artificial que afasta as diferenças e torna homogênea a sociedade, expulsando a heterogeneidade da esfera pública. Dessa forma, em uma sociedade complexa e fragmentada como a dos dias atuais, a adesão a princípios jurídicos e políticos não basta para

---

[21] *Ibid.* p. 60.
[22] *Ibid.* p. 66.
[23] INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação:** a frustração popular e os riscos para a democracia. Rio de Janeiro: LeYa, 2017. p. 62-64.

assegurar a coesão do vínculo social e para criar condições de um pertencimento comum ou de uma cidadania compartilhada. Os direitos individuais são insuficientes para representar equitativamente as diferenças, o que aponta o esgarçamento do modelo do liberalismo clássico.

Cabe ao Estado, atualmente, integrar os indivíduos não por políticas de igualdade que relegam o aspecto privado de suas vidas, as diferenças que geram a sua identidade, tais como gênero, raça e cultura, mas sim pelo reconhecimento público dessa identidade diferenciada e mesmo fragmentada, que deve ser incluída na comunidade política, deixando de ser invisibilizada, para, somente assim, reconhecer a sua participação política e social, integrando-os com as suas diferenças ao debate público. Isso pode gerar a elaboração de políticas públicas orientadas a suprir as demandas e reclamações desses variados grupos, dotando-os de representatividade e trazendo-os para o centro das tomadas de decisões democráticas.

Para a integração, é necessário o reconhecimento, que consiste fundamentalmente em respeitar a capacidade de cada um de participar dos processos nos quais são determinadas as prescrições legais que estabelecem o modo como vivemos. O cerne da questão é a ideia de que a liberdade não diz respeito apenas à proteção ante interferências ilegítimas e ilegais, mas também à oportunidade legalmente assegurada de participar do processo público de formação da vontade política. Honneth[24] aponta a tese de que "os sujeitos humanos devem sua identidade à experiência de um reconhecimento intersubjetivo"[25].

Dessa forma, a simples adesão a princípios jurídicos e políticos não basta para assegurar a coesão do vínculo social e para criar as condições de um pertencimento comum ou de cidadania partilhada de um povo. Faz-se mister integrar os indivíduos por intermédio do reconhecimento público da sua identidade diferenciada. Como o "nós o povo" não pode tornar-se idêntico consigo mesmo por meio da lógica da adição, a comunidade deve ser permanentemente refundada e relegitimada pela inclusão das diferenças. Os refugiados, os imigrantes, as mulheres, as mais variadas minorias, enfim, as comunidades que reclamam um maior autogoverno não exigem privilégios, mas que o Estado cumpra efetivamente a sua promessa de neutralidade, inclusão e cidadania.

---

[24] HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2003 p. 125.

[25] Afirma o autor: "a reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco por que os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais". *Ibid.* p. 155.

Indo adiante, para compreender a forma de exercício da soberania popular, faz-se necessário recorrer aos conceitos lavrados por Rousseau, acerca das diferenças da vontade geral e da vontade da maioria:[26] a vontade geral não pode ser compreendida apenas como uma soma das vontades individuais dos cidadãos que habitam em determinado Estado, sendo regulado pelo singelo princípio majoritário, consubstanciando a soma das opiniões individuais: da soma das vontades individuais não se alcança a vontade geral.

A vontade geral diz respeito à vontade guiada pelo alcance do bem comum, enquanto o corpo social é compreendido como uma coletividade. O cidadão, para estabelecer essa vontade ampla, voltada ao corpo social considerado como ente aberto e plural, deve deixar de lado os seus interesses meramente privados e tentar alcançar o bem coletivo, consubstanciado nessa vontade comum. Dessa forma, a soberania popular não pode ser exercida de forma meramente plebiscitária, estabelecendo o resultado a partir da simples consecução da maioria, alcançada pela soma de votos. Os plebiscitos são tão importantes numa democracia, quanto incapazes de substituir os debates profundos e abertos, refletindo da pior forma a pluralidade de opiniões e interesses de uma sociedade, se a compararmos com o modelo representativo. Essa imprecisão ocorre porque se diminuem os procedimentos de decisão a possibilidades meramente binárias, em cujo campo há muitas posições heterogêneas que somente têm a capacidade de coincidir, neste modelo, com o sim ou o não.

Essa vontade geral que vai além da soma das vontades individuais é construída pela própria discussão democrática, que, ao longo de seu processo, elabora sínteses das vontades individuais que se aproximam e se distanciam. Essas idas e vindas do debate público estabelecem pautas comuns e constroem pontos de intersecção, que devem ser aplicados em prol da comunidade. Por isso, diz-se que a democracia se trata de regime em permanente construção: a soberania popular deve ser reflexiva e processualizada, ao mesmo tempo em que constitui e é constituída por direitos fundamentais abertos à interpretação e ao desenvolvimento político-legislativo.

A partir do desenvolvimento dessa teoria que diferencia a vontade de todos da vontade geral, o modelo de exercício da soberania popular, tal qual conhecemos, foi desenhado quando dos debates que antecederam a criação da Federação dos Estados

---

[26] "Via de regra, há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta se refere somente ao interesse comum, enquanto a outra diz respeito ao interesse privado, nada mais sendo que uma soma das vontades particulares. [...] Importa, pois, para se chegar ao verdadeiro enunciado da vontade geral, que não haja sociedade parcial no Estado e que cada cidadão só venha a opinar de acordo com o seu próprio ponto de vista". ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 37-38.

Americanos, concretizando-se em 17 de setembro de 1787, quando da promulgação do *bill of rights*.

A Constituição de 1988 utilizou como modelo para o exercício da soberania popular, seguindo a tradição de nossas constituições anteriores, aquele adotado pelos Estados Unidos, notadamente o regime presidencialista e a existência bicameral de representação política. Como assenta Sunstein, há de se lembrar de que a Constituição americana foi desenhada para criar uma república, retirando o poder de comandar o governo de um rei ou rainha e atribuindo a soberania ao *we the people*, rejeitando qualquer soberania de herança monárquica e baseada em títulos de nobreza[27].

Ao mesmo tempo, os assim chamados pais fundadores (*founding fathers*) da república federativa que ali se iniciava, seguindo o modelo racionalista do iluminismo francês, tinham muito medo das paixões e preconceitos populares e não queriam que o governo traduzisse seus desejos diretamente em lei. Na verdade, eles adotaram uma forma de filtragem, isto é, tentaram criar instituições que "filtrariam" os desejos populares, de modo a garantir políticas que promovessem o bem público a partir da vontade geral.

Rousseau, quando desenhou o sistema direto para elaboração da vontade geral, o fez para que fosse aplicado no pequeno território da Genebra, outrossim, na época dos debates que antecederam a promulgação da Constituição dos Estados Unidos, os antifederalistas identificavam que a república até então arquitetada não funcionaria em um largo território como o americano.

James Madison, entretanto, expôs no federalista n. 10[28] que um dos efeitos salutares do tamanho da federação que surgia seria o de refinar e ampliar as visões públicas, passando-as por meio de um corpo escolhido de cidadãos, cuja sabedoria pode discernir melhor o verdadeiro interesse de seu país, e que por patriotismo e amor à justiça serão menos propensos

---

[27] SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. Não paginado.

[28] "A republic, by which I mean a government in which the scheme of representation takes place, opens a different prospect, and promises the cure for which we are seeking. Let us examine the points in which it varies from pure democracy, and we shall comprehend both the nature of the cure and the efficacy which it must derive from the Union. The two great points of difference between a democracy and a republic are: first, the delegation of the government, in the latter, to a small number of citizens elected by the rest; secondly, the greater number of citizens, and greater sphere of country, over which the latter may be extended. The effect of the first difference is, on the one hand, to refine and enlarge the public views, by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose wisdom may best discern the true interest of their country, and whose patriotism and love of justice will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations. Under such a regulation, it may well happen that the public voice, pronounced by the representatives of the people, will be more consonant to the public good than if pronounced by the people themselves, convened for the purpose". MADSON, James. **Federalist Paper n. 10 (1787)**. Disponível em: https://billofrightsinstitute.org/primary-sources/federalist-no-10. Acesso em: 13 ago. 2021.

a sacrificá-lo ao temporário ou a considerações parciais. Aponta, ainda, que pode muito bem acontecer que a voz pública, pronunciada pelos representantes do povo, seja mais consoante ao bem público do que se pronunciada pelo próprio povo, convocado para tal efeito. Nesse sentido, os autores da Constituição americana não foram simplesmente democratas. Eles eram republicanos. E eles eram republicanos de um tipo particular, pois rejeitaram a visão dos antifederalistas de que uma república só poderia existir em um pequeno território de pessoas com ideias semelhantes.

De acordo com o modelo americano adotado no Brasil, uma decisão meramente plebiscitária pode refletir compreensão insuficiente de questões complexas; muitas questões em políticas públicas requerem envolvimento com questões técnicas. A estrutura da representação política e o sistema de freios e contrapesos foram projetados para criar uma espécie de filtro entre as pessoas e a lei, de modo a garantir que o que surgisse fosse refletido e baseado em informações verdadeiras e amplas sobre determinado assunto, tornando-se política pública depois do processo legislativo. Ao mesmo tempo, os ideólogos daquela República Federativa valorizaram muito a ideia de "virtude cívica", que exigia que os participantes da política agissem como cidadãos dedicados a algo diferente de seu próprio interesse estreitamente concebido.

Essa forma de republicanismo pretendeu criar uma democracia deliberativa. Nesse sistema, os representantes seriam responsabilizados perante o público em geral, mas também havia a premissa de um grande grau de reflexão e debate, tanto dentro da cidadania, enquanto instância civil organizada, quanto dentro do próprio governo. Dessa forma, a democracia não seria simplesmente a presença dos cidadãos nos lugares onde se tomam decisões, mas, sobretudo, o fato de as instituições eletivas e os eleitos poderem ser julgados e responsabilizados pela cidadania.

O sistema do bicameralismo, por exemplo, pretendia controlar uma decisão legislativa insuficientemente debatida de uma ou outra câmara legislativa; o Senado, em particular, deveria ter um efeito de diminuir a influência das paixões populares, veiculada pelos seus representantes, os deputados. A longa duração do mandato dos senadores, assim como o seu vínculo aos estados, procura afastá-los dos interesses eminentemente locais, reduzindo o poder de pequenos grupos de pressão sobre as decisões dos representantes.

A partir desses pontos, deve ficar claro que não se encontrava enraizado na Constituição americana o pressuposto de que a democracia direta seria o ideal, a ser substituída por instituições republicanas apenas porque a democracia direta era impraticável à

luz do que eram, pelos padrões modernos, tecnologias extremamente primitivas de comunicação. Muitos observadores recentes sugerem que, pela primeira vez na história do mundo, algo como democracia direta tornou-se viável[29]. Atualmente é possível que os cidadãos digam ao governo, toda semana e até mesmo todos os dias, o que gostariam que ele fizesse. Em verdade, as redes sociais são facilmente recrutadas para descobrir o que muitas pessoas desejam que o governo faça.

No entanto, do ponto de vista dos ideais constitucionais, a democracia direta via *Twitter* ou *Facebook* ou alternativas imagináveis não seria nada para se comemorar; na verdade, seria uma distorção das aspirações dos idealizadores do modelo republicano. Isso prejudicaria os objetivos deliberativos da arquitetura original da república. O sistema republicano nunca redundou em uma democracia direta, e uma boa ordem democrática tenta assegurar decisões informadas e refletidas, não simplesmente instantâneos de opiniões individuais, adequadamente agregadas[30].

Nesse mesmo sentido, pondera Innerarity[31] que o grande inimigo atual de nossas democracias não se revela na força opressora de suas instituições, mas sobretudo em sua debilidade frente a flutuações da opinião pública. Muitas vezes as instituições políticas não têm poder para regular os mercados que podem trazer profunda variação econômica e prejuízos sociais, frente ao encadeamento das livres decisões de investidores. Essas mesmas instituições são incapazes de fazer com que líderes populistas impeçam o parlamento de construir o interesse geral, com todas as suas exigências de equilíbrio e responsabilidade. Não foi o distanciamento das elites em relação ao povo que empobreceu nossas democracias, mas, de certa forma, a sua excessiva proximidade, a debilidade da política vulnerável às pressões de cada momento e atenta unicamente aos vaivéns do curto prazo.

Com isso não se pretende justificar um regime de poder elitista ou aristocrático, em que o povo é representado apenas como ícone, mas sim reconhecer que são as instituições democráticas que nos protegem contra o apelo demagógico para o povo, representando-o, congregando-o em sua pluralidade constitutiva e na complexidade de sua vontade.

---

[29] Nesse sentido: HAN, Byung-Chul: **Razionalità digitale.** La fine dell´agire comunicativo. Milano: GoWare, 2014; INNERARITY, Daniel. **Una teoria de la democracia compleja:** gobernar en el siglo XXI. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2020.

[30] SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. Não paginado.

[31] INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação:** a frustração popular e os riscos para a democracia. Rio de Janeiro: LeYa, 2017. p. 163.

Ao fim e ao cabo, atribuir um caráter absoluto e pretender o exercício direto da soberania popular em todas as hipóteses pode afastar o caráter geral da deliberação pública, produzindo um *déficit* democrático, em vez de fortalecê-lo.

Sunstein[32] aponta que para os autores da constituição americana a heterogeneidade e a diversidade do debate democrático, longe de ser um obstáculo, possui um poder criativo, melhorando a qualidade da deliberação e a produção de melhores resultados. Se todos concordarem com algo, qual o objetivo do debate e da deliberação?

Importa frisar que na primeira reunião do Congresso americano, houve a votação acerca de um direito do cidadão a instruir seu representante sobre como votar. Esse direito foi rejeitado pelo congresso americano sob a alegação de que esse tipo de controle destruiria o próprio objetivo do congresso, pois o representante tem o dever de não apenas ouvir seus eleitores, mas também de se encontrar com os outros representantes da federação e tentar chegar a um acordo comum sobre o que seja o bem geral para toda a comunidade. Se houver instrução de como votar por parte dos apoiadores, não haverá razão para a deliberação parlamentar.

É exatamente nesse sentido que se dá a liberdade do Congresso Nacional: o parlamentar possui um "mandato livre", não importa se ele está na oposição ou perfaz a base do governo, todos são representantes do povo, independentes de quaisquer encargos e instruções, subordinados à responsabilidade moral-política da consecução do bem-estar da coletividade. Assim, a transparência e abertura para o debate, permitindo-se influenciar pelo próprio procedimento de deliberação, além da retroalimentação resultante do contato entre os parlamentares e seus eleitores, fazem com que a responsabilidade política do Estado saia fortalecida[33].

A legitimidade da representação democrática não nasce da concretização da "vontade do povo", mas sim da deliberação em comum das casas legislativas, que envolvem a comunidade de todos os estados federados que tomam as suas decisões com base em razões explícitas e justificadas. A constituição americana, assim como a brasileira que nela se espelhou, quando desenhou o seu modelo parlamentar, pretendia criar uma "república das razões", em que o poder do Estado deve ser usado justificadamente de forma racional, e não apenas com base no apoio de uma maioria que o deseja.

---

[32] SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. Não paginado.

[33] Neste sentido: VOBKUHLE, Andreas. **Defesa do estado constitucional democrático em tempos de populismo.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 51.

Uma sociedade heterogênea sempre corre o risco de fragmentação. A própria Constituição tem como um dos seus principais objetivos diminuir esse perigo, criando um sistema de freios e contrapesos entre os interesses locais (Câmara dos Deputados) e os interesses federativos (Senado). Além disso, a Carta Política deve ser considerada em si como uma declaração de direitos solene que representa o entendimento compartilhado entre pessoas extremamente diversas. Um regime marcado pelo autogoverno do povo precisa de uma pauta de valores e compromissos comuns. Nesse sentido, a representação democrática é capaz de garantir a pluralidade da discussão política, algo que não teria como ocorrer somente com a democracia direta. Numa sociedade complexa e diferenciada, a representação torna possível que uma pluralidade de sujeitos seja capaz de atuar sem anular essa mesma pluralidade. Assim, o exercício do poder pelo povo de forma indireta, por intermédio da eleição de seus representantes, não pode ser visto com um inconveniente, mas sim como uma capacitação para que a sociedade atue politicamente e, ao mesmo tempo, garanta a manutenção de sua diversidade.

Assim, foi bem o legislador brasileiro quando previu um sistema misto de participação popular. Permitiu a participação direta através do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular somente em situações específicas e pontuais, atribuindo a prevalência da representação indireta como a regra do sistema democrático para a grande maioria de questões debatidas no parlamento, mas também permitindo a permeabilidade dessa discussão com a participação direta dos cidadãos[34].

[34] "Não obstante isso, em nosso país, o poder constituinte acabou consagrando instrumentos de Democracia direta (o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular), que, inseridos no texto constitucional, ao mesclarem-se com a Democracia representativa, explicitamente privilegiada pela Constituição, irão conformar em nosso País uma forma de Democracia semidireta. [...] A Constituição Federal, especificamente, impõe a consulta popular como pressuposto formal para a deliberação sobre alguns fatos jurídico-políticos. Assim, nos casos de *incorporação, subdivisão e desmembramento* de Estados-membros ou Municípios, em que, expressamente, a Constituição exige a consulta prévia, mediante plebiscito, da população ou das populações diretamente interessadas (art. 18, §§ 3º e 4º, da Constituição da República). Por fim, por intermédio da chamada iniciativa popular (art. 14, III, da CF), a Constituição estimulou a participação direta do povo na formação da vontade política do Estado, conferindo-lhe a titularidade de iniciativa de lei, autorizando-lhe, sem a necessidade de intermediação de um representante político, diretamente, propor projetos de lei. Assim, segundo o art. 61, § 2º, da Constituição, a iniciativa popular será exercida *pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles."* CANOTILHO, J. J. Gomes; *et al*. **Comentários à Constituição do Brasil –** Série IDP. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, comentários ao art. 14, não paginado.

2.2 A RECESSÃO DEMOCRÁTICA

A erosão democrática é um fenômeno da atualidade, denotando-se a partir dos seguintes sinais principais: (a) o elevado número de abstenções em todas as eleições; (b) a dificuldade de chegada ao Parlamento de novos partidos; (c) a pouca renovação da classe política, com a criação dos políticos profissionais; (d) a escolha dos altos cargos da Administração Pública segundo critérios partidários e não segundo o mérito; (e) a colonização da classe política pela classe financeira e (f) o alheamento dos cidadãos em relação às grandes decisões políticas, sociais e econômicas[35].

Todos esses sintomas apontam a evidência de que os cidadãos estão confiando cada vez menos nas instituições democráticas, desenvolvendo uma visão negativa de seus governos. Nada obstante, isso se dá pelo fato não de as políticas de governo terem necessariamente decepcionado as pessoas, mas sim porque se vincula essa falta de confiança à ampliação do conhecimento de como o governo funciona. Vive-se sob o signo da transparência que aguilhoa e potencializa o sentimento de desconfiança do povo, ao perceber-se de forma pornográfica o processo político, como seus consensos, acordos e desacordos são debatidos e implementados.

Elaborando reflexão acerca da demanda imperiosa por transparência em todos os aspectos da vida da sociedade pós-moderna, Han apresenta as suas características marcantes em contraste com a existência da confiança, ao assentar que ao revés do pensamento comum de que a transparência cria a confiança, o que ocorre verdadeiramente é o contrário: "onde impera a transparência não há mais espaço para o estabelecimento de relações de confiança" , pois onde o fundamento moral capaz de criar pautas comuns se esgarça, desaparece a crença dos indivíduos uns nos outros, e surge a necessidade de controle baseado na transparência[36].

---

[35] MIRANDA, Jorge. Sistema político e riscos de erosão do regime democrático. **JURISMAT – Revista Jurídica do ISMAT**, n. 07, Portugal, nov. 2015. p. 21.

[36] "a confiança significa edificar uma boa relação positiva com o outro apesar de não saber dele; possibilita ação, apesar da falta de saber. Se de antemão sei tudo, já se torna supérflua a confiança. Transparência é um estado no qual se elimina todo e qualquer não saber, pois onde impera a transparência já não há espaço para a confiança. Em vez do mote *transparência cria confiança* dever-se-ia propriamente dizer: *a transparência destrói a confiança*. A exigência por transparência torna-se realmente aguda quando já não há mais confiança, e na sociedade pautada na confiança não surge qualquer exigência premente por transparência. Por isso a sociedade da transparência é uma sociedade da desconfiança e da suspeita, que em virtude do desaparecimento da confiança, agarra-se ao controle. A intensa exigência por transparência aponta precisamente para o fato de que o fundamento moral da sociedade se tornou frágil, que os valores morais da honestidade e sinceridade estão perdendo cada vez mais importância" HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 111.

Decerto que publicidade e transparência são conquistas importantes ao regime democrático, pois é por intermédio delas que a cidadania pode controlar a atividade dos eleitos, verificar o respeito aos procedimentos legais, compreender os processos de decisão e por isso confiar nas instituições que formam o regime democrático. Entretanto, a demanda por transparência absoluta, crescente na era da informação em que vivemos, pode prejudicar mais que reforçar a confiança, visto alimentar uma cultura de suspeita que intensifica a desconfiança pública.

A extrema complexidade social e a multiplicidade de pautas e de interesses são incapazes de colmatar um amálgama unificador da sociedade; exige-se transparência e controle, mas quanto maior o desvelamento das entranhas do poder e da política, maior a desconfiança e a necessidade de controle. Nem mesmo a necessidade de democracia ou liberdade é capaz de unificar a sociedade. Tanto é assim que, no Brasil, os partidos que saíram vitoriosos nas últimas eleições federais[37] foram aqueles que criticavam os direitos estatuídos na Constituição, bradavam contra os direitos humanos, diziam-se *outsiders* da "velha política", hábeis em prometer um governo dominado por tecnocratas "antissistema".

Além desse elemento cultural deve-se juntar ao caldeirão de eventos a crise de desempenho da democracia liberal em dar estabilidade econômica para fortalecer o estado de bem-estar social e de prosperidade. O que se observa nos últimos anos são sucessivas crises financeiras que aumentaram as desigualdades sociais e que retiraram a classe média dos países democráticos de um ciclo de prosperidade e estabilidade que vinha se reproduzindo desde a Segunda Guerra Mundial. Denote-se, por exemplo, a crise de 2007 e 2008, que representou a primeira crise sistêmica, fruto da globalização econômica e notadamente gerada por instituições financeiras privadas que ao final foram socorridas pelo Estado, gerando um enorme custo público para manter hígido o sistema bancário de cada país, sob pena de derrocada mundial da confiança no sistema financeiro[38].

Todo esse quadro traz ao cidadão o sentimento de impotência a partir do momento em que se percebe a sua pouca ou nenhuma influência nas decisões que são tomadas nos parlamentos nacionais ou na própria implementação de políticas públicas.

---

[37] PSL pula de nanico a 2ª bancada da Câmara. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 de outubro de 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/psl-partido-de-bolsonaro-pula-de-nanico-a-2a-bancada-da-camara.shtml. Acesso em: 10 mar. 2021.

[38] Não é objeto do presente artigo aprofundar o tema, mas acerca do assunto vide: FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A grande plêiade de compromissos internacionais de que os países são signatários, além do grande poder legiferante destacado para agências reguladoras, faz com que parte das decisões impactantes na vida do cidadão seja tomada por tecnocratas, que não sofrem o escrutínio do voto popular e muitas vezes são totalmente alheios ao processo político e democrático nacional[39], gerando o que Bauman chama de "tirania do economicamente correto"[40]. Com isso, a grande maioria dos debates sobre o estabelecimento das políticas públicas necessita apenas de uma legitimação econômica, afastando a necessidade de uma justificação puramente humana, política ou até mesmo social, ao ponto que também rechaça o escrutínio popular ao embasar a decisão pública em fatores técnico-econômicos a cargo de tecnocratas não eleitos.

Sob outro ângulo, Innerarity[41] denota o fato de o positivismo filosófico ter sacramentado entre nós a dicotomia que opõe os sentimentos à razão. O ideal iluminista da supremacia da razão de fato animou as primeiras revoluções burguesas que modelaram o sistema democrático tal qual o conhecemos, pois se pretende que o discurso racional, desapaixonado, seja o meio mais neutro e correto de proceder. Dessa forma, todo o nosso sistema democrático é baseado na relação entre o povo, detentor do poder, e a elite política (seus representantes) que se estabelece por meio de votações plebiscitárias, oportunidade em que uma miríade de problemas sociais são reduzidos a esquemas binários, que serão submetidos a votação.

Este sistema deixou de lado a importância dos sentimentos para a configuração do espaço público, assim como a necessidade de engajamento, de identidade e de segurança capaz de unir a sociedade em torno de pautas em comuns.

O modelo de democracia foi criado com base no ideário iluminista, em que o desencantamento, a racionalização, a proteção à objetividade, são ideias fundamentais que nos

---

[39] Sobre a crise das soberanias nos Estados Nacionais vide: FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de Derecho y Jurisdiccion en La Crisis del Estado Nacional. *In:* Ferrajoli, Luigi; Atienza Manuel. **Jurisdicion y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho**. México: Universidad Nacional Autonoma de México, 2005; TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais:** constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

[40] "De fato, de maneira gradual, mas inexorável, torna-se um axioma do discurso público que tudo que economicamente ´tem sentido´ não necessita de nenhum outro sentido político, social ou categoricamente humano. Num mundo onde os principais atores já não são Estados democraticamente controlados, mas conglomerados financeiros não eleitos, desobrigados e radicalmente desencaixados, a questão da maior lucratividade e competitividade invalida e torna ilegítimas todas as outras questões, antes que se tenha tempo e vontade de indagá-las". BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 61.

[41] INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação:** a frustração popular e os riscos para a democracia. Rio de Janeiro: LeYa, 2017. p. 105-113.

afastam de uma canalização construtiva dos sentimentos, entretanto, mesmo assim, os sentimentos entram em erupção irrompendo a partir do eu coletivo. Isso ocorre, notadamente, quando se fala na necessidade de confiança na economia, do humor dos mercados, e na necessidade da esperança para a mobilização de temáticas no espaço público.

Nesse sentido, a globalização, a falta de legitimação democrática de algumas decisões que são tomadas sob pressão de organizações internacionais, assim como o fim de um ciclo de prosperidade econômica, causam uma desordem emocional individual e coletiva, agravada pelo enfraquecimento das instituições que proporcionavam a identidade e integração social e que a elite política é incapaz de canalizar para algo próspero ou construtivo.

Sennet[42] aponta que o estágio atual do capitalismo globalizado cria uma série de consequências pessoais, em que a insegurança, a incerteza e a ausência de um Estado garantidor e diminuidor das desigualdades apontam para a corrosão do caráter do indivíduo. E este se sente à deriva num sistema onde tudo é fluido, onde o que os une é a assunção do risco.

Nessa quadratura, esse espaço social disforme e o vácuo de um discurso unificador pela política tradicional permitem que "intrusos carismáticos"[43] ocupem esse vácuo do discurso sentimental mediante a evocação do medo e da ausência de proteção, fazendo com que os mais vulneráveis, os abandonados pelas promessas da democracia liberal tornem-se pasto para as promessas simples, capazes de resolver problemas complexos.

Assim, políticos populistas canalizam essa indignação fruto do medo e da insegurança como elemento aglutinador social e político para salientar o fato de as instituições democráticas serem incapazes de responder a demanda por segurança e estabilidade. Dessa forma, o sistema democrático e a própria política são apontados como incapazes de mediar institucionalmente esses sentimentos, permitindo que esse espectro da política instrumentalize essas paixões, a fim de produzir respostas baseadas num imediatismo emocional por intermédio da canalização da histeria ou indignação social. Muitas vezes isso é amplificado pelo uso de redes sociais e a consequente propagação de discursos odiosos ou simplificações grotescas para problemas de difícil compreensão, usualmente atentando contra os direitos fundamentais das minorias.

---

[42] SENNET, Richard. **A corrosão do caráter**: as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. 19. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 91.

[43] INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação:** a frustração popular e os riscos para a democracia. Rio de Janeiro: LeYa, 2017. p. 109.

2.2.1 A democracia iliberal

O sentimento de descolamento do povo frente ao processo político que mina a confiança no regime democrático está sendo muito bem captado ao redor do mundo por alguns políticos hábeis em reivindicar a representação exclusiva do povo.

E é exatamente essa pretensão de representação uniformizadora e exclusiva que caracteriza o populismo, conforme Vobkuhle:

> O populismo é uma representação mental de política, na qual um povo homogêneo, moralmente íntegro sempre se defronta com elites imorais, corruptas e parasitárias – sendo que essas elites no fundo nem pertencem ao povo. Construída sobre essa representação mental, a ideologia populista caracterizar-se-ia por uma pretensão de representação exclusiva – de fundamentação moral: populistas reivindicariam para si serem os únicos a terem reconhecido a uma una e vera vontade popular, sendo, por isso, também os únicos verdadeiros titulares do direito de falar em nome do povo, considerando a sua titularidade[44].

Esses líderes ditos populistas procuram se identificar, sem a mediação de instituições ou partidos, com o povo e, em vez de dizer como outrora *Je suis l'Etat; l'Etat c'est moi,* afirmam "o povo sou eu" e todas aquelas instituições independentes que limitam o poder do soberano, dentre eles o Congresso e o Judiciário, e a própria existência dos direitos individuais tendem a abafar e impedir que eles proclamem a "voz do povo"[45].

Dessa forma, aproveitam o cenário de crise multifacetada acima apontada para colocar-se em rota de colisão com as principais instituições que dão supedâneo à democracia, assim como contra os direitos individuais de liberdade, para que – como líderes ungidos pela voz do povo – possam remover todos os obstáculos à execução dessa vontade, tal qual eles a interpretam. Para isso devem minar as instituições democráticas que impedem a instalação de uma autocracia, abafando a voz das "minorias ressentidas". Note-se: o que separa esse quadro da democracia liberal não é propriamente a falta de democracia, mas sim a falta de respeito pelas instituições independentes e pelos direitos individuais[46].

A sutileza do cenário que aqui se desenha exsurge quando os atuais líderes populistas, ao contrário daqueles fascistas ou comunistas de outrora, pretendem falar em nome da liberdade, defendendo as eleições, tornando dissimulado a seu desiderato de abalar

---

[44] VOBKUHLE, Andreas. **Defesa do estado constitucional democrático em tempos de populismo.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 29.

[45] Importa salientar que esses líderes populistas têm o objetivo primordial de estabelecer uma estratégia para fins de conquista e preservação da dominação política. Assim podem combiná-la com qualquer espectro da divisão maniqueísta de orientação ideológica, seja à direita ou à esquerda, motivo pelo qual eles não possuem entre si um norte político comum. Tomem-se como exemplo Hugo Chávez e Donald Trump.

[46] MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Não paginado.

as instituições garantidoras da democracia. Ao contrário, seu discurso é repleto de expressões em favor da liberdade e da democracia, pois somente eles são capazes de moldar o regime à vontade do povo. Em razão disso, Mark Tushnet[47] denomina essa espécie de regime de "Constitucionalismo autoritário" ou, ainda, de "Autoritarismo Competitivo", conforme Levitsky e Way[48].

Mas definir a vontade do povo traz consigo a pergunta: quem é esse povo? Esses líderes evocam a voz de um povo muito específico, bem diferente de um conceito de povo amplo e plural, como já denotado neste trabalho. Eles se referem a um grupo interno e determinado – unido em torno de uma ideologia, classe social, religião e com uma convicção política partilhada – contra outros grupos, externos e minoritários que a partir de então serão sistematicamente negligenciados, afastado das esferas de decisão, até serem calados, pois se afirma que existem cidadãos de primeira classe e outros que não merecem integrar a vontade nacional.

Nessa quadratura é evidente que, em regra, nos tempos atuais, as democracias não ruem por golpes de Estado ou intervenções militares que abruptamente causam uma ruptura no sistema de governo como bem aponta Levitsky[49]. As democracias podem ruir pela mão de seus políticos eleitos, que, ao assumirem os estamentos do poder, subvertem o próprio processo que os levou ao comando da nação, procurando manter sob o pálio do regime democrático políticas e mecanismos que abalam o liberalismo político, não passando de uma "maquiagem democrática": o Poder Judiciário, notadamente os Tribunais Superiores são instrumentalizados em benefício dos interesses do soberano; eleições são convocadas, mas o nível de competitividade é reduzido, seja por fraudes eleitorais, seja pela perseguição dos oponentes ao regime hegemônico, não se garantindo os mecanismos de substantiva participação democrática do cidadão e da equidade na disputa política[50]. Essa forma de procedimento de derrocada da democracia é muito mais sutil e lenta que a simples tomada de

---

[47] TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitucionalism: Some conceptual issues. *In*: GINSBURG, Tom; SIMPSER, Alberto (ed.). **Constitutions in authoritariam regimes**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 44-48.

[48] LEVITSKY, Steven; WAY, Lucas. The Rise of Competitive Authoritarianism. **Journal of Democracy**. v. 13, n. 02, 2002. p. 51-65.

[49] LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. São Paulo: Zahar, 2018.

[50] Como aponta Levitsky, em livre tradução: "Não obstante as eleições sejam realizadas regularmente e, em regra, não estejam sujeitas a fraudes maciças os detentores do poder abusam rotineiramente dos recursos estatais, negam à oposição cobertura da mídia, perseguem os candidatos da oposição e seus apoiadores e, em alguns casos, manipulam resultados eleitorais. Jornalistas, políticos de oposição e outros críticos do governo podem ser espionados, ameaçados, assediados ou presos". LEVITSKY, Steven; WAY, Lucas. The Rise of Competitive Authoritarianism. **Journal of Democracy**. v. 13, n. 02, 2002. p. 53.

poder pelas forças armadas, pois se alimenta do quadro de *déficit* da representatividade política e do pouco engajamento social em manter a democracia, como já diagnosticado acima.

As antigas ditaduras ostensivas – sob a forma de fascismo, comunismo ou domínio militar – minguaram no mundo, sendo a via eleitoral para o colapso dos regimes democráticos perigosamente enganosa.

Com um golpe de Estado clássico – como o que ocorreu no Brasil com o levante dos militares da 4ª Região Militar sediada em Juiz de Fora e que encontrou respaldo nos militares do Rio de Janeiro e de Brasília, levando o próprio Senado da República, em 02 de abril de 1964, a declarar o cargo vago de presidente da República, afastando João Goulart e consolidando o golpe – a morte da democracia é imediata e evidente para todos. O Presidente eleito é afastado, o Congresso logo depois seria fechado, as liberdades são suspensas, a Constituição é abandonada e substituída por atos institucionais autoritários[51].

Na via eleitoral, nenhuma dessas coisas ocorre: não há ataques nas ruas, as Constituições e outras instituições nominalmente democráticas restam vigentes, as pessoas ainda votam, e os autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corroem a sua essência, tratando o povo como um mero ícone de um discurso unificador e uniformizante.

Por ser um processo lento e sub-reptício, a ruptura do estado de direito se inicia exatamente com a falta de interesse do cidadão médio pelo processo político, deixando a cargo dos extremos polarizados o domínio do debate. Em vez de procurar, mediante o diálogo, atingir posicionamentos negociados, estabelecem balizas estanques que simplificam e diminuem a complexidade da vida social aos maniqueísmos dos "nós ou eles", "direita ou esquerda", "fascista ou comunista". Com isso, nega-se a própria essência da política, que é a composição dos opostos através de decisões consensuais atingidas após amplo debate que ao final faz com que os partícipes cedam em relação às suas pretensões originárias, na tentativa de abarcar e delimitar a "vontade geral", e não simplesmente a vontade da maioria.

Por isso a forma primordial de corroer a democracia a partir do seu interior acontece de modo a estabelecer um domínio da narrativa, iniciando uma guerra contra as instituições independentes que são capazes de apontar as idiossincrasias da narrativa hegemônica, contestando o monopólio da versão institucional da realidade. Ou, ainda, mostrando que o

[51] Sobre o estabelecimento do regime de exceção no Brasil: GASPARI, Elio. **A ditatura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

líder populista não fala em nome de todo o povo, desafiando a ilusão do consenso que deve ser imposto.

Dessa forma, um dos principais alvos dessa empreitada é o combate à liberdade de manifestação e de imprensa. Veículos independentes capazes de noticiar fatos em desacordo com a versão oficial da narrativa são sistematicamente hostilizados e perdem o apoio do governo, seja no aspecto publicitário, seja na própria ausência de comunicação das pautas públicas e decisões governamentais. O governo, por sua vez, arregimenta jornalistas simpatizantes, dando-lhes apoio financeiro, concedendo-lhes entrevistas exclusivas, criando um conteúdo amigável à versão oficial dos fatos e utilizando-se dos mecanismos da internet para espalhar tais leituras da realidade, de forma a consolidar no imaginário popular a supremacia da representação por parte do soberano[52].

Utilizam-se da liberdade de manifestação do pensamento para criar narrativas, impor versões alternativas da realidade pouco críveis, mas que, repetidas como um viral, por intermédio da dinâmica de interação das redes sociais, arregimentam adeptos, influenciam o debate público e escamoteiam fatos do mundo fenomênico. Assim, torna-se difícil para o cidadão médio diferenciar a versão da própria narrativa do fato, a teoria da conspiração de um posicionamento baseado em alguma certeza científica ou em uma metodologia minimamente rigorosa. Compreender a realidade, para, a partir daí, tomar decisões que sejam importantes para o exercício da cidadania, um dos pilares da democracia enquanto autogoverno, tornou-se tarefa hercúlea na era da relativização virtual[53].

2.3 DEMOCRACIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A democracia tem como seus fundamentos primordiais, estabelecidos ainda na Grécia Antiga, a Isonomia, isto é, a igualdade perante a lei, e a Isegoria[54], igualdade de expor publicamente a sua opinião, a igualdade do uso público da palavra. *Isegoria* então significava, na Grécia antiga, a garantia de acesso igual a fóruns deliberativos: direito de falar sobre questões públicas e de estar presente e participar da fala de outros. Assim, observa-se que para configuração do regime democrático não basta o postulado de igualdade formal perante a lei. Essa igualdade deve garantir a possibilidade da fala, de debater e influenciar nas questões

---

[52] Cf. MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Não paginado.
[53] Cf. SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. Não paginado.
[54] Cf. OBER, Josiah. A significação original de "democracia": capacidade de fazer coisas, não regra majoritária. *In*: MELLO, Cleyson de Moraes; M. Nuno M; COELHO, S. (coord.). **Direito, Filosofia, Ética e Linguagem**. Juiz de Fora: Editar, 2013. p. 95-104.

políticas por meio do discurso, ouvindo e sendo ouvido pelos demais cidadãos[55]. É exatamente essa ligação umbilical entre o regime democrático e a liberdade de expressão que coloca esse direito fundamental como questão central da democracia, ainda mais nos tempos da *ágora* digital, tal qual vivemos.

Modernamente, mas no mesmo sentido, Canotilho postula que o direito à liberdade de expressão, assim como a liberdade de associação e formação dos partidos políticos, são direitos constitutivos do próprio princípio democrático, consubstanciando seus "fundamentos funcionais"[56].

No contexto dos regimes democráticos, a liberdade de manifestação do pensamento é apontada como um dos mais importantes direitos fundamentais que tornam possível a realização concreta de uma sociedade autogovernável.

Para que os regimes democráticos funcionem de maneira hígida, é necessário que os cidadãos tenham acesso aos fatos da vida política nacional, podendo, a partir daí, formular suas próprias opiniões acerca dos assuntos que julgarem importantes. Assim, faz-se necessário uma franca troca de ideias e um fluxo desimpedido de dados e de informações. Sem a livre manifestação do pensamento, os cidadãos são tolhidos do exercício da própria cidadania, tornando-os eunucos políticos, sem a capacidade de participar da vontade nacional.

Noutra senda, a liberdade de expressão assegura aos governados a possibilidade de exercer o controle e a responsabilização de seus governantes. O maior número de informações circulantes em uma democracia, agregado às manifestações da crítica política, feita pela opinião pública, faz com que nesse regime a efetiva participação política não se resuma apenas ao exercício do sufrágio.

Como aponta Sunstein[57], a informação é um bem público. Ela não beneficia apenas a pessoa que a detém; a sua própria circulação livre traz benefícios coletivos, pois a liberdade de informação e de expressão é o traço marcante do projeto democrático de ajudar a produzir cidadãos engajados e autônomos, capazes de se autogovernar.

---

[55] "Quanto à isegoria, trata-se do direito de palavra, da igualdade reconhecida a todos de falar nas assembleias populares, de debater publicamente os negócios do governo. Correspondeu esse princípio essencial da democracia antiga, àquilo a que nós chamamos liberdade de imprensa. Com a isegoria, exercício da palavra livre no largo recinto cívico que era o Ágora, a democracia regia a sociedade grega, inspirada já na soberania do governo de opinião". BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 349.

[56] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 431.

[57] SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. Não paginado.

Por esse motivo, tanto a Suprema Corte americana[58], quanto o Supremo Tribunal Federal, no julgamento que liberou a chamada marcha da maconha[59], defendem a teoria constitucional do "fórum público" como consectário das liberdades de expressão e associação.

O "fórum público" envolve as ruas e as praças públicas que devem servir de palco para a liberdade de expressão, não podendo o governo impedir que os cidadãos utilizem esses espaços para propagar suas ideias ou se expressar criativamente. Em regra, o Estado somente deve impor restrições ao acesso ao fórum público de forma neutra, tal como em relação a hora, local exato ou maneira como a manifestação deverá ocorrer, porquanto não seria razoável a ocorrência de uma manifestação para protestar pela descriminalização da maconha com a participação de crianças ou onde se promovesse o consumo indiscriminado da substância proscrita.

A doutrina do fórum público repousa a sua importância nos objetivos que são colimados com a abertura dos espaços coletivos para os cidadãos: (i)inicialmente assegura que o cidadão que pretende reclamar de algo ou divulgar alguma manifestação tenha acesso a uma considerável gama de pessoas, normalmente heterogênea. Além disso, o ouvinte terá a oportunidade de dividir com outras pessoas a exposição acerca de diversos assuntos, com diferentes pontos de vista. (ii) Tal doutrina garante que o palestrante tenha acesso a um público e a instituições específicas, cujas pessoas tenham interesse de apresentar alguma demanda ou reclamação. Saliente-se que essa liberdade de acesso a espaços e instituições envolve entes públicos ou privados. É plenamente constitucional, por exemplo, a organização de um protesto em frente a um supermercado que tratou um cliente com racismo, atraindo a atenção do público que o frequenta. (iii) A doutrina do fórum público possibilita a maior probabilidade de o cidadão ser exposto a encontros com as mais variadas pessoas e pontos de vista, fazendo com que se experienciem embates em condições não previamente controladas ou desejadas, que, apesar de poderem causar certo desconforto, enriquecem a vivência em sociedade a partir do encontro com o outro, aquele que não pertence ao nosso círculo social e tem opiniões diferentes da nossa.

Calha delinear a importância para a efetivação da liberdade de expressão e pensamento da doutrina do fórum público, notadamente nos tempos hodiernos em que a internet tem se tornado muito mais importante que as ruas e parques como lugar de manifestação de atividades expressivas. Nesse ambiente virtual, a possibilidade de encontros

---

[58] Hague Vs Commite for Industrial Organization, 307 U.S 496: 1939

[59] Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 187**. Tribunal Pleno, Rel. Min Celso de Melo, DJ 29/05/2014.

fortuitos e acesso a uma pluralidade de informações das mais variadas matizes torna-se difícil pela influência da personalização e da utilização dos algoritmos que nos fornecem "mais do mesmo" e nos apreendem em verdadeiros "casulos informacionais"[60].

Cabe ainda destacar que as chamadas redes sociais, como se verá adiante, embora tenham se tornado o palco principal do debate público, com reflexos na política e no exercício da liberdade de expressão, pertencem a instituições privadas. Estas submetem seus usuários a "termos e condições de uso" limitadores e condicionantes da liberdade pública de expressão através de um ajuste contratual particular.

Nada obstante, assim como a teoria do fórum público é aplicada a espaços físicos pertencentes às instituições privadas, há de se observar que há intenso debate, notadamente nos Estados Unidos, acerca da configuração das redes sociais como submetidos à doutrina do "fórum público", embora condicionados à regulação privada entre as empresas, que são suas proprietárias, e os usuários.

Evidencia-se a decisão exarada por uma juíza federal dos Estados Unidos, que proibiu o então presidente americano de bloquear seus seguidores no *Twitter* com o fundamento de que as redes sociais são espaços públicos virtuais de manifestação política e por isso, mesmo a utilização de um perfil "pessoal" do Presidente da República tem característica eminentemente pública[61].

Dessa forma, evocando a doutrina do fórum público, restou decidido que partes da conta de *tweet* @realDonaldTrump, notadamente o espaço interativo onde os usuários da mencionada rede social podem dialogar com o conteúdo dos *tweets* do presidente, são devidamente analisadas de acordo com a doutrina do "forúm público", estabelecida pela Suprema Corte Americana e que o bloqueio de cidadãos com base em seu discurso político viola a primeira emenda americana, ou seja, a garantia da liberdade de expressão.[62]

Noutra senda, no dia 8 de janeiro de 2021, o próprio *Twitter* baniu definitivamente a conta @realDonaldTrump, sob o argumento explicitado em um comunicado público, de que

---

[60] Tema que será esmiuçado no Tópico 4.3.

[61] Columbia Univesity v. Trump: Case 1:17-cv-05205-NRB. UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK.

[62] De acordo com o julgado: "[…] We then proceed to the substance of plaintiffs' First Amendment claims. We hold that portions of the @realDonaldTrump account -- the 'interactive space' where Twitter users may directly engage with the content of the President's tweets -- are properly analyzed under the "public forum" doctrines set forth by the Supreme Court, that such space is a designated public forum, and that the blocking of the plaintiffs based on their political speech constitutes viewpoint discrimination that violates the First Amendment. In so holding, we reject the defendants' contentions that the First Amendment does not apply in this case and that the President's personal First Amendment interests supersede those of plaintiffs." Disponível em: https://knightcolumbia.org/documents/a456ee0d38. Acesso em: 16 nov. 2021.

os *Tweets* do mencionado presidente estavam sendo recebidos e interpretados na mencionada rede social e fora dela como possível causadora de incidentes de violência.[63] Dessa forma, essa rede social evidenciou que houve a violação de seus "termos e condições de uso", considerando que os *Tweets* do então presidente foram utilizados para insuflar seus seguidores para o evento de invasão do Capitólio dos Estado Unidos, com base na suposta fraude às eleições nacionais que deram a vitória ao seu adversário político.

Até a data de conclusão desta pesquisa, não houve notícia de qualquer decisão judicial modificando o ato de banimento da conta praticado pelo *Twitter*.

Essa discussão, ainda embrionária no Brasil, já foi levada ao Supremo Tribunal Federal, através do MS 36.666, sob a relatoria da ministra Carmem Lúcia. Um jornalista impetrou o mencionado remédio constitucional contra o atual presidente da República, para que este fique impedido de bloquear usuários em suas redes sociais, notadamente no *Twitter*.

Até a data de fechamento deste trabalho, a referida ação encontra-se apenas com o voto da Ministra relatora, conquanto o julgamento tenha sido interrompido por pedido de destaque do Ministro Nunes Marques.[64] A Ministra Carmem Lúcia, em sua decisão monocrática[65], exarou entendimento similar àquele da Justiça Federal dos Estados Unidos, conforme já mencionado. Entendeu a Ministra relatora que a conta do *Twitter* do presidente, considerando que ele próprio, *sponte sua*, expõe material de cunho governamental e administrativo, tem natureza pública, hábil a atrair a doutrina do fórum público do modo em que tratada nos parágrafos anteriores.

Dessa forma, a decisão do governante de excluir unilateralmente um cidadão de sua conta no *Twitter* e assim selecionar quais deles têm acesso a sua conta, onde veicula matérias de interesse público, evidencia ato contrário "ao princípio constitucional da República e da Democracia" [66], não abrangido pela liberdade de expressão, pensamento ou pela inviolabilidade da vida particular. Asseverou ainda a relatora que o Presidente da República pode escolher por ter e manter ou não a conta no *Twitter*, mas feita a opção por estabelecê-la e utilizá-la como instrumento para o exercício de sua função pública, não pode excluir ou silenciar o cidadão, escolhendo aqueles que podem acessar e se manifestar naquele espaço. O

---

[63] Disponível em: https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension. Acesso em: 17 nov. 2021.

[64] JOTA. **Cármen Lúcia**: presidente não pode bloquear usuários no Twitter. Disponível em**:** https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/carmen-lucia-presidente-nao-pode-bloquear-usuarios-no-twitter-27112020. Acesso em: 17 nov. 2021.

[65] Supremo Tribunal Federal. MS 36.666-DF. Rel. Min Cármen Lúcia. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/11/4990200.pdf. Acesso em: 17 nov. 2021.

[66] Supremo Tribunal Federal. MS 36.666-DF. Voto da Rel. Min Cármen Lúcia. Disponível em**:** https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/11/4990200.pdf

ato do presidente nessa hipótese assumiria um "viés censório, anti-isonômico, contrário aos inc. IX do art. 5º e ao § 2º do art. 220 da Constituição da República"[67].

Como se observa, a nova realidade virtual acaba por impor novas questões que apontam para a própria necessidade de compreensão dos clássicos institutos da democracia e da liberdade de expressão, mas sob a nova ótica dos problemas advindos de sua manifestação no ambiente das redes sociais.

Em sede de jurisdição constitucional, o aspecto democrático da liberdade de expressão vem sendo referendado na jurisprudência mais sedimentada do Supremo Tribunal Federal[68]. Citem-se como exemplos os julgamentos: (a) ADI nº 3.741, que afastou a proibição de se divulgar pesquisas eleitorais a menos de quinze dias antes do pleito[69]; (b) ADPF nº 130, oportunidade na qual se declarou a não recepção da antiga Lei de Imprensa, elaborada pelo regime militar[70]; (c) a já citada ADPF nº 187, em que se afirmou a licitude da chamada "Marcha da Maconha", evento organizado com vista à defesa da legalização da referida droga[71]; (d) ADI 4.815, em que se afirmou a constitucionalidade da elaboração de biografias não autorizadas[72]; (e) ADI 2.566, oportunidade em que o Tribunal julgou como inconstitucional a proibição posta em lei de "proselitismo" por rádios comunitárias[73]; (f) ADI 4.451, em que se afirmou a inviabilidade de se proibir o uso do humor e da sátira durante o período eleitoral[74].

É um ambiente de livre circulação de ideias capaz de engendrar o envolvimento sinérgico da cidadania ativa com seus governantes, que pode tornar a sociedade preparada para gerir os grandes desafios das democracias complexas do Século XXI: transformar as informações circulantes em conhecimento, antecipar os riscos sistêmicos da economia, gerir a ignorância e fazer a sociedade atuar com critérios de sustentabilidade e consideração com o futuro.

---

[67] *Ibid.*
[68] PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 222.
[69] Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.741**. Tribunal Pleno, Rel. Min Ricardo Lewandowski, DJ 23/02/2006.
[70] Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130**. Tribunal Pleno, Rel. Min Carlos de Brito, DJ 06/11/2009.
[71] Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 187**. Tribunal Pleno, Rel. Min Celso de Melo, DJ 29/05/2014.
[72] Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.815**. Tribunal Pleno, Rel. Min Carmem Lúcia, DJ 01/02/2016.
[73] Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.566**. Tribunal Pleno, Rel. Min Alexandre de Morais, Rel. p/ac. Min Edson Fachin, DJe 23/10/2018.
[74] Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.451**. Tribunal Pleno, Rel. Min Alexandre de Morais, DJe 06/03/2019.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DA INFORMAÇÃO

3.1 A DINÂMICA DAS REDES SOCIAIS

A invenção da internet nas três últimas décadas do século XX, entrando em funcionamento em setembro de 1969, representa para Castells[75] a quarta revolução industrial, anunciando a Era da Informação. Se, inicialmente, ela foi um projeto militar oriundo do contexto da Guerra Fria, com o intuito de criar um sistema de computação invulnerável a ataques nucleares, logo se tornou um sistema democrático, hábil a interligar os mais longínquos pontos do planeta numa rede de computadores que proporcionou amplos avanços na difusão de ideias e na comunicação humana.

A evolução da grande rede permitiu que qualquer pessoa pudesse criar o seu próprio sítio no ambiente virtual e, a partir daí, trazer à aldeia global o cotidiano e as notícias de sua ilha com a mesma facilidade de acesso com que se atualizava um sítio de um grande conglomerado jornalístico, para montar a sua *homepage*.

Ocorre que, embora lançar conteúdo na internet fosse extremamente fácil e quase sem custo, fisgar a audiência e difundir as informações nos labirintos da rede mundial era difícil e dispendioso. Foi necessário o estabelecimento de mecanismos capazes de organizar e catalogar a crescente quantidade de informação disponível na rede, para que se tornasse facilmente disponível para quem a procurasse.

Igualmente, com o surgimento das redes sociais, tais como *Twitter*, *Facebook* e *Whatsapp*, com plataformas baseadas no poder de propagação e redirecionamento de imagens, informações e textos entre os seus usuários, foram acrescentadas ao léxico contemporâneo as palavras “memes” e “virais”. Assim, qualquer espécie de conteúdo, produzido por qualquer indivíduo, sem a intermediação de qualquer grande conglomerado de comunicação, espalha de forma exponencial e alcança um incrível número de pessoas. Dessa forma, cabe denotar que, por redes sociais, entendem-se programas de informática que conectam usuários utilizando-se das redes de computadores interligados, sendo seu principal exemplo: T*witter, Instagram, Facebook*, *Whatsapp,* dentre outras.

Ao criar uma rede de usuários difusa, em que todos se comunicam entre si, as mídias sociais alteraram a dinâmica de distribuição de notícias, sejam eles fatos, sejam opiniões, na medida em que se ultrapassou o antigo paradigma de que “um produz informação para

[75] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** São Paulo: Paz e Terra, 2011. v. I. p. 82.

muitos", para o "muitos produzem para muitos". Os grandes conglomerados perderam o poder de pauta, as grandes redações de profissionais especializados viram minguar o seu poder de determinar o assunto do momento a partir daquilo que se decide estampar nas primeiras páginas dos jornais, ou ainda de decidir não publicizar determinado fato ou acontecimento. O assunto do momento é decidido por meio daquilo que se torna viral, sendo produzido apenas por um indivíduo com o celular na mão, conectado com outros por intermédio de uma rede social. Esse fato, inicialmente saudado pelos estudiosos, trazia consigo a promessa de democratização da comunicação social, pois aumentava o poder do cidadão de transmitir notícias, relatando fatos delituosos, exprimindo opiniões, fiscalizando o governo. Dessa forma, expandindo os limites da liberdade, acreditava-se que havia um potencial nas mídias sociais em aprofundar e difundir a democracia.

Nada obstante, a partir de um estudo aprofundado da dinâmica das redes sociais, algumas vozes começaram a afirmar que a utilização de tais programas que interligam usuários, notadamente o *Twitter* e o *Facebook*, tornaria possível o surgimento de "câmaras de eco" *(echo chambers)*[76] enquanto as pessoas realizariam a própria curadoria daquilo que gostariam de ver, afastando assuntos ou argumentos indesejáveis. Isso viria a produzir o que Parisier chamou de viés de confirmação[77].

A curadoria pessoal ou, atualmente, os algoritmos que captam nosso comportamento nas redes tendem a reforçar o eco de nossas opiniões, atendendo ao nosso viés de confirmação no sentido de que o consumo de informações se ajusta às nossas ideias sobre o mundo, tornando o navegar entre as notícias algo agradável. É por isso que grupos que se identificam com determinado viés político não consomem informações que indicam outros vieses. Em verdade, consomem apenas aquilo que confirme suas crenças ideológicas ou reproduzam o eco de suas ideias.

A utilização dos mecanismos de comunicação fora do *mainstream* da mídia ou longe de sua intermediação como estratégia de comunicação social foi amplamente utilizada por candidatos que não tinham apoio de grandes partidos tradicionais. Ao assim fazer, pautavam sua fala em sensacionalismos, opiniões chocantes, pulverizando teorias da conspiração, reproduzindo discursos contra as minorias e adversários políticos, angariando a atenção de grande número de seguidores que impulsionavam o assunto e faziam as emissoras tradicionais

---

[76] SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. p. 6.
[77] PARISIER, Eli. **O filtro invisível**. São Paulo: Zahar, 2019. p. 32.

terem que optar por uma escolha assaz difícil: ignorar o assunto da conversa e cair na irrelevância – ou discutir cada postagem à exaustão, desse modo, amplificando ainda mais o alcance da mensagem, dando palanque para que o produtor de conteúdo ganhasse cada vez mais notoriedade.

Destarte, ideias absurdas, frutos de delirantes teorias da conspiração eram repetidas em câmaras de eco, cada vez mais estreitas e com alcance disseminado exponencialmente, seja por intermédio de *feeds* no *Facebook,* T*witter* ou, mais recentemente, em correntes de mensagens no aplicativo W*hatsapp*. Tudo isso a identificar que o espaço virtual se encontra ainda como uma terra árida, onde a atenção do usuário é disputada pelas forças que representam esses novos poderes, mas veiculando velhos interesses, concretizando de forma bem diferente aquilo que foi pensado pelos idealizadores da grande teia, quando pretendiam apenas interligar em rede os computadores das universidades americanas, temendo por sua destruição por um ataque nuclear[78].

3.2 A DESMEDIATIZAÇÃO COMO MÉTODO DE INTERAÇÃO COM A REALIDADE

A desmediatização consiste no fato de a comunicação digital, como já dito, caracterizar-se pela produção, envio e recebimento de informações sem mediação de intermediários. Elas não são dirigidas ou filtradas por meio dos mediadores habituais, tais como as empresas de mídia tradicional: televisão, rádio ou jornal. Isso produz o fenômeno segundo o qual, atualmente, não somos mais destinatários e consumidores passivos de informação, mas sim remetentes e produtores ativos. Mídias digitais como *WhatsApp*, *Twitter* ou *Facebook* desmediatizam a comunicação, possibilitando a qualquer um produzir e enviar comunicação por meio de tais plataformas, num processo de comunicação de "muitos para muitos".

Eli Pariser[79] conceitua o fenômeno apontado como "desintermediação", pois para ele o fenômeno confronta a própria ideia de mídia, cuja etimologia, oriunda do latim, significa "camada do meio". Assim, a internet retira aquilo que se posiciona entre nós e o mundo,

[78] Analisando o estágio atual do desencantamento com as redes sociais, afirma Innerarity: "Diante deste quadro, em muito pouco tempo passamos de celebrar a 'inteligência distribuída' pela grande rede a temer a manipulação exercida por alguns; de um mundo imaginado como espaço tecido por voluntários a uma aldeia povoada por *haters*; de celebrar as possibilidades de colaboração digital à paranoia conspiratória; da admiração pelos *hackers*, à condenação dos *trolls*; da utopia de usuários criativos à explicação de nossos fracassos eleitorais devido a interferência de potencias estrangeiras." (livre tradução). INNERARITY, Daniel. **Una teoria de la democracia compleja:** gobernar en el siglo XXI. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2020.
[79] PARISIER, Eli. **O filtro invisível**. São Paulo: Zahar, 2019. p. 57.

possibilitando sabermos o que está acontecendo, ao mesmo tempo em que nos permite uma experiência direta em relação a esses mesmos fatos.

Se, na época analógica, eram os editores dos jornais os responsáveis por atribuir relevância à informação disponível no mundo, escolhendo o que estaria nas estampas das primeiras páginas dos jornais ou na chamada do principal programa televisivo, na atualidade o fluxo de informação é tão grande e tão fragmentado, que nunca como antes precisamos de curadores ou pessoas capazes de atribuir relevância aos fatos noticiados e àquilo que temos interesse de ver.

Em verdade, nada obstante a internet tenha possibilitado a experiência de ter contato direto com os fatos brutos mais rapidamente (podemos ler um documento importante do governo, por exemplo), a mídia, ou seja, os intermediários não deixaram de existir. Eles apenas se segmentaram, passando a ser um amigo ou conhecido por quem temos alguma admiração ou contato profissional, e até mesmo um algoritmo que personaliza nossa experiência na rede, de acordo com os nossos cliques e comportamento virtual.

Esse fato aponta para a existência de dois problemas: ao lermos as notícias em determinado jornal ou revista, poderemos ter como premissa a sua linha editorial e sabermos como ele se posiciona de acordo com a sua política de anunciantes, permitindo-nos um posicionamento pessoal mais crítico. Noutra mão, a grande maioria dos cidadãos não entende como funciona o algoritmo, qual o mecanismo que faz com que ele atribua relevância para um fato e não para outro. Outra questão que se aponta é o fato de que, ao se receber a notícia mediante um *feed*, tendencia-se a colocar no mesmo patamar de credibilidade tanto a notícia gerada por um meio de comunicação tradicional, onde se produz a notícia com o mínimo de rigor e profissionalismo jornalístico, quanto a opinião pessoal sectária de um anônimo[80].

Importa salientar, assim, que a pressão por retirar os intermediadores da produção da notícia ou propagação de opinião estende-se atualmente à política, de forma a ameaçar a democracia representativa, pois fazem os agentes políticos institucionalizados apresentarem-se não como transmissores, mas sim como barreiras à manifestação da vontade popular. Exatamente nesse contexto, surgem os chamados "partidos piratas", que, em vez de se desenvolverem com base na sedimentação de uma ideologia que ecoa no apoio político do eleitorado, capaz de gerar a identificação com o seu programa, servem apenas de veículo para a viabilização de projetos pessoais de poder, em que o líder, populista ou carismático, identifica-se pessoalmente com o seu eleitorado.

---

[80] *Ibid.* p. 84-97.

Ao atacar o sistema de representação política e a própria existência de partidos políticos, o sistema econômico-político torna-se autorreferencial, deixando de representar os cidadãos ou a esfera pública. Os representantes políticos não são mais percebidos como servidores do povo, mas sim como servidores do sistema que se tornou algo distante dos anseios do cidadão, portanto, autorreferencial[81].

Conforme Innerarity[82], a abolição da mediação é uma realidade ambígua: apresenta o desejo de abolir a mediação por meio do sonho democrático da livre espontaneidade, de mercados transparentes e acessibilidade ilimitada à informação; dá por certo que a vontade política pode ser perfeitamente reconhecida nas pesquisas de opinião e que é viável governar apenas a partir delas, mas também pode produzir o pesadelo de um espaço público sem limitações, procedimentos e representações, todos eles fatores que protegem a democracia da sua possível irracionalidade. Porque os limites garantem também nossos direitos, os procedimentos dificultam a arbitrariedade e a representação serve para contrabalançar o populismo.

3.3 AS CÂMARAS DE ECO, OS CASULOS INFORMACIONAIS E OS FILTROS BOLHA

A evolução das redes sociais operou uma profunda mudança na forma em que obtemos as mais diversas informações. Tanto elas quanto os mecanismos de busca funcionam com base em algoritmos retroalimentados pelo nosso comportamento no mundo virtual. Essa curadoria algorítmica seleciona os conteúdos mais importantes em determinado momento, em meio a um oceano de informações, de acordo com o que já observamos e pesquisamos previamente na rede, além de sugerir informações, notícias, oferecer produtos que as pessoas "como nós" estão vendo, ouvindo e consumindo. Nos mecanismos de busca, essa arquitetura de controle muitas vezes não é revelada, em regra geral não se sabe como o algoritmo funciona, com quais critérios são alimentados para escolher uma determinada notícia, dando-lhe relevância no *feed* de alguém, em detrimento de outras informações.

Da mesma forma, nas redes sociais, se utilizarmos o *Facebook* para nos informar das novidades diárias, aquilo que aparecerá no nosso *feed* será amplamente afetado por aquilo que nossos amigos acreditam ser relevante. Considerando que a maioria dos nossos amigos têm opiniões parecidas com a nossa, serão sempre pontos de vistas parecidos com os nossos que

---

[81] HAN, Byung-Chul. **No enxame:** perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 116-118.
[82] INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação:** a frustração popular e os riscos para a democracia. Rio de Janeiro: LeYa, 2017. p. 195.

se repetirão constantemente na nossa linha de tempo *(timeline)*. Tanto é assim que, se compararmos um *feed* de notícias de alguém com um perfil mais conservador com o de alguém marcadamente progressista, será possível observar que a realidade mediada pelos filtros das redes sociais e dos algoritmos dos mecanismos de buscas é muito diversa, fazendo com que eles vivam em praticamente mundos paralelos.

O Google e o próprio *Facebook* atualmente utilizam inteligência artificial para realizar a curadoria do que observamos *on line.* Pode-se dizer que eles sabem muito sobre nossas preferências, o que queremos ou o que gostamos, antes mesmo de podermos externar isso. Mas o algoritmo vai além, ele consegue identificar o que pessoas "como nós" tendem a gostar. Isso inclui não somente o que podemos ter interesse em comprar, mas também os filmes que gostaríamos de ver e, o que é mais importante para fins do presente estudo: eles conseguem identificar nosso espectro de inclinação para questões políticas, se temos uma posição mais progressista ou conservadora, o que pensamos sobre mudança climática ou política de drogas, por exemplo. Tais curadores do emaranhado de informações da grande rede atuam catalogando cada usuário dentro de um espectro político que pode ir de extrema direita a extrema esquerda. Além disso, essa informação pode ser repassada para terceiros, tais como marqueteiros de campanhas políticas, mentirosos ou simplesmente para políticos extremistas.

Pode-se afirmar que essa arquitetura de controle tem um lado positivo; ninguém gosta de ser exposto à publicidade de produtos que não lhe interessam ou a notícias políticas que não são importantes, segundo a opinião de alguém. Nada obstante, elas apresentam um lado negativo sério, poquanto promovem o autoisolamento dos individuos, facilitando a propagação de mentiras e promovendo a polarização e a fragmentação do tecido social, abalando a concretização da pluralidade democrática e do reconhecimento de pontos de vista diversos dos nossos.

A partir dessas premissas, Sunstein salienta que a Internet ocasiona o surgimento das "câmaras de eco" (*echo chamblers*) ou de "casulos informacionais" (*information cocoon*), onde tudo o que vemos e consumimos *on line* nada mais é do que espelho das nossas preferências colhidas pelos mecanismos de curadoria da rede, impedindo termos contato com ideias e pontos de vista diversos daqueles tidos previamente[83].

[83] SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. Não paginado.

O mesmo autor, em outra obra, denota uma série de estudos empíricos que concluíram que pessoas expostas sempre às mesmas ideias, fechadas nas câmaras de eco das redes sociais, notadamente em grupos de mensagens eletrônicas, organizadas pelo interesse em comum de seus membros, tendem a reforçar as suas convicções, passando a pensar da mesma forma que antes, mas agora de forma mais extrema[84].

Dessa forma, apontam-se como efeitos dos casulos informacionais: (a) O incremento da polarização, dificultando soluções razoáveis para problemas comuns; (b) partidarismo; (c) aumento da crença em notícias falsas, tornando difícil ou impossível de corrigi-las dentro daquilo que é propagado na câmara de eco.

Grupos de mensagens, tais como esses que pululam frequentemente nos aplicativos carregados nos celulares, normalmente são organizados a partir de temas em comum e de interesses específicos. São formados em sua maioria por "pessoas como nós", proporcionando a reunião de indivíduos que pensam de forma idêntica e criam uma identidade homogênea, tendendo a intimidar de forma difusa aqueles que pensam de forma diferente e, para não terem suas reputações abaladas ou serem encarados como dissonantes, apenas se silenciam.

Assim, uma percepção de identidade de grupo compartilhada aumentará a influência das opiniões dos outros membros inseridos no grupo sobre seus participantes, enquanto uma percepção de identidade não compartilhada e diferenças relevantes reduzirão esse efeito, até possivelmente eliminá-lo. Se a identidade for compartilhada, os argumentos persuasivos provavelmente serão ainda mais persuasivos; a identidade daqueles que estão apresentando esses argumentos lhes dá uma espécie de credencial ou impulso.

Dessa forma, a exposição repetida a uma posição extrema ou polarizada, tal como ser favorável ao fechamento do Congresso Nacional, à destituição de todos os ministros do Supremo Tribunal Federal, com a sugestão de que muitas pessoas a sustentam, fará com que os expostos, e provavelmente predispostos, acreditem nela.

Se pessoas com ideias semelhantes incitam umas às outras a níveis maiores de raiva e propagação do ódio, as consequências são assaz preocupantes. Os extremistas violentos, cientes desse fato, utilizam a mídia social para recrutar pessoas, na esperança de aumentar seu número ou inspirar "lobos solitários" a se envolver em atos de violência. Eles usam as mídias sociais para promover sua própria visão do mundo, na esperança de expandir seu alcance. Tal fenômeno apresenta sérios desafios à concepção democrática que foi externada no tópico

[84] SUNSTEIN, Cass. **A era do radicalismo:** entenda por que as pessoas se tornam extremistas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

anterior, porque dificulta a existência de pautas comuns, de pontos de convergência e experiências compartilhadas entre as pessoas, porque à medida que vivemos sob o eco dos nossos próprios pensamentos, fica cada vez mais difícil a realização das soluções negociadas para problemas comuns, aumentando o sentimento de intolerância, capaz de frustrar, inclusive, o processo eleitoral.

3.4 A SUBSTITUIÇÃO DA SOBERANIA DO CIDADÃO PELA SOBERANIA DO CONSUMIDOR

Um traço comum entre os que estudam os impactos das redes sociais, na forma de implementação atual da liberdade de expressão e de seus impactos na democracia, é a postulação de que esse sistema de comunicação em rede tem por fundamento e como paradigma a ideia de soberania do consumidor[85].

A ideia de soberania do consumidor é calcada no ideal que permite aos indivíduos escolherem aquilo que desejam, sendo condicionados apenas por um sistema de preço sujeito às forças da oferta e da procura. Noutro aspecto, é a soberania do consumidor que nos permite, ante uma gama enorme de escolhas e possibilidades, escolhermos apenas aquilo que nos interessa ou nos satisfaz de acordo com nossos matizes ideológicos e interesses eminentemente privados.

A soberania política ou da cidadania se assenta no fato de o povo e seus representantes realizarem uma reflexão compartilhada por meio de troca de informações e perspectivas para, a partir daí, realizar as escolhas que nos moldarão, não apenas como indivíduos, mas também como comunidade.

A ideia da soberania cidadã incorpora o dogma do autogoverno democrático, entendido como um "governo por discussão", acompanhado da fundamentação das demandas públicas, onde pessoas diferentes falam umas com as outras e ouvem respeitosamente, mesmo quando há intenso conflito. A soberania política é enfraquecida quando o poder estatal não for

[85] Nesse sentido: FARIA, José Eduardo. A verdade na internet. *In*: FARIA, José Eduardo (org.) **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020; HAN, Byung-Chul. **No enxame:** perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018; HAN, Byung-Chul: **Razionalità digitale.** La fine dell´agire comunicativo. Milano: GoWare, 2014; INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação:** a frustração popular e os riscos para a democracia. Rio de Janeiro: LeYa, 2017; SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017.

apoiado por razoes públicas e justificativas e, em vez disso, apresentar suas decisões como atos de força ou oriundos da simples vontade de uma maioria plebiscitária[86].

A lógica das redes sociais, baseadas em cliques espasmódicos sob a tirania do *curtir* subverte qualquer lógica democrática, porquanto retira do cidadão a responsabilidade pela comunicação na esfera pública. Retira-se a coerência que liga a participação do cidadão a sua comunidade, substituindo-a pela razão do consumidor que faz compras[87].

A tecla *curtir* serve para identificar o que me apraz, assim como compro o que desejo, une-se nesta ágora digital, a deontologia da eleição e do mercado, da *pólis* e da economia, o desejo e a emoção afastam a racionalidade e a responsabilidade democrática. As propagandas eleitorais se misturam com propagandas comerciais; o governar se aproxima do marketing. Como resultado desse novo paradigma reduz-se o cidadão a um simples consumidor passivo, substitui-se o "agir" pelo "passar de dedos"[88].

Além desse aspecto, há de se assentar que a ausência da soberania cidadã, ao enaltecer o cidadão como avaliador independente, na sua condição de consumidor, afasta um dos princípios gerais inerentes ao regime democrático e que o difere de outros regimes, como a monarquia ou o autoritarismo: a possibilidade de responsabilizar aquele que toma decisões por meio de um procedimento de prestação de contas (*accountability*)[89].

A política, atendendo a desmediação ocasionada pelas redes sociais, gera uma proximidade exacerbada com o cidadão, transformando-o em cliente individualizado. Uma relação durável e institucionalizada é substituída por uma relação frugal sem origem nem continuidade e cuja capacidade de gerar vínculos sociais é mais fraca. Consolida-se, assim, uma relação "consumista" com a política. Se a sociedade não for entendida como uma totalidade, a política será confundida com uma prestação de serviços a um cidadão-consumidor cada vez mais exigente em seus interesses parciais.

Apresentadas essas duas concepções de soberania, resta evidente que elas vivem em potencial tensão. Se a lei e as políticas públicas são "compradas" da mesma forma que compramos uma peça de roupa, a ideia de soberania política resta terrivelmente comprometida. O compromisso com a soberania do consumidor mina a soberania do cidadão, a liberdade do consumidor de escolher frequentemente resulta numa compreensão insuficiente

---

[86] SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. Não paginado.
[87] HAN, Byung-Chul. **No enxame:** perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 117.
[88] *Ibid.* p. 59.
[89] INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação:** a frustração popular e os riscos para a democracia. Rio de Janeiro: LeYa, 2017. p. 189.

dos problemas públicos ou torna difícil obter uma perspectiva compartilhada necessária à possibilidade de uma deliberação coletiva. Se atingir nossas próprias aspirações for o nosso ideal de governo, de acordo com a política do consumidor, a nossa única preocupação será observar se os consumidores estão a obter o que desejam.

Dessa forma, a noção de autogoverno inerente à democracia não pode ser compreendida sob a ótica da soberania do consumidor que tudo pode fazer e ter, mas sim, sob a égide de um regime em que as decisões individuais conseguem ter alguma influência na decisão coletiva. Com isso, deve-se salientar que priorizar a soberania do cidadão ou da política não pode servir para anular as possibilidades de escolha e a própria liberdade do indivíduo. Há certa dificuldade na compreensão adequada da liberdade e da relação entre consumidores e cidadãos. Se acreditarmos na soberania do consumidor e se celebrarmos a arquitetura do controle, o poder de filtrar e condicionar as informações que recebemos, é provável que pensemos que a liberdade consiste na satisfação de preferências privadas, na ausência de restrições às escolhas individuais. Mas essa visão não deve ser a mais adequada a uma sociedade que pretende construir uma democracia minimamente efetiva.

As possibilidades de escolha inerentes ao livre arbítrio individual são importantes. Mas a liberdade, devidamente compreendida, consiste não apenas na satisfação de quaisquer preferências que as pessoas tenham, mas também na chance de ter preferências e crenças formadas em condições decentes e na capacidade de ter preferências formadas após a exposição a uma quantidade suficiente de informações dentro de uma gama de opções apropriadamente ampla e diversa. Não pode haver garantia de liberdade em um sistema comprometido com algoritmos que filtram todas as informações a que somos expostos de acordo com as nossas preferências prévias e que não nos permita interagir com o outro ou o diverso.

3.5 A PRIVATIZAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO

O filósofo Byung-Chul Han[90], ao analisar o impacto da comunicação das redes sociais, preleciona que o respeito é o alicerce básico da esfera pública, pois quando ele desaparece, ela desmorona. Assim, para que o diálogo se torne possível nesta esfera de convivência social, há necessidade de um distanciamento da vida privada de cada indivíduo. Entretanto, a comunicação digital desconstrói a distância, fazendo com que a vida privada se

[90] HAN, Byung-Chul. **No enxame:** perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018.

imiscua na esfera pública. A mídia digital privatiza a comunicação ao deslocar a produção da informação do público para o privado.

Mas, ao mesmo tempo em que a comunicação digital privatiza a esfera pública, ela nos afasta de nomes, de referências pessoais, dos caracteres humanos capazes de gerar a empatia por meio do processo comunicacional. Assim, ao privilegiar uma comunicação "anônima", ela rompe os laços humanos que possibilitam a criação de vínculos de respeito, sendo um fenômeno nesses tempos, os ditos linchamentos virtuais que arruínam reputações. Tal forma de comunicação tem por principal característica a fluidez e a volatilidade, sendo estas inconstantes, efêmeras e incontroláveis. Tais características afastam dela qualquer possibilidade de servirem como instrumentos de organizar e fomentar o debate no espaço público.

A comunicação digital é incapaz de impulsionar o debate. Ela produz simplesmente ondas de indignação, típicas de uma sociedade do escândalo, cujas principais características são a desobediência, a histeria e a rebeldia, que não permitem qualquer tipo de comunicação discreta, capaz de fomentar o refletir, como móvel a possibilitar o diálogo ou o discurso. Nessa toada, não se pode comparar o movimento das massas de outrora, como os "movimentos coletivos" da era digital, pois tais manifestações coletivas assemelham-se mais ao que o autor coreano denomina de "enxames"[91].

Os movimentos de massa possuem um espírito unificador que dá coesão e direção ao grupo, fazendo com que os indivíduos se fundam em uma nova unidade, na qual eles não têm mais nenhum perfil próprio, passando a integrar um "nós". As identidades privadas são dissolvidas e absolvidas pela massa, constroem uma alma colmatada por uma ideologia que marcha firmemente em uma direção, com sua vontade centrada em uma finalidade específica, sendo capaz de, utilizando-se da ação comum, atacar a relação de poder que confronta com sua ideologia.

O chamado "enxame digital" não possui uma ideologia unificadora, consistindo na junção de indivíduos singularizados, incapazes de se envolver, de modo a criar um "nós", e, por isso, comportar-se de forma coerente. Esse movimento não externa uma voz comum, produz barulho apenas. O homem digital preserva a sua identidade privada. Mesmo quando se comporta como parte de um enxame, ele se exterioriza, de fato, de maneira anônima, mas com um perfil que é trabalhado ininterruptamente para lhe trazer notoriedade por intermédio de compartilhamentos, *likes* e comentários. Em vez de ser ninguém, ele é um alguém que se

[91] *Ibid.* p. 27.

expõe e compete por atenção. O enxame digital é efêmero, instável e volátil, dissolvendo-se tão rapidamente quanto surge. Eis por que não desenvolve nenhuma energia política capaz de gerar uma pauta específica ou um agir conjuntamente. O social dá lugar ao sozinho, não há uma multidão, mas indivíduos solitários característicos da desintegração generalizada de tudo aquilo que é comum ou comunitário, "a solidariedade desaparece, a privatização avança até a alma"[92].

A privatização do espaço público produz terreno alvissareiro para a fomentação do discurso do ódio e de todos aqueles outros seus correlatos, como *cyberbulling* e *shitstorms*. Ao contrário de fomentar a interação humana capaz de gerar empatia, possibilita apenas a interação de ícones, em que o conhecimento pornográfico da intimidade icônica impede a construção de laços ou pontes de pauta em comum[93]. O que se dá é a ocorrência do nós contra eles, da criação de um comunitarismo medieval[94], oriundo de casulos informacionais em que, cada dia mais, grupos fechados em bolhas repercutem apenas o que desejam ouvir, numa espiral de ecos incessantes, o que torna uma evidência de nosso mundo o fato de narciso achar feio o que não é espelho[95].

---

[92] HAN, Byung-Chul. **No enxame:** perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 33.

[93] Valente (VALENTE, Mariana Giorgetti. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio. *In*: FARIA, José Eduardo (org.) **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 82) delineia que não é a possibilidade do anonimato que torna a internet terreno alvissareiro à proliferação do discurso de ódio, ela aponta que é a experiência da descorporificação, indicando, assim como Han (HAN, Byung-Chul. **No enxame:** perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018), que este fenômeno incorpora a diminuição do sentimento de empatia. Tanto é assim que se tem observado a produção de vários conteúdos que podem ser classificados como odiosos, sendo realizados por pessoas que não se escondem atrás de perfis falsos ou páginas anônimas – pelo contrário, fazem afirmações utilizando o seu próprio nome na rede, de modo a atrair público e interações com o seu perfil icônico.

[94] O comunitarismo aqui remete ao apego aos valores de uma identidade partilhada capaz de gerar conforto e segurança em distensão a um mundo cada vez mais caótico, mutável, ocasionando o distanciamento em relação ao outro ou ao diferente: "O mundo comunitário está completo porque todo o resto é irrelevante; mas exatamente, hostil – um ermo repleto de emboscadas e conspirações e fervilhante de inimigos que brandem o caos como sua arma principal. A harmonia interior do mundo comunitário brilha e cintila contra a escura e impenetrável selva que começa do outro lado da estrada. [...] O desejo de demonizar os outros se baseia em incertezas ontológicas dos de dentro". BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 214. Este comunitarismo, no sentido de busca de uma identidade compartilhada entre iguais, difere da concepção comunitarista nascida na década de 1980, que se opunha ao individualismo decorrente do liberalismo igualitário americano: "Para o comunitarismo, em contrapartida, nossa identidade como pessoas, pelo menos em parte, está profundamente marcada pelo fato de pertencermos a certos grupos: nascemos inseridos em certas comunidades e práticas sem as quais deixaríamos de ser quem somos. [...] Daí que, para os comunitaristas, a pergunta vital para cada pessoa não é a de quem quero ser, o que quero fazer da minha vida – uma pergunta que parece ser própria da tradição liberal, defensora da plena autonomia dos indivíduos -, mas a de quem sou, de onde venho. A identidade de cada um – segundo o comunitarista Charles Taylor – é definida em boa parte a partir do conhecimento de onde a pessoa está situada, quais são suas relações e compromissos: com quem e com que projeto se sente identificada". GARGARELLA, Roberto. **As teorias de justiça depois de Rawls:** um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 140.

[95] "A bolha de filtros tende a amplificar drasticamente o viés da confirmação – de certa forma, é para isso que ela serve. O consumo de informações que se ajustam às nossas ideias sobre o mundo é fácil e prazeroso; o consumo de informações que nos desafiam a pensar de novas maneiras ou a questionar conceitos é frustrante e difícil. É

As massas, que anteriormente mediavam a vontade individualista e eram aglutinadas em partidos, animadas por uma ideologia capaz de gerar uma identificação uniformizadora, deterioram-se agora em aglutinações disformes e barulhentas, em indivíduos digitais isolados que não formam nenhuma esfera pública e não participam de nenhum discurso público.

Ao sistema autorreferencial se contrapõem os indivíduos para si isolados, que não agem politicamente. O "nós" político, que seria capaz da ação no mundo fenomênico, desvanece. Que tipo de política, que tipo de democracia seria pensável hoje, haja vista a esfera pública em dissipação? Será possível, a partir desse cenário, construir uma democracia digital em que as disputas eleitorais, as ideologias, os debates no parlamento seriam resolvidos a partir de um botão de *curtir*, que substituiria completamente a cédula de votação, prejudicando a própria possibilidade de se construir razões coletivamente? Para que servem os partidos hoje, se cada político é ele mesmo um partido, se as ideologias, que formavam um horizonte político-social, degeneram em incontáveis opiniões individuais e opções individuais? Como podemos pensar na democracia sem um discurso unificador?

3.6 A PROLIFERAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

Nesse ambiente, surge então o discurso de ódio, que pode ser caracterizado como manifestações voltadas à cultura de humilhação, sendo conceituado por recomendação do Conselho da Europa como um tipo de expressão que divulga, incita, promove ou justifica ódio racial, xenofobia, antissemitismo ou qualquer outra forma de intolerância, incluindo intolerância causada por um nacionalismo de cunho agressivo, etnocentrismo ou hostilidade em relação a minorias, imigrantes e pessoas de origem estrangeira[96]. De forma mais lacônica: o discurso de ódio utiliza epítetos para insultar e estigmatizar terceiros com base em raça, gênero, orientação sexual ou forma de associação[97].

O discurso de ódio tem o poder de ferir o princípio democrático, pois parte da negação da dignidade humana do outro, do interlocutor, sendo tal premissa a regra principal capaz de estruturar o debate público, tornando o espaço de discussão amplo e plural. Ao se

---

por isso que os defensores de uma determinada linha política tendem a não consumir a mídia produzida por outras linhas. Assim, um ambiente de informação baseado em indicadores de cliques favorecerá o conteúdo que corrobora nossas noções existentes sobre o mundo, em detrimento de informações que as questionam". PARISIER, Eli. **O filtro invisível**. São Paulo: Zahar, 2019. p. 124.

[96] SARLET, Ingo Wolfganf. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.

[97] WEDY, Miguel Tedesco e Horbach. Uma abordagem comparada acerca do discurso de ódio entre Brasil e Estados Unidos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 2. 2019.

propagar o discurso ominoso, aliena-se do debate público as suas vítimas, exercendo sobre elas a intimidação que acarreta o efeito silenciador, prejudicando a igual participação de todos os cidadãos na construção da vontade democrática.

Assim, como afirma Valente[98], o discurso de ódio é mais que um mero discurso, ele é uma conduta que antecede, prepara e normaliza uma ação, não podendo ser caracterizado como uma mera opinião. O efeito dessa conduta é intimidatório, aviltando o outro e afastando-lhe do espaço público ao mesmo tempo em que tenta silenciá-lo.

Nesse contexto, há de se analisar que o discurso que visa promover o retorno de regimes ditatoriais, em que as liberdades eram conscritas, as minorias silenciadas e as instituições democráticas dissolvidas, promove uma espécie de discurso de ódio, o qual, além de propagar a intolerância à diversidade, pode apresentar perigo ao próprio regime democrático.

A questão que se coloca então é: seria possível, dentro dos limites constitucionais da liberdade de expressão, encontrar guarida a promover o próprio aniquilamento do sistema que dá suporte a tal liberdade? Para tanto, procuraremos analisar, nos próximos tópicos, como o direito americano e tedesco, com suas correlatas Cortes Constitucionais, tratam o assunto.

---

[98] VALENTE, Mariana Giorgetti. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio. *In*: FARIA, José Eduardo (org.) **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 85.

4 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO AMERICANO E NO ALEMÃO

No Brasil, apesar dos estudos doutrinários que apontam para critérios específicos capazes de limitar a liberdade de expressão, a jurisprudência dos tribunais superiores não se encontra madura em sedimentar elementos capazes de gerar balizas seguras à interpretação de que em determinada hipótese deve prevalecer a liberdade de manifestação ou se pode esperar a sua limitação.

Segundo a literatura, o "modelo brasileiro" de limitação à liberdade de expressão se inclina para o uso indiscriminado da regra da ponderação (proporcionalidade) e na vaga conceituação da dignidade humana, o que confere ao judiciário um elevado grau de discricionariedade para decidir tais limites[99].

Durante a análise da ADPF n. 572, tratando da manutenção de um inquérito instaurado no Supremo Tribunal Federal, chama a atenção que todos os ministros que divulgaram os seus votos, dentre eles Celso de Mello, Edson Fachin (relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes, fizeram alusão a julgados da Suprema Corte Americana que analisam o significado da primeira emenda daquela Constituição e trazem a concepção de um "livre mercado de ideias" (*free marketplace of ideas*), cunhado pelo Juiz da Suprema Corte Oliver Wendell Holmes em um voto no caso *Abrams v. United States* de 1919[100].

Afirma o Juiz da Corte Americana: "o melhor teste para a verdade é o poder de o pensamento ser aceito em meio à competição do mercado, e essa verdade é o único terreno sobre o qual o desejo dos homens pode ser concretizado com segurança" (tradução livre).

Diante da própria importância dada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal acerca do direito à liberdade de expressão na forma em que sedimentado pela Suprema Corte

---

[99] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Liberdade de expressão: que lições podemos aprender com a experiência americana. *In*: FARIA, José Eduardo (org.) **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 128. Macedo Junior aponta como evidência desta constatação as análises das decisões que proibiram a publicação do livro de Adolf Hitler "Mein Kampf" (julgado por um Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proc. 0030603-92.2016.8.19.000); a proibição de *outdoors* com citações Bíblicas durante a Parada Gay (Tribunal de Justiça de São Paulo, que julgou em recurso de apelação a Ação Civil Pública n. 0045315-088.2011.8.26.0506, oriundo da 6ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto); a decisão do STF na ADPF nº 187, Tribunal Pleno, Rel. Min Celso de Melo, DJ 29/05/2014ADPF, que liberou a manifestação da Marcha da Maconha; o caso de homofobia performado por então candidato às eleições de 2014, que foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível n. 1098711-29.2014.8.26.0100, 4ª Câmara de Dir. Privado, rel Natan Zelinschi de Arruda; e o Caso Ellwanger, julgado pelo STF através do HC n. 82.424/RS, Rel. min. Moreira Alves, DJ 19.03.2004. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Liberdade de expressão: que lições podemos aprender com a experiência americana. *In*: FARIA, José Eduardo (org.) **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 135.

[100] Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/. Acesso em: 28 jul. 2020.

americana, procuraremos realizar uma breve análise desse instituto, dentro das balizas fornecidas pela primeira emenda e a possibilidade de sua limitação naquele ordenamento.

Noutra ponta, analisaremos como o Tribunal Constitucional Alemão tem interpretado a mesma liberdade, chamando a atenção para a existência desses dois modais exegéticos acerca do mesmo e universal instituto, ao final procurando vislumbrar qual dos dois modelos seria mais consentâneo à nossa moldura legal e ao nosso ambiente político-cultural.

4.1 O MODELO NORTE-AMERICANO

O direito à liberdade de expressão encontra-se estratificado da primeira emenda (*first amendment*) da Constituição americana cunhado em 1791[101], que estabelece a impossibilidade de o Congresso editar qualquer lei para restringi-la.

Observe-se que a dicção do dispositivo legal deixa claro em sua literalidade: o Estado, por meio de seu poder legislativo, não pode limitar a liberdade; cabe ao ente governamental preservar e proteger as "más ideias" e os "discursos prejudiciais", em vez de censurá-los e restringi-los. O Estado deve necessariamente adotar uma postura neutra frente à manifestação do pensamento, ainda que o considere desprezível ou perigoso[102].

Sintomático da especial configuração da liberdade de expressão nos Estados Unidos é a forma pela qual foi recepcionado o Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos. No Brasil ele foi recepcionado em sua integralidade mediante o Decreto n. 592 de 06 de julho de 1992. Por sua vez, os Estados Unidos, embora signatário do mesmo acordo, que em seu art. 19 prevê total proteção ao direito de opinião e de expressão[103], ao referendá-lo, o Senado

---

[101] Constituição Americana: Art. 1. "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*." Em livre tradução: "O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas".

[102] WEDY, Miguel Tedesco e Horbach. Uma abordagem comparada acerca do discurso de ódio entre Brasil e Estados Unidos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 2. 2019.

[103] Art. 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acessado em: 25 de julho de 2020.

Americano promulgou resolução com reserva ao art. 20[104] da convenção, não autorizando ao pacto internacional restringir o direito à liberdade de expressão, frente à apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

Analisando os julgados da Suprema Corte Americana, Cass Sustein[105] esclarece que o discurso mentiroso, ou mesmo odioso, tem guarida nos julgados daquele tribunal, porque ele incorporou como valor axiomático da Carta Política americana as razões estabelecidas por John Stuart Mill[106] e por outras vertentes do liberalismo, para conceber a liberdade de expressão de forma mais ampla possível. Esses argumentos gravitam em torno de três ideais centrais: a falibilidade do Estado; o resfriamento da verdade e a possibilidade de aprender com a falsidade.

Em relação à falibilidade do Estado, afirma o autor que, se o governo passar a punir ou censurar falsidades, redundará censurando também a verdade, pois os julgamentos do Estado são falíveis; não pode a sociedade transferir para o Estado a responsabilidade e o poder de estabelecer o que é falso ou verdadeiro. Não se pode banir do debate público os discursos ou argumentos falsos, tais como aqueles que afirmam ser a terra plana, por exemplo, porque mais importante que algum ente público afirme-o como falso, deve o Estado promover o debate e o contra-argumento para oportunizar a autocorreção no seio da sociedade através do discurso público.

O resfriamento da verdade (*chilling effect*) afirma que permitir a punição ou censura governamental contra alguém por afirmar alguma falsidade pode deter pessoas de dizer a verdade. Quando alguém realiza um discurso na esfera pública, é natural não ter certeza sobre todos os aspectos lançados no debate. Permitir que se realize um procedimento criminal ou de responsabilização civil contra alguém que falou algo não verdadeiro pode resfriar o debate público, fazendo com que outras pessoas deixem de participar dele com medo das represálias estatais, o que significará uma perda para a sociedade e para a democracia que não pode ser garantida por pessoas em silêncio.

---

[104] Art. 20. 1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra. 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

[105] SUSTEIN, Cass. **Falsehoods and the first amendment**. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3426765. Acesso em: 10 jul. 2020.

[106] Vide: MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2016.

O último postulado central que embasa a aceitabilidade de discursos falaciosos ou mesmo odiosos pela sociedade americana e que foram referendados pela Suprema Corte daquele país concerne na possibilidade de se aprender com a falsidade. Segundo Mill, um dos mais fortes valores sociais da liberdade de discurso, incluindo aqueles eivados de mentiras, é a possibilidade de melhorar a compreensão e o entendimento na sociedade. A existência de discursos falaciosos gerará a necessidade de os participantes do debate público aprofundarem os fundamentos de suas opiniões, mas para além disso deverão eles se inteirar dos argumentos do outro, conhecer seus fundamentos, para, somente assim, poder refutá-lo.

Além desses postulados advindos do utilitarismo, o ideário liberal, encampado pela Suprema Corte americana, que inclui aquela filosofia dentre uma de suas acepções, baseia-se nas seguintes premissas:

> a)o justo tem prioridade sobre o bom (o que é certo tem prioridade sobre o que é bom para a coletividade; b) os direitos têm preferência sobre a maximização do bem-estar (um direito só pode ser restringido em virtude de outro direito, mas não em virtude de a restrição trazer bem-estar à coletividade); c) o indivíduo e seus direitos têm prioridade sobre o bem-estar da coletividade; d) a sociedade não pode ser governada por nenhuma particular concepção de vida boa, mas sim por princípios neutros e justos que permitam a cada um viver segundo sua concepção de bem[107].

Com base em tais premissas filosóficas que informam uma raiz axiomática da interpretação da liberdade de opinião na Constituição Americana, a Suprema Corte estabeleceu como regra a proteção à liberdade de expressão, podendo ocorrer a sua limitação e regulação a partir da análise de dois eixos centrais: o valor da expressão e a neutralidade da regulação[108].

4.1.1 O valor da expressão: expressões de alto e baixo valor

As expressões de "alto valor" gozam de proteção constitucional plena; por sua vez, as de "baixo valor" também contam com proteção, mas podem ser reguladas. Na jurisprudência da Corte Constitucional, não resta claro a linha divisória propriamente acerca do que seja alto ou baixo valor, por exemplo, qualquer expressão manifestamente política,

---

[107] CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira:** como a ideologia influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 64.

[108] SILVA. Júlio César Casarim Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. **Revista Direito GV**. São Paulo 11(1), p. 037-064. jan./jun. 2015.

qualquer que seja a sua natureza, merece a proteção da primeira emenda, assim como toda e qualquer expressão artística e cultural.

Por sua vez, cite-se como exemplo de expressões de baixo valor qualquer expressão caracterizada por obscena, como ficou evidente no caso *Miller v. Callifonia*[109]ou que veicule ameaça, tentativa de suborno ou assédio sexual. Denote-se que para ter a expressão permitida não é necessário que o cidadão demonstre o alto valor social de seu discurso, basta apenas que ele demonstre que não pertence às categorias ditas inferiores.

Em relação à possibilidade de críticas a figuras públicas, a Suprema Corte assentou no caso *Sullivan v. New York Times*[110] importante postulado configurando a crítica aos homens públicos como de alto valor, gozando de forte proteção da primeira emenda. Nesse caso, contrapunham-se o jornal *The New York Times* e um oficial de polícia do Alabama que se considerou difamado por uma notícia favorável a *Martin Luther King*. A Corte entendeu a expressão utilizada pelo jornal como "política" e, a partir desse axioma, inverteu o ônus da prova em casos de difamação de figuras públicas, compreendido neste adjetivo qualquer pessoa que ocupe um cargo público, eleita ou não.

Dessa forma, para manejar uma ação contra qualquer espécie de crime contra a honra, as autoridades públicas passaram a ter de provar a falsidade da afirmação de seus críticos, mas não apenas isso. Há necessidade também de comprovar a ciência da falsidade por parte do emitente da mensagem difamatória ou que pelo menos estes tenham agido com negligência extremada (*reckless disregard)* em relação à veracidade ou à falsidade da afirmação. Construiu-se por meio dessas categorias uma jurisprudência capaz de determinar que a liberdade de expressão só seja afastada nas hipóteses de críticas a funcionários públicos caso a acusação comprove, a um só tempo, a falsidade da afirmação e a malícia real (*actual malice*), que pode se exteriorizar mediante uma conduta dolosa ou denotativa de uma negligência extremada (*reckless disregard*) do agente.

Noutra senda, ilustrando a amplitude da interpretação da liberdade de manifestação nos Estados Unidos, há de se mencionar que a Suprema Corte americana (*Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010))[111], por uma pequena margem de cinco a quatro, assentou que as despesas financeiras em nome de candidatos políticos são geralmente protegidos por essa liberdade – estabelecendo também que é ilegítimo que o governo tente

[109] Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/. Acesso em: 29 jul. 2020.
[110] Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/. Acesso em: 29 jul. 2020.
[111] Disponível em: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/08-205. Acesso em: 11 set. 2021.

promover a igualdade política impondo tetos sobre os gastos permitidos. (*Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1* (1979)).

Na primeira decisão, ficou assentado que limitar o financiamento de campanha de empresas privadas em favor de concorrentes a cargos públicos seria o mesmo que proibir o discurso político de alguém em favor de determinado candidato. Impedir que algum ente corporativo privado pudesse se envolver no discurso político em época de eleição, apoiando explicitamente determinado político e para ele destinando verbas, aptas a subsidiar a sua campanha eleitoral, no entender da Suprema Corte americana, malferiria a liberdade de expressão insculpida em sua primeira emenda.

Segundo o Tribunal, as restrições ao financiamento de campanhas não podem ser justificadas por referência à igualdade[112]. É por essa razão que as despesas de entes privados com fundos pessoais dos candidatos não podem ser regulamentadas, apenas podendo sofrer algum tipo de restrição como forma de prevenir a ocorrência de corrupção.

4.1.2 Neutralidade da regulação

A neutralidade da regulação diz respeito à impossibilidade de se realizar qualquer análise conteudística prévia da manifestação. Não se pode impedir ou censurar a manifestação da opinião com base em uma análise baseada em seu conteúdo ou em algum ponto de vista específico. Cite-se como exemplo a possibilidade de se impedir a realização de manifestações públicas com o uso de alto falantes em frente a hospitais e escolas, ou a impossibilidade de se discutir a legitimidade ou não de uma guerra no interior de quartéis.[113] Da mesma forma, a restrição baseada no teor do discurso não pode manietar apenas um dos lados dos envolvidos no embate de ideias.

O caso *R.A.V v City of Saint Paul, Minnesota*[114] é particularmente expressivo acerca da proibição de análise de conteúdo das manifestações políticas, de acordo com o assentado pela Suprema Corte estadunidense: um adolescente branco, acompanhado de alguns amigos, queimou uma cruz de madeira no quintal de uma família negra, em clara manifestação política e racista atrelada aos valores supremacistas brancos associados à seita Klu Klux Klan (KKK). Em 1989, foram presos e julgados por violação de uma lei local (do Estado de Minnesota) que

---

[112] Como Analisa Sustein. SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. Não paginado.
[113] SILVA. Júlio César Casarim Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. **Revista Direito GV**. São Paulo 11(1), p. 037-064. jan./jun. 2015. p. 39.
[114] Disponível em https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/377. Acesso em: 29 jul. 2020.

criminalizava a exibição de cruzes ardentes, suásticas ou qualquer outro símbolo capaz de produzir raiva, alarme ou ressentimento com base na raça, credo, cor, religião ou gênero.[115] O tema da constitucionalidade da lei local foi levada em sede de controle de constitucionalidade à Suprema Corte, que, por unanimidade, julgou a referida lei inconstitucional. De forma significativa, por meio do voto condutor do *Justice Scalia*, criou-se um padrão no qual praticamente todo discurso de ódio é protegido. Embora aceitando que "palavras de combate" (*fighting words*) não estavam protegidas pela Primeira Emenda, após o caso *Chaplinsky v. New Hampshire (1942)*[116], a Corte considerou que a regulamentação de "palavras de combate" por conteúdo, de forma prévia, era inconstitucional, e tal discurso era protegido pela Primeira Emenda.

Destarte, embora a utilização das chamadas *"fighting words"* não seja incluída na liberdade estabelecida pela primeira emenda, uma lei que estabeleça previamente qual o conteúdo que pode ser caracterizado como tais palavras realiza controle de conteúdo do discurso, o que é proibido pela referida emenda.

Como se observa da análise dos casos trazidos, resta evidente que o sistema de proteção norte-americano à liberdade de expressão é bem amplo e condizente com os matizes culturais e históricos da luta pelas liberdades civis e contra a regulação do Estado, que deita raízes no extremo respeito ao caráter formalmente igualitário entre os cidadãos e a um individualismo exacerbado, mesmo que isso signifique permitir o discurso de ódio, com as nódoas do racismo e do desprezo às minorias.

4.2 O MODELO ALEMÃO

A Alemanha adota o sistema da *civil law*, como o Brasil, diversamente da *common law* dos Estados Unidos. Assim, positiva especificamente em sua Lei Fundamental a

---

[115] SILVA. Júlio César Casarim Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. **Revista Direito GV**. São Paulo 11(1), p. 037-064. jan./jun. 2015.

[116] No *caso Chaplinsky v. New Hampshire* a Corte Constitucional assentou a não proteção constitucional das assim chamadas "*fighting words*". No caso específico, Walter Chaplinsky causou tumulto e certa revolta popular enquanto distribuía panfletos na cidade de Rochester. Assim, quando os policiais foram abordá-lo, este passou a chamá-los de "malditos fascistas" e chamando todo o governo de "agentes fascistas", de forma a insuflar a multidão que acompanhava o protesto. O tribunal, ao analisar o caso, compreendeu que tais expressões são capazes de provocar retaliação violenta de uma pessoa comum que escuta tais epítetos, por caracterizar-se como palavras de provocação que chamam para a luta (*fighting words*). Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/. Acesso em: 29 jul. 2020.

possibilidade de limitar a liberdade de expressão em "normas das leis gerais, nos dispositivos legais para proteção da infância e juventude e no direito à honra pessoal"[117].

Como se observa, a própria moldura constitucional do instituto, ao mesmo tempo em que consagra a liberdade de expressão e veda a censura, estabelece a possibilidade de limitação ao seu conteúdo em normas que não precisam ter *status* constitucional, além de impor limites como a proteção das crianças e adolescentes e o respeito à honra pessoal.

O Tribunal Constitucional Alemão, em suas decisões acerca do assunto[118], normalmente realiza uma ponderação ou sopesamento dos direitos fundamentais envolvidos, deixando claro (o que se demonstrará adiante no estudo de alguns julgados paradigmáticos) que não há no ordenamento jurídico alemão um peso maior *prima facie* dado à liberdade de expressão. A premissa filosófica encampada por esse Tribunal e, pode-se dizer, pela comunidade europeia em regra, abraça uma concepção comunitarista em contraste ao liberalismo dos Estados Unidos.

De acordo com aquele ideário, o indivíduo não deve ser entendido como alguém isolado dos valores da comunidade. Essa premissa rompe com a ideia de estado neutro, típica do liberalismo, para abraçar a possibilidade de adotar uma política voltada para o bem comum, na medida em que estratifica uma concepção substantiva de boa vida capaz de se aplicar a toda comunidade[119] [120].

---

[117] Lei Fundamental Alemã: Art. 5 (Liberdade de expressão da opinião, informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia; liberdade artística e científica) (1) Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis. A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas. Não haverá censura. (2) Esses direitos têm seus limites fixados nas normas das leis gerais, nos dispositivos legais para a proteção da infância e da juventude e no direito à honra pessoal.

[118] MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão:** decisões anotadas sobre direitos fundamentais. São Paulo: Konrad- Adenauer- Stiftung – KAS, 2018. v. II. p. 91-138.

[119] CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira:** como a ideologia influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 74.

[120] "Quando os comunitaristas afirmam que nem todos os planos de vida são igualmente valiosos, ou sugerem a adoção de políticas de proteção à comunidade que delimitam nossas escolhas, o que nos mostram é sua completa rejeição a um ideal caracteristicamente liberal: o ideal referente à 'neutralidade' do Estado. De fato, como vimos, o liberalismo defende que o Estado deve ser 'neutro' diante das várias concepções do bem que surgem em determinada comunidade, e deve permitir que, em suma, a vida pública seja um resultado 'espontâneo' dos livres acordos realizados pelos particulares. Por outro lado, para o comunitarismo, o Estado deve ser essencialmente um Estado ativista, comprometido com certos planos de vida e com certa organização da vida pública. Esse 'compromisso' estatal pode chegar a implicar – para alguns – a promoção de um ambiente cultural rico (de forma que melhore a qualidade das opções dos indivíduos), a proteção de certas práticas ou tradições consideradas 'definidoras' da comunidade, a criação de fóruns de discussão coletiva, o fornecimento de informação de interesse público etc.". GARGARELLA, Roberto. **As teorias de justiça depois de Rawls:** um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 141.

Destarte, o Estado deve encorajar as pessoas a adotar concepções de bem que se ajustem ao modo de vida da comunidade, ao mesmo tempo em que desencoraja outras concepções que entrem em conflito com aquelas. O próprio Estado deve ter um papel significativo na redução das desigualdades sociais e, para isso, deve exercer seu poder de regular a vida da comunidade. Esses traços da filosofia comunitarista encontram-se em diversos entendimentos estratificados pelo Tribunal Constitucional Alemão, em relação à admissibilidade de restrição à liberdade de expressão, de maneira a proteger a dignidade e honra dos integrantes da sociedade; reforçar os laços de unidade da comunidade; e a de desencorajar atitudes ameaçadoras à democracia.

4.2.1 Direito à liberdade de expressão e a negação do Holocausto

Na reclamação Constitucional BVerGE 90, 241[121], o Partido Nacional democrático da Alemanha (partido de extrema direita) pretendia realizar um evento cujo título seria "O futuro da Alemanha à sombra de chantagem política?", na cidade de Munchen, em maio de 1991. A edilidade concedeu a licença para a realização do evento sob a condição de o partido não negar a perseguição dos judeus pelo *Terceiro Reich*, devendo expor a todos os participantes da reunião que fazê-lo poderia engendrar a prática de crime, conforme previsão específica do Código Penal tedesco. Com isso, o partido provocou o Tribunal Constitucional, alegando a violação ao seu direito fundamental à liberdade de expressão e opinião. A Corte Constitucional, ao realizar a análise do caso, propugnou percuciente divisão acerca do que seriam "opinião" e "afirmações de fatos".

Opinião é a declaração marcada pelo subjetivismo do falante que, ao expô-la, deixa transparecer sua tomada de posição diante de algum fato ou situação fenomênica qualquer, havendo uma relação pessoal entre o emitente e o conteúdo da manifestação que pode ter como fundamento razões de ordem racional ou emotiva. A opinião não pode ser classificada categoricamente como certa ou errada, valiosa ou não, tampouco perigosa ou inofensiva, porquanto diga respeito a uma manifestação pessoal do indivíduo. Para o Tribunal esta espécie de declaração merece especial guarida da liberdade fundamental ao pensamento, pois nela se agasalha a própria individualidade que nos destaca como seres singulares, independentemente de julgá-la falsa ou verdadeira.

---

[121] MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão:** decisões anotadas sobre direitos fundamentais. São Paulo: Konrad- Adenauer- Stiftung – KAS, 2018. v. II. p. 104.

Noutra senda, o Tribunal conceitua as denominadas “afirmações de fato”, que, em sentido estrito, não se caracterizam por expressões de opinião. Nessas afirmações, há uma relação objetiva entre o objeto observado e o sujeito, que declara a realidade de uma ocorrência factual observada ou observável. A declaração acerca de um fato é plenamente perscrutável para se aferir a sua veracidade. Ora, diante disso, caso se tenha puramente uma afirmação de fato, sem que ela seja pressuposta de uma opinião, como ocorre, por exemplo, com a expressão: “o sol gira em torno da terra”, a sua falsidade patente, promulgada de forma consciente, agregada a sua falta de capacidade de fundamentar qualquer opinião, não atrai a defesa de um bem jurídico digno de proteção, não sendo posta sob o manto da liberdade de opinião. Entretanto, nas hipóteses em que se imiscuírem uma afirmação de fato incorreta ou não verdadeira como fundamento de uma opinião, não se deve proceder a uma estrita divisão entre juízos de valor e, de fato, deve-se privilegiar a liberdade de expressão, evitando o que os americanos chamam de *“chilling effect”*. Ou seja, não se deve permitir que o critério de verdade seja tão elevado e rígido de forma a impedir que expressões limítrofes ou permitidas deixem de serem proferidas por receio de alguma sanção.

Mesmo com tais parâmetros, não há de se compreender que a liberdade de expressão abranja toda e qualquer opinião, pois a própria Constituição alemã estabelece limites expressos a tal liberdade. Além disso, expressões de opinião embasadas em afirmações de fatos inverídicos ou falseados, no momento de seu sopesamento com outros direitos fundamentais, por exemplo, a proteção à personalidade, tendem a ceder ou a diminuir seu âmbito de abrangência com uma carga argumentativa menor.

Após realizar tal argumentação, a Corte assentou que negar a ocorrência do Holocausto é expressão proibida, uma afirmação de fato comprovadamente inverídica que não merece o pálio da garantia constitucional de liberdade de expressão. Dessa forma, a liberdade de expressão pode agasalhar afirmações de fato que, quando proferidas, baseiam-se em elementos ainda não verificados ou cuja veracidade ainda não foi esclarecida. Porém isso não ocorre no caso em comento, conquanto a inveracidade da informação seja patente.

4.2.2 Direito à liberdade de expressão e a injúria/difamação de servidores públicos

Por intermédio da Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial de n. 93, 266[122], o Tribunal Constitucional tedesco enfrentou o caso que em linhas gerais se resume ao

[122] MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão:** decisões anotadas sobre direitos fundamentais. São Paulo: Konrad- Adenauer- Stiftung – KAS, 2018. v. II. p. 114.

fato de um jovem manifestar-se publicamente afirmando que "todo soldado é um assassino", tanto através da distribuição de panfletos quanto pela elaboração de faixas em cidades onde ocorria o treinamento da OTAN. O manifestante foi condenado pelo Tribunal de primeira instância. A Corte Constitucional, nesse caso, também iniciou a sua *ratio decidendi* com base na diferenciação entre opinião e afirmação de fato, considerando a manifestação do jovem como uma opinião.

Pontuou que as instituições democráticas, para realizarem a sua função a contento, necessitam do reconhecimento e da aceitação por parte da sociedade. Por essa razão, elas são dotadas de uma espécie de honra que merece ser protegida. Nada obstante, quando essa honra contrastar com a necessidade de proteção à crítica ao poder constituído, a liberdade de expressão deverá prevalecer, considerando que ela é, por excelência, constitutiva da ordem democrático-liberal. Com isso, mesmo a crítica atroz ou até mesmo ofensiva merece o respaldo do direito fundamental de expressão, quando ela não resvalar para uma depreciação pessoal ou difamação de uma pessoa específica. Em tais hipóteses, o espectro de abrangência da liberdade de expressão deverá ceder à manutenção da honra pessoal que deflui da dignidade da pessoa humana.

Nessa trilha, o Tribunal decidiu reformar a sentença do Tribunal de primeira instância para absolver o manifestante, porquanto não tenha considerado suas afirmações ataques à dignidade humana específica de cada soldado, tampouco uma injúria formal.

4.2.3 Limitação à liberdade de opinião frente à incitação ao ódio por exaltar período despótico[123]

O caso tratado na Reclamação Constitucional contra decisão judicial retratada no BverfGE 124, 300[124] pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão denota alto interesse frente aos acontecimentos atuais no cenário político-constitucional brasileiro. Por meio da

[123] Para ilustrar a dissonância entre as compreensões entre os Tribunais máximos Alemão e Americano acerca do instituto da liberdade de opinião, mesmo em casos similares, cite-se *National Socialist Partie x Skokie:* O partido Nacional Socialista americano pretendia realizar manifestação para celebrar os valores nazistas, ostentando seus símbolos e pregando o ódio ao povo judeu. Tal manifestação teria como palco a cidade de Skokie, lugar predominantemente habitado por judeus, inclusive alguns sobreviventes dos campos de concentração da Alemanha. A manifestação foi proibida pelas autoridades locais. Nada obstante, os nazistas apelaram até a Suprema Corte, e esta concedeu liminar, mesmo não se debruçando diretamente sobre o mérito, para permitir que a manifestação fosse realizada, revogando a decisão liminar da Corte Estadual. Como se vê, a manifestação declaradamente nazista, expondo seus símbolos e sua mensagem de ódio, não foi suficiente para convencer os juízes da Suprema Corte, que, atentos a questões processuais, permitiram a passeata. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira:** como a ideologia influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 103-105.

[124] MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão:** decisões anotadas sobre direitos fundamentais. São Paulo: Konrad- Adenauer- Stiftung – KAS, 2018. v. II. p. 125.

modificação no Código Penal alemão, foi acrescida uma limitação à liberdade de reunião, ao mesmo tempo em que diferenciou um tipo de incitação ao ódio, tipificando-se os atos de aprovar, glorificar ou justificar publicamente o despotismo do regime nacional-socialista vigente no chamado Terceiro-Reich, sancionando-o com prisão e multa[125]. Com base nesse artigo, a Câmara Legislativa de um município alemão proibiu uma manifestação em local aberto que ocorria com o intuito de celebrar a memória de Rudolf Heb, procurador de Hitler e um dos seus mais enfáticos seguidores, com o seguinte lema: "sua honra valia-lhe mais que a liberdade".

Inconformado com a proibição exarada, porquanto a manifestação já vinha ocorrendo durante vários anos antes da modificação legislativa, o organizador do evento recorreu ao Judiciário e obteve decisões no sentido de manter a proibição do evento nas instâncias ordinárias. Ao final, conseguiu levar o tema da análise da constitucionalidade da lei acima mencionada para perscrutação do Tribunal Constitucional Federal.

Na construção da *ratio decidendi*, a Corte Constitucional amparou-se na ideia a partir da qual a Constituição de um país realiza um elenco de valores que é compartilhado pela maioria de sua população, expondo uma raiz axiomática que anima todas as suas normas e tem eficácia irradiante para todo ordenamento.

É bem verdade, entretanto, que os cidadãos não são juridicamente obrigados a aderir irrestritamente à matiz axiológica exposta na Carta Política e aceita pela maioria da sociedade. O que se espera da população é que ela compreenda tais valores e se comporte de acordo com eles, tendo liberdade para permanecer com sua reserva de consciência, podendo expor opiniões favoráveis a uma mudança radical da ordem política. Ultrapassada tal ponderação, o Tribunal esclarece a possibilidade de limitação da liberdade de expressão por "leis gerais", como se encontra positivado no art. 5 (2) da Lei Fundamental.

Segundo o Tribunal, para que seja possível a mencionada limitação por uma "lei geral", há de se perquirir acerca de sua neutralidade. A lei será considerada neutra quando ela não proibir uma opinião em si, quando não for direcionada contra a expressão de determinada opinião, "mas que sirvam à proteção de um bem jurídico".

Aqui está uma das principais diferenças da tradição alemã em confronto com aquela norte-americana. Para os alemães a lei manterá seu caráter geral, ou seja, a sua neutralidade,

[125] §130, IV do Código Penal tedesco: "Punir-se-á com pena privativa de liberdade de até três anos ou multa quem, publicamente ou em uma reunião, estorvar a paz pública de modo a ferir a dignidade das vítimas ao aprovar, glorificar ou justificar o poder e o despotismo nacional socialista."

mesmo que se referindo a determinado conteúdo, sirva a proteger específico bem jurídico constitucionalmente tutelado: "Por outro lado se ela (a lei) referir-se ao conteúdo de uma expressão de opinião, o exame dependerá de se verificar se a norma serve à proteção de um bem jurídico protegido [...] pelo ordenamento jurídico"[126].

A lei será considerada neutra mesmo que se refira a determinado conteúdo de opinião com a finalidade específica de proteger determinado bem jurídico tutelado, pois neste caso deve-se presumir que a norma não foi concebida para punir uma opinião específica, mas sim, para resguardar, de modo geral, um bem jurídico caro à sociedade. Logo, a neutralidade da lei ou da limitação à liberdade de expressão pode permanecer intacta mesmo quando ela se refira a algum conteúdo de opinião. Noutra perspectiva, ocorrerá o abalo na neutralidade da lei quando, a pretexto de tutelar determinado bem jurídico, ela possuir textura aberta, podendo voltar-se apenas a determinadas convicções, atitudes ou ideologias, ou quando servindo para atingir somente partidários de determinadas concepções políticas, ideológicas ou mesmo religiosas.

Diante de tais balizas interpretativas, o Tribunal assentou que o artigo do Código Penal que pune a ode ao nacional-socialismo não se trata de uma norma neutra; faz opção de punir determinado espetro do pensamento político, mesmo a despeito de proteger o bem: "paz pública". Se tal norma punisse qualquer manifestação de glorificação a "regimes totalitários", ela manteria a sua "cegueira" ou neutralidade, assim conseguindo ser específica em relação ao conteúdo de uma manifestação de opinião, sem infringir o requisito da neutralidade, o que não ocorreu no caso, considerando a explícita escolha da norma em punir o âmbito ideológico da extrema direita, encarnada no nacional-socialismo e apenas ele. Entretanto, a par dessas análises, considerando explicitamente a lei em comento excepcional (por não ser lei geral, ou neutra, como se refere o direito estadunidense), o Tribunal Constitucional Federal Alemão declarou a norma constitucional.

Ante a importância do julgado e a contundência do relato histórico que o embasa, peço licença ao leitor para fazer a citação das exatas palavras utilizadas pelo Tribunal, que não pode ser espelhado sem se valer da literalidade:

> Deve ser reconhecida uma exceção da condição de generalidade de leis restritivas de opinião segundo o art. 5 II GG para normas que mirem no impedimento de uma afirmação propagandística do poder e despotismo nacional-socialistas nos anos 1933 a 1945. O regime ofensivo à humanidade daquele tempo, que trouxe sofrimento,

[126] MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão:** decisões anotadas sobre direitos fundamentais. São Paulo: Konrad- Adenauer- Stiftung – KAS, 2018. v. II. p. 126.

> morte e submissão à Europa e ao mundo em medida incomensurável, tem para a ordem jurídico-constitucional um significado de marca invertida de identidade que é único e que não pode ser contemplado somente sobre a base de dispositivos legais gerais. A deposição consciente do domínio antijurídico do nacional-socialismo foi historicamente a preocupação central de todas as forças partícipes da elaboração e da entrada em vigor da Grundgesetz (Lei Fundamental alemã). [...] A Grundgesetz pode ser interpretada justamente como projeto (diamentralmente) oposto ao totalitarismo do regime nacional-socialista, tendo como propósito, desde sua estrutura até nos muitos detalhes, extrair lições das experiências históricas e excluir, de uma vez por todas, a possibilidade de repetição de tal não-direito. A superação definitiva das estruturas nacional-socialistas e o impedimento de novo fortalecimento de uma Alemanha nacionalista totalitária foi, já para a nova construção da estabilidade alemã pelos Aliados, um motivo central. [...] Em face desse contexto, a saudação propagandística do poder e despotismo nacional-socialista, com todos os terríveis acontecimentos fáticos pelos quais ele deve responder, produz efeitos que vão muito além das situações gerais de tensão da luta de opinião pública e que não podem ser contemplados somente com base nas regras gerais sobre limites da liberdade de opinião. A defesa desse império (nacional-socialista) na Alemanha é um ataque à identidade da instituição da comunidade política no âmbito interno com potencial de risco à paz. Nessa extensão, ela (como opinião) não é comparável a outras expressões de opinião e também pode, não por último, despertar no exterior uma profunda preocupação. [...]. Mesmo à exceção à condição geral de leis restritivas de opinião, a ser reconhecida em consonância ao Art. 5 I e II GG por causa do caráter único dos crimes do poder e despotismo nacional-socialistas e da responsabilidade deles resultante para a República Federal da Alemanha, não abre aqui portas, mas deixa a responsabilidade em face do necessário combate de tais perigosas ideias para a crítica na livre discussão. A exceção permite ao legislador tão somente promulgar dispositivos extraordinários para expressões de opinião que tenham por objeto uma avaliação positiva do regime nacional-socialista em sua realidade histórica, os quais se refiram aos efeitos específicos justamente de tais expressões, levando-os em consideração.[127]

Como se observa, o Tribunal Federal alemão reconhece o compromisso axiomático da Lei Fundamental daquele país em construir um projeto jurídico institucional que não permita a repetição do horror perpetrado pelo nacional-socialismo, assumindo a sua responsabilidade histórica de forma a afrontar os fatos vividos com atitude proativa em combater revisionismos históricos ou interpretações enviesadas. Isso porque para aquele país não há possibilidade de tergiversar sobre afirmações de fato, e para a nação alemã a morte e a barbárie implantada pelo regime totalitário de Hitler é uma verdade histórica que não pode ser obnubilada.

O arcabouço sociocultural, histórico e jurídico da Alemanha advindo da experiência nazista, como bem estratificado na decisão acima analisada, faz com que aquele país e o próprio *BVerfG* encampem a teoria da democracia militante. Essa teoria floresce a partir da

---

[127] BverfGE 124, 300 (04 de novembro de 2009). MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão:** decisões anotadas sobre direitos fundamentais. São Paulo: Konrad- Adenauer- Stiftung – KAS, 2018. v. II. p. 131.

tentativa de responder ao que Karl Popper aponta como paradoxo da tolerância ou paradoxo da autodestruição.[128]

O "racionalismo" moderno diz respeito à procura de resolver problemas por meio de um apelo à razão, ao pensamento e à experiência, em vez de se utilizar de emoções e paixões. Assim, esse racionalismo é natural em toda democracia, porquanto projeto de implementar um "regime das razões", impondo a atitude prática de ouvir argumentos críticos e aprender com a experiência, admitindo que "eu posso estar errado e vós podeis estar certos e por um esforço poderemos nos aproximar da verdade"[129].

Essa atitude está no cerne da democracia, concretizando o princípio da igualdade a partir do ponto em que se deve considerar o argumento acima da pessoa que argumenta, pois num regime plural e que se pretende democrático, devem-se reconhecer todos aqueles com quem nos comunicamos como uma fonte potencial de argumentação e de informação razoável, estabelecendo-se a partir dessa premissa uma "unidade racional da humanidade". Essa unidade se baseia na esperança de, por meio da argumentação e da observação criteriosa, atingir-se alguma espécie de acordo sobre muitos problemas e que, mesmo quando as opiniões se chocam, é muitas vezes possível discutir acerca dessas questões, estabelecendo propostas capazes de gerar um entendimento aceitável para uma maioria.

Entretanto, a atitude intolerante rompe o próprio pressuposto da "unidade racional da humanidade", ao mesmo tempo em que tenta não se utilizar da argumentação razoável, mas sim, "por meio de punhos e pistolas", impor a sua verdade. O intolerante não argumenta, não adota a razão, procura silenciar a crítica, reescreve a história, rechaçando a pluralidade. Ao mesmo tempo em que desvela a nova verdade, não utiliza uma construção coletiva, mas aurida a partir de uma epifania inconteste e incorporada por uma doutrina que é única e

---

[128] "A tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se entendermos a tolerância ilimitada até àqueles que são intolerantes; se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância. Nesta formulação, não quero implicar, por exemplo, que devamos sempre suprimir a manifestação de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrapor a elas a argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública, a supressão seria por certo pouquíssimo sábia. Mas deveríamos proclamar o direito de suprimi-las, se necessário mesmo pela força, pois bem pode suceder que não estejam preparadas para se opor a nós no terreno dos argumentos racionais e sim que, ao contrário, comecem por denunciar qualquer argumentação; assim, podem proibir a seus adeptos, por exemplo, que deem ouvidos aos argumentos racionais por serem enganosos, ensinando-os a responder aos argumentos por meio de punhos e pistolas. Deveremos então reclamar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes. Devemos exigir que todo movimento que pregue a intolerância fique à margem da lei e que se considere criminosa qualquer incitação à intolerância e à perseguição, do mesmo modo que no caso de incitação ao homicídio ou ao sequestro". POPPER. Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974. v. p. 289.

[129] POPPER. Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974. v. p. 232.

unívoca. Manipula os princípios democráticos, buscando a dominação ou a eliminação de seu oponente, contestando a própria legitimidade do projeto emancipatório inerente a esse regime.

Nesse sentido, a democracia é dotada de certa fragilidade, pois permite que os intolerantes a manipulem de forma a usar a própria liberdade plural, inerente ao regime, para propor a sua superação e, uma vez chegando ao poder, aniquilá-la. Nas palavras de Goebbels, ministro da propaganda nazista: "sempre será uma das melhores piadas da democracia o fato de que ela dá aos seus inimigos mortais os meios de destruir a si própria"[130].

A democracia militante parte da premissa de que os cidadãos, hábeis a realizar eleições periódicas, a participar no debate público, podem reverter ou modificar quaisquer decisões tomadas no passado. A única decisão que não pode ser revista ou reconsiderada é, por obviedade, a aniquilação dos próprios fundamentos do regime democrático, uma vez que o seu cumprimento romperá a possibilidade de autocorreção que lhe é inerente. Assim, o regime democrático deve admitir meios e estabelecer possibilidades de conter aqueles que apregoam o fim do pacto fundamental da sociedade que se encontra estratificado na Constituição. É dizer: a tolerância democrática deve ter limites.

A teoria da democracia militante rompe a tradição liberal do estado neutro em favor de provisões que estratificam a necessidade de uma sociedade democrática ser vigilante para proteger a si mesma e recusa-se a admitir que seu sistema de direitos fundamentais e a própria liberdade por eles tutelada sejam utilizados contra o próprio regime, em favor de agendas políticas totalitárias[131].

Dessa forma, o Tribunal Constitucional Alemão, no julgado acima reproduzido, adota essa teoria ao mesmo tempo em que considera o projeto totalitário um "não-direito" que não pode ser repetido. Com isso supera a barreira de uma limitação constitucionalmente aceitável porquanto neutra, para estratificar que a ode ao regime nazista ou qualquer tipo de manifestação de sua glorificação não sejam tolerados pela sociedade.

---

[130] PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 1.

[131] CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira:** como a ideologia influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 75.

5 A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO NO BRASIL

5.1 CARACTERES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO

A liberdade de expressão floresce, modernamente, quando o próprio conceito de verdade se torna relativo, conquanto o individualismo e a liberdade humana assumam o lugar central em oposição ao pensamento mágico e religioso que propugnava a verdade no dogma infalível e tinha como consectário adágios como: *the king can do no wrong*, *the king does not lie*.

Eis por que a liberdade de expressão assume relevância, com o aparecimento da opinião pública no seio das revoluções burguesas em contraposição ao discurso de autoridade monárquica e aristocrática até então vigente.[132] Inicialmente ligada ao exercício da atividade parlamentar na Inglaterra, tal liberdade se estabelece como possibilidade de os representantes do povo exercerem o direito à crítica em relação ao trono inglês[133]. Tal liberdade era compreendida como um privilégio ligado ao exercício parlamentar, oponível conta o Estado e positivado inicialmente no *Bill of Rights,* em 1689, na Inglaterra.

A primeira Constituição brasileira a positivar as liberdades de expressão e imprensa foi a de 1824, desde então já vedando a censura. Nem mesmo o regime militar foi capaz de banir do texto constitucional o mencionado pilar da democracia, prevendo-o expressamente na Constituição de 1967, mas com vigência apenas formal, considerando que a Emenda Constitucional n. 01 de 1969 limitou o exercício da liberdade de expressão, proibindo publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes, estatuindo entre nós a censura[134].

Ultrapassado o período de limitações da liberdade, a Constituição da primavera de 1988 consagrou-a no art. 5, IV, do Título II correspondente aos Direitos e Garantias Fundamentais[135]. Além disso, a própria Constituição, no Título VIII, reconhece-a como parte integrante da Ordem Social e da Comunicação, quando preceitua em seu art. 220 que "a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação de qualquer forma,

---

[132] HABERMAS, Jurgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. São Paulo: Unesp 2014.
[133] PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 297-316, abr. 2018.
[134] CANOTILHO, J. J. Gomes *et al*. **Comentários à Constituição do Brasi**l Série IDP. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
[135] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

Nessa trilha, é evidente que a liberdade de manifestação de pensamento em nosso ordenamento Constitucional, como todo direito fundamental, apresenta-se sob uma dimensão subjetiva e objetiva[136]. A dimensão subjetiva compreende-se a partir do direito de abstenção do Estado, titularizado pelo cidadão, a significar que o ente público seja impossibilitado de impedir o livre desenvolvimento da personalidade por meio da criação de qualquer obstáculo à manifestação de pensamentos e externalização da vontade dos indivíduos.

Sob o aspecto objetivo, pode-se considerar a liberdade de manifestação uma norma constitucional de competência negativa, no sentido de se impedir que o Estado legisle de forma a tolher ou limitar demasiadamente tal liberdade, sendo, portanto, parâmetro hábil a atrair o controle abstrato de normas constitucionais a cargo do Supremo Tribunal Federal. Além disso, tal liberdade é elevada a critério de interpretação e de filtro normativo de todo o direito infraconstitucional, pois a Constituição, enquanto ápice da pirâmide normativa de Kelsen[137], espraia sua eficácia sob todas as demais normas do sistema, servindo de parâmetro para a sua configuração, assim como de critério exegético[138].

Por sua vez, ultrapassando-se o direito individual, tal liberdade eleva-se a direito social, erigindo o interesse público-coletivo em garantir o próprio regime democrático, pois somente atendendo ao acesso amplo às informações e promoção do debate público há de se concretizar alguns dos objetivos fundamentais de nossa república, como: construir uma sociedade livre, justa e solidária, afastando qualquer espécie de preconceito e outras formas de discriminação (Constituição Federal, art. 3, incisos, I e IV).

---

[136] Não é o escopo deste trabalho discorrer sobre essas dimensões dos direitos fundamentais, mas aponta-se acerca do assunto: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014; MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

[137] "Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante [...]. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estatal, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.". KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 155.

[138] MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119.

Eis por que a liberdade de expressão acode não somente a quem fala, mas também a quem ouve e principalmente a sociedade que necessita do embate de opiniões para criar um espaço público vibrante, inclusivo e capaz de fazer prevalecer as melhores ideias[139]. Dessa forma, aponta-se como desdobramentos da liberdade de pensamento: a inviolabilidade de consciência e religiosa (CF, art. 5, inciso VI), a liberdade de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5, inciso IX); o livre exercício do trabalho, ofício e profissão (CF, art. 5, inciso XIII); livre acesso à informação, com o resguardo do sigilo da fonte (CF, art. 5, inciso XIV); a liberdade de informação jornalística (CF, art. 220, *caput*). Logo, a liberdade de manifestação a partir do texto constitucional envolve de forma ampla a possibilidade de explicitação do pensamento, no sentido do estabelecimento de opiniões, a faculdade de não manifestação e a liberdade de divulgar opiniões e fatos por quaisquer meios não violentos[140], envolvendo manifestações artísticas, atitudes corporais, de forma a contemplar a maior plêiade de exteriorizações do intelecto humano[141]. Apta a dar ampla efetividade a tais liberdades, a *Lex Legum* estabelece a vedação de toda e qualquer forma de censura política, ideológica e artística (CF, art. 220, § 2º). Denota, ainda, que nenhuma lei contenha dispositivo que possa constituir embaraço a plena informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, salvo as próprias limitações constitucionais, tais como, por exemplo, a preservação da intimidade e da vida privada (CF, art. 220, § 1º).

Importa denotar que a liberdade de expressão, além de envolver a eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, ser oponível ao Estado, é caso clássico de eficácia horizontal, sendo possível opô-la a sociedades empresárias e demais particulares[142].

---

[139] O entendimento acerca de a liberdade de expressão denotar apenas uma dimensão negativa é limitada, pois em uma sociedade desigual como a brasileira, a efetivação desse direito reclama ações positivas do Estado, com o objetivo de assegurar a possibilidade real de seu exercício e o enriquecimento do debate público. Assim, a liberdade de expressão não pode ser privilégio de uma elite que detém os meios de comunicação sociais ou que pode comprar espaço em tais meios; o Estado deve ter uma atitude ativa para que tal liberdade valha para todos. NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasilia, v. 7, n. 3, 2017. p. 313-332.

[140] CANOTILHO, J. J. Gomes *et al*. **Comentários à Constituição do Brasi**l Série IDP. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

[141] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 264.

[142] A eficácia horizontal dos direitos fundamentais surge a partir da crescente concentração de poderio econômico nas mãos de instituições privadas, atraindo a incidência de tais direitos sob as relações particulares notadamente quanto maior for a assimetria entre as partes envolvidas, porquanto as normas sobre direitos fundamentais apresentem, ínsitas a elas mesmas, um comando de proteção que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 448. A respeito do assunto, há o caso paradigmático enfrentado pelo Tribunal Constitucional Alemão que, em 1958, no denominado caso Lüth, reconheceu a eficácia horizontal da liberdade de expressão, mas na forma denominada pela literatura como

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

No Brasil, os direitos de liberdade fundamentais insculpidos no art. 5º da Constituição possuem idêntico valor, não se aceitando, em regra, uma diferença hierárquica entre a liberdade de manifestação artística e cultural e a proteção da intimidade, honra e privacidade. Nega-se, por oportuno, a existência de qualquer direito fundamental absoluto, pois todos eles, ante o caso concreto, são passiveis de sopesamento, denotando a característica da relatividade dos direitos fundamentais, como bem assentou o Supremo Tribunal Federal no MS 23.452, Rel. Min Celso de Melo, DJ 12/05/2000[143].

Ingo Sarlet[144] aponta que a arquitetura constitucional em relação à liberdade de expressão e a sua externalização foi assaz detalhista em estabelecer critérios de controle e restrição dessa liberdade, fixando impedimentos legislativos em seu próprio texto, como ocorre com a impossibilidade de criação de lei que crie embaraço à liberdade de informação jornalística (Constituição Federal, art. 220, §1º), à vedação da censura e todas as condicionantes previstas no §3º do art. 220 da Constituição.

Essa minudência constitucional aponta que o próprio constituinte originário foi seletivo no que tange à possibilidade de se impor restrições à liberdade de imprensa e manifestação do pensamento, em confronto com a proteção à intimidade e à privacidade,

---

indireta ou mediata, ao entender que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deverá ocorrer através do filtro da legislação civil e infraconstitucional vigente. Esta deverá realizar previamente a ponderação dos valores em jogo, ou ainda por meio da interpretação das cláusulas gerais, dos conceitos indeterminados insertos no ordenamento privado, que deveriam ser interpretados de acordo com a escala de valores máximos da sociedade, estratificados na Constituição, afirmando-se a eficácia irradiante dos direitos fundamentais sob todo o ordenamento e vinculando a interpretação a ser realizada pelo poder Judiciário. Nesse sentido: MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 108.

[143] A doutrina aponta como exceção à característica de relatividade dos direitos fundamentais a norma que proíbe o tratamento desumano e degradante do indivíduo, proscrevendo entre nós a tortura: "Inegavelmente, há situações em que um direito ou garantia fundamental é absoluto, devendo ser exercido de maneira irrestrita. É o caso da proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante. Aqui não existe relatividade alguma. [...] Aqui a Carta Maior consagra, sim, uma garantia ilimitada e absoluta. Do contrário, fulminar-se-ia o Estado Democrático de Direito, fomentando-se a cultura do 'olho por olho, dente por dente'. Mas, no geral, as liberdades públicas, a exemplo daquelas arroladas no art. 5º de nossa Constituição, são relativas. É nesse sentido que devemos compreender a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal." BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 533

[144] SARLET, Ingo Wolfganf. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.

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

5.2 PERSPECTIVA ATUAL

Ao longo do capítulo anterior, procuramos demonstrar sucintamente, através do estudo de casos paradigmáticos e sedimentados na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais, os dois principais modais de interpretação da liberdade de expressão: o americano e o alemão. Nenhum dos dois modelos é infenso a críticas, porquanto possuam pontos de contato e de afastamento, principalmente porque guardem relação identitária com acontecimentos histórico-culturais de cada país que moldaram a sua própria compreensão de cidadania, firmaram seus valores democráticos e sedimentaram balizas acerca de sua própria concepção de liberdade. Ocorre, entretanto, que a maioria das concepções arraigadas naqueles países e assentadas por seus tribunais foram elaboradas em um momento muito diverso do atual, notadamente pelo atual avanço da comunicação das mídias sociais.

É característico do tempo em que vivemos afirmar-se o caráter despótico da verdade, sendo ela odiada por tiranos que temem a concorrência de uma força coercitiva que não podem monopolizar, ao mesmo tempo em que goza de um *status* precário e incerto sob os governos que, mesmo apoiados no consentimento democrático, temem em exercer seu poder coercitivo para defendê-la[145]. Para decidir esse dilema, encontramo-nos diante de uma encruzilhada: adotar um liberalismo extremado do "*free market of ideias*" ou a teoria da democracia militante, que, num país de tradição autoritária como o Brasil, pode evidenciar-se de forma perigosa.

A antiga "àgora" dos gregos migrou das praças para as redes sociais e "mentiras simples" pelo singelo fato de existir põem em risco evidências científicas, verdades históricas e destroem reputações. Viajam pela teia das redes na velocidade de um vírus pandêmico, cuja cura estamos longe de divisar.

Diante desse quadro, a Alemanha elaborou recente legislação para a regulação de conteúdo abusivo na internet no que diz respeito ao uso das grandes mídias sociais (*Act to*

[145] SUSTEIN, Cass. **Falsehoods and the first amendment**. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3426765. Acesso em: 10 jul. 2020.

Improve Enforcement of the Law in Social Networks, conhecido como *German Network Enforcement Act* – GNEA), de 01 de setembro de 2017. Tal legislação é provavelmente a primeira legislação específica hábil a regular conteúdos nas mídias sociais do mundo[146].

5.3 CRÍTICA AO MODELO DO "FREE MARKET OF IDEAS"

O modelo do "mercado livre de ideias" sustenta que as opiniões devem circular livremente na sociedade sem qualquer regulação do Estado, pois será do embate entre as ideias e a concorrência do melhor argumento que surgirá a verdade.

Essa teoria, encampada pela Suprema Corte americana, através dos votos do *Justice* Oliver Wendell Holmes Jr, definiu que a liberdade de expressão é mais fortalecida com um livre mercado de ideias, e que o melhor teste para a verdade é o seu poder de ser aceita na livre competição do mercado[147].

O Estado, antes de regular a liberdade de expressão, deve fomentar a sua profusão, inclusive de pontos de vista falaciosos, pois eles serão capazes de incentivar o debate, fazendo com que o melhor argumento exsurja, e que a própria discussão travada traga benefícios difusos à sociedade. Entretanto, na própria época em que se consolidava a teoria do *"free trade of ideias"* da lavra do Juiz da Suprema Corte Holmes, outro Juiz, seu contemporâneo na Corte americana, tinha uma compreensão bem diferente acerca da liberdade de expressão.

O *Justice* Louis Brandeis afirmava que, sem a liberdade de expressão e a possibilidade de discussão em assembleia, o princípio deliberativo sob a qual se sustenta toda a democracia representativa seria inútil, pois a principal ameaça para a liberdade é um povo inerte, sendo a discussão pública oportunizada pela liberdade de expressão um dever público e

---

[146] SARLET, Ingo Wolfganf. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.

[147] US SUPREME COURT: Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 635. Justice Homes, dissenting: "Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition. To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent, as when a man says that he has squared the circle, or that you do not care wholeheartedly for the result, or that you doubt either your power or your premises. But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country.". Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/. Acesso em: 11 jul. 2021.

um princípio fundamental do sistema democrático americano[148]. Calha denotar que essas duas concepções, embora se aproximem em dar a importância de pedra angular da liberdade de expressão no regime democrático, afastam-se ao enfatizar diferentes ideias do que ela representa.

Para o juiz Bradeis a liberdade não é apenas um direito, mas também um dever político do cidadão. Um autogoverno é algo bem diferente de pretender satisfazer os interesses do cidadão dentro de um mercado livre de ideias. O seu conceito de liberdade de expressão é republicano, com a ênfase na obrigação de participação na discussão pública. Pela concepção ideal pensada por ele, o cidadão exerce um papel social, de forma a engajar-se no debate de políticas públicas algumas vezes, que não pode se resumir somente a um direito, mas se perfaz em uma responsabilidade cívica. Se os cidadãos são inertes, a própria democracia está em risco.

O engajamento de um cidadão ativo é necessário não apenas para promover a democracia, mas também o bem-estar social. Na era moderna, uma das mais prementes obrigações da cidadania que não é inerte é assegurar que o sistema deliberativo prevaleça sob a arbitrariedade. Para que isso ocorra, é indispensável assegurar que o sistema de comunicação promova objetivos democráticos. Por outro lado, a teoria do livre mercado de ideias, impedindo a possibilidade de o Estado regular de alguma forma a liberdade de expressão, limitando discursos de ódio, orientando-a a promover objetivos democráticos, nada mais é que uma emanação da soberania do consumidor, como mencionado no tópico 4.4 desta dissertação.

Compreende-se, assim, a liberdade de manifestação do pensamento sob o aspecto individual, através de um consumidor com poder irrestrito de escolha, hábil a satisfazer as suas necessidades de acordo com as suas escolhas individuais, mas sem qualquer compromisso com a cidadania. Assim, a liberdade não pode ser estruturada sob a ótica simplesmente de um mercado livre. A ética do cidadão e de suas escolhas para a comunidade deve basear-se em algo diferente que a simples soberania do consumidor. O cidadão há de entender que as suas escolhas entre opções infinitas podem nos levar a direções não desejáveis não apenas como indivíduos, mas também como sociedade.

---

[148] SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. Não paginado.

Sunstein[149] aponta que muitas pessoas definem a liberdade como o respeito às escolhas dos indivíduos, qualquer que seja sua origem e conteúdo. De acordo com essa visão, um sistema de liberdade de expressão que funciona bem é aquele que assegura ao indivíduo uma gama irrestrita de possibilidades de escolhas.

É evidente que uma sociedade livre respeita as escolhas de seu povo. Mas a liberdade requer certas pré-condições, aptas a assegurar não apenas o respeito às escolhas e à satisfação de preferências, mas também a necessidade da livre formação dos desejos e crenças da população. A maioria de nossas crenças e preferências não preexiste às instituições sociais; é formada e modelada por elas.

Todo governante arbitrário sabe que é importante e às vezes possível não apenas restringir as ações das pessoas, mas também manipular seus desejos, em parte fazendo com que as pessoas fiquem com medo, em parte colocando certas opções sob uma luz desfavorável, em parte limitando informações. Governos democráticos dificilmente são neutros no que diz respeito a preferências e desejos. Eles esperam ter cidadãos ativos em vez de passivos, curiosos em vez de indiferentes, engajados em vez de inertes. Na verdade, as instituições básicas da propriedade privada, liberdade de contrato e liberdade de expressão – fundamentais para sociedades livres – têm efeitos significativos no desenvolvimento das próprias preferências. Dessa forma, o direito à liberdade de expressão em si é mais bem visto como parte do projeto de ajudar a produzir cidadãos engajados e autônomos, capazes de se autogovernar, rejeitando a noção de cidadania resumida a consumidores que individualmente fazem escolhas de acordo com as suas preferências pessoais e egoísticas, dentro de um mercado sem qualquer regulação[150].

O papel do cidadão é diferente do papel do consumidor. Frequentemente, as escolhas políticas da nação não podem ser compreendidas se vistas apenas como um processo de implementação do desejo das pessoas como consumidores. Como cidadãos procuramos programar nossas aspirações mais elevadas, em relação à perspectiva de interesse geral da sociedade, o que dificilmente ocorre quando agimos como um consumidor.

É evidente, entretanto, que o comportamento egoísta também é comum na política, mas acerca disso é importante salientar que o direito e as normas sociais em geral têm o poder de pressionar as pessoas na sua capacidade de cidadãos, na direção da preocupação com o

---

[149] SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017. Não paginado.
[150] HAN, Byung-Chul. **No enxame:** perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 115.

próximo ou o interesse público. Agindo como cidadãos as pessoas conseguem resolver problemas que demandam uma ação coletiva, que é praticamente impossível quando atuam como consumidores. Dessa forma, mesmo nos Estados Unidos, elevam-se críticas ao modelo do *free market of ideas,* porquanto ele expresse uma visão turva, pois lança suas lentes para a ocorrência de mentiras ou crimes contra honra fáceis de regular e sancionar. Na era das redes sociais, declarações falsas ou discursos odiosos podem causar sérios danos aos indivíduos em particular e à própria sociedade em geral.

A liberdade de expressão visa promover o autogoverno da sociedade, porquanto, para a democracia existir, as pessoas devem ter a capacidade de dizer o que pensam, mesmo que isso se baseie em alguma premissa falsa. Mas se os cidadãos passarem a espalhar falsidades, promovendo o ódio ou a descrença nas instituições, a própria democracia sofrerá: as pessoas passarão a perder a fé em seus líderes, nas políticas públicas do Estado e no próprio governo[151]. A viralização do discurso do ódio, no intuito de promover a polarização da sociedade, pode ser aproveitada estrategicamente por candidatos e partidos, ao mesmo tempo em que retira do cidadão a capacidade de pensar com razoabilidade, dificultando a tomada de decisões importantes para o exercício da cidadania[152].

À guisa de resumo, há de se afirmar que o princípio da liberdade de expressão deve ser lido à luz do compromisso com a deliberação democrática, como um dever do cidadão de participação política, não simplesmente como uma *comodity* que integra um mercado regulado simplesmente por sua "mão invisível" ou por um sistema de concorrência.

5.4 HÁ CRITÉRIOS SEGUROS PARA ADOTAR A TEORIA DA DEMOCRACIA MILITANTE?

A grande questão acerca da adoção de um sistema de democracia militante, e isso deve ser colocado às claras, é que ela, resolvendo o paradoxo da tolerância, na forma em que exposto por Karl Popper[153], responde as ameaças à democracia com instrumentos, muitas vezes, antidemocráticos.

Na obra inaugural da democracia militante, Karl Loewenstein cria sua teoria ainda impactado pelo horror nazista e exilado nos Estados Unidos e o faz com um objetivo muito específico: defender que a participação de certos grupos na cena eleitoral deve ser

---

[151] SUSTEIN, Cass. **Falsehoods and the first amendment**. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3426765. Acesso em: 10 jul. 2020.
[152] MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Não paginado.
[153] POPPER. Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974. v. I.

severamente reduzida, como forma de se garantir um dos principais objetivos de toda ordem constitucional, qual seja, a continuidade democrática de um país[154]. A adoção de medidas militantes, partindo dessa construção teórica, sem os estabelecimentos dos critérios específicos para a sua utilização e sem a delimitação de uma justificativa que fundamente a adoção de tais medidas, pôde servir para justificar o *marcathismo* nos Estados Unidos ou a cassação do partido comunista no Brasil em 1948. Diante dessa quadratura, aponta-se a existência de três paradigmas aptos a fundamentar a adoção de medidas militantes, a saber: o ante-extremismo, o republicanismo negativo e a teoria da democracia como autocorreção[155].

O ante-extremismo permite que se adotem as medidas limitadoras da liberdade contra aqueles que pretendem instalar um regime arbitrário ou tirânico, independentemente de seu viés ideológico. Dessa forma, pode atingir tanto partidos que se alinham à esquerda ou à direita do espectro político, desde que eles adotem ideias extremadas que pretendam subverter a ordem fundamental livre e democrática.

Tal justificativa serviria para afastar perseguições a adversários políticos, mediante o uso tendencioso de medidas militantes e, ao mesmo tempo, para assegurar que elas pudessem ser utilizadas com o mesmo vigor contra qualquer indivíduo ou organização que defendesse bandeiras contrárias à democracia.

Nada obstante, tal explicação trata das ameaças ao regime democrático em termos excessivamente amplos, não sendo capaz de gerar garantias seguras contra a sua má-utilização, pois sob a alcunha de "inimigo da democracia", pode-se esconder uma decisão autoritária com o objetivo de etiquetar os críticos ao sistema.

Se a democracia é pluralidade, consenso, mas também envolve conflito, subjugar adversários políticos a qualquer preço, sem critérios firmes, explícitos e devidamente fundamentados, pode destruir o que se pretendia proteger: a liberdade.

A ideia de republicanismo negativo, por sua vez, em vez de limitar os direitos políticos de todos os que pretendem implantar um regime tirânico, procura identificar dentro dos matizes históricos e culturais atores políticos muito específicos, identificados a partir de acontecimentos históricos que a nova ordem democrática rompeu ou procurou superar. Tal teoria foi adotada pela Itália, em sua Constituição pós-Segunda Guerra, para proibir a

---

[154] LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and fundamental rights, I. **The American Political Science Review**, v. XXXI, n. 3, 1937, p. 417-432.
[155] PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020. p. 109-127.

reorganização do já dissolvido partido fascista[156], permitindo que o partido comunista participasse legalmente do regime democrático naquele país, ao mesmo tempo em que estratificou o consenso antifascista que animou a nova ordem constitucional.

A crítica a esse argumento é apontada no sentido de que ele é incapaz de identificar novos perigos que advêm das modernas dinâmicas sociais e que são capazes de subverter o regime de liberdade. Ao mesmo tempo em que lança um olhar ao passado, no sentido de rejeitar vivências políticas anteriores, avilta que o sentido da Constituição advém de processos legislativos e interpretativos que culminam em uma série de princípios e valores estratificados na cultura jurídica do país[157].

A adoção de medidas militantes a partir da concepção da democracia como um sistema de autocorreção aponta que na democracia todos os posicionamentos são permitidos e devem ser incentivados, com exceção a decisões que podem se tornar irreversíveis. Se a democracia é o regime do conflito e da pluralidade, como afirmado, ninguém pode ser detentor da verdade absoluta; admitem-se idas e vindas, ora se orientando mais à direita, ora mais à esquerda do prisma político. O que não se pode admitir é a aniquilação da possibilidade de revogar uma decisão anterior, de modificar uma política estabelecida pelo Estado. Enfim, deve-se assegurar, mesmo com medidas restritivas a direitos fundamentais, a possibilidade de tomar decisões de forma ampla e democrática e a possibilidade de alternância no exercício do poder.

Para que o regime democrático permaneça vivo e capaz de reconhecer seus erros e reparar seus rumos, há necessidade de se preservar uma espinha dorsal que revela uma plêiade de mecanismos institucionais que garantam tal característica: a alternância do poder mediante votação ampla, secreta e com o mínimo de restrições, a livre competição política e a liberdade de expressão. O regime democrático pode ser interpretado como um sistema de liberdade, garantido por mecanismos e procedimentos dentro de uma moldura constitucional, onde uma grande miríade de decisões e atos é permitida. O que não é admitido é que se quebre a referida moldura, pois se rompermos com os mecanismos e procedimentos que garantem a liberdade, essa decisão terá o condão de tornar-se irreversível. Dessa forma, entende-se que há possibilidade de se adotar medidas de restrição à liberdade quando esses três paradigmas do

---

[156] PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020. p. 116.
[157] *Ibid.* p. 118.

regime democrático forem ameaçados: o direito ao sufrágio, a competição política e o princípio da liberdade de expressão.

Importa salientar que a principal crítica estabelecida contra a possibilidade de adoção de medidas iliberais para a defesa da liberdade democrática sustenta-se no elitismo de valores que subjazem por trás de sua concepção de democracia com base em valores intocáveis estabelecidos pelo Estado. Ademais, sustenta-se que a inclusão política poderá moderar o extremismo e gradualmente transformar esses atores em democratas, na medida em que serão cada vez mais levados a jogar de acordo com as regras da democracia[158]. Procurar integrar o discurso extremista na "rivalidade institucionalizada" da democracia poderá fazer com que esses atores adotem posicionamentos mais moderados, pois a competição política eleitoral é uma prática formativa mais edificante do que os conduzir à clandestinidade.

No entanto, mesmo essa crítica não é capaz de criar mecanismos hábeis a responder acerca da possibilidade de que a participação de extremistas na política torne possível conceder-lhes recursos adicionais para promover seus objetivos políticos, ou seja, dar-lhes uma plataforma política para tentar normalizar suas reivindicações, exaltando períodos despóticos, propagando discurso de ódio, angariando apoio popular para teorias da conspiração.

5.5 LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O Supremo Tribunal Federal, assim como os demais Tribunais Superiores, não têm cumprido a contento o papel de criar parâmetros regulatórios hábeis a interpretar a liberdade de expressão de forma a sedimentar um norte exegético para os demais tribunais e juízes de primeiro grau.

Ao se realizar busca de jurisprudência no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal[159] com os seguintes parâmetros "manifestação de pensamento" *OR* "liberdade de expressão" *and* "honra *OR* imagem *OR* reputação" das 572 decisões a conter tais termos, a Súmula 279[160] é o precedente mais citado no universo da busca. Isso significa a abstenção do

---

[158] MALKOPOLOU, Anthoula; NORMAN, Ludvig. Three models of democratic self-defense. In: MALKOPOLOU, Anthoula; KISHNER, Alexander S (ed.). **Militant democracy and its critics**: Populism, Parties and Extremism. Edinburgh: Edinburg University Press, 2019. p. 99.

[159] Demonstrando o aqui afirmado, vide: HARTMANN, Ivar A. Crise dos precedentes no Supremo: o caso dos precedentes sobre liberdade de expressão. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2020.

[160] STF Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Tribunal em analisar as decisões acerca do assunto dos demais Tribunais da Federação, sob o argumento de não ser possível a reanálise de prova em sede de Recurso Extraordinário.

É certo que, em alguns casos rumorosos a atraírem a atenção do país, o Tribunal se pronunciou acerca do assunto, como ocorreu no caso Ellwanger [161], em que o Tribunal estratificou o entendimento de rechaçar o discurso de ódio ao afirmar que constitui crime incitar a discriminação racial por meio de ideias antissemitas. Estas procuravam resgatar e sufragar a concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, baseada na imaginada inferioridade e desclassificação do povo judeu.

Em acórdão recente, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal manteve condenação criminal por incitação ao ódio contra pastor evangélico que havia proferido discursos altamente discriminatórios contra os membros de outras denominações religiosas (STF, RHC 146.303, Segunda Turma, Rel Min Edson Fachin, Rel. p/ ac. Min. Dias Toffoli, Dje 07/08/2018). Nesse julgado, a Turma deu prevalência à dignidade da pessoa humana e à igualdade ante a ponderação com o direito a liberdade de manifestação de pensamento e seu consectário direito, que é liberdade religiosa, no sentido de ser dever do Estado limitar o discurso de ódio que não se encontra abrangido por aquelas liberdades.

Nessa toada, encontramo-nos em um momento de inflexão histórica, em que a propagação do discurso de ódio à divulgação exponencial de mentiras e versões de fatos outrora incontestes encontra-se potencializada. Tal fato gera impacto nas eleições, sendo aproveitado por alguns, gerando profunda instabilidade política e democrática, vindo o Supremo Tribunal a ser chamado para desempenhar seu papel de intérprete máximo da Constituição, devendo gerar as balizas para a interpretação da liberdade de expressão, frente a esta nova realidade que se descortina.

Dessa forma, por ocasião do julgamento da ADPF 572 – Distrito Federal, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal[162], os ministros do Tribunal Máximo realizaram importantes observações acerca da direção para onde caminhará a jurisprudência do Tribunal em relação às questões acerca dos limites à liberdade de expressão, da propagação de discursos falaciosos de ódio através das redes sociais.

---

[161] Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms. Acesso em: 30 jul. 2020.

[162] Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754371407. Acesso em: 12 out. 2021.

Não é o objetivo desta dissertação analisar as outras questões que envolvem a instalação de um inquérito policial pelo próprio STF para investigar fatos que tiveram o referido sodalício como vítima e que foram decididos através da decisão em comento. Ocorre, entretanto, que todos os ministros assentaram em seus votos uma determinada concepção de liberdade de expressão e teceram comentários acerca da sua possibilidade de regulação pelo Estado[163].

Interessante denotar que, ao mesmo tempo em que celebram os contornos da liberdade de expressão na forma insculpida pelo Juiz da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Homes Jr., que sufragou a noção encampada por aquele tribunal acerca do *free market of ideas*, os ministros do STF, ante o discurso odioso, admitem a possibilidade da adoção de medidas restritivas aos direitos fundamentais, como preceitua a teoria da democracia militante.

A título ilustrativo, reproduzem-se os trechos dos votos dos ministros acerca do modelo americano de interpretação da liberdade de expressão:

> É inquestionável que a liberdade de expressão qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre manifestação de ideias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado, muito embora a própria Constituição da República, ao dispor sobre essa liberdade fundamental, expressamente proíba o anonimato (CF, art. 5, IV, "in fine"), que traduz técnica de ocultação habitualmente utilizada pelos que atuam nos ambientes sombrios do submundo digital, como muitos daqueles cujas ações traduzem objeto das

[163] O Acordão resultou assim emendado: EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF. PORTARIA GP Nº 69 DE 2019. PRELIMINARES SUPERADAS. JULGAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR CONVERTIDO NO MÉRITO. PROCESSO SUFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. INCITAMENTO AO FECHAMENTO DO STF. AMEAÇA DE MORTE E PRISÃO DE SEUS MEMBROS. DESOBEDIÊNCIA. PEDIDO IMPROCEDENTE NAS ESPECÍFICAS E PRÓPRIAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO EXCLUSIVAMENTE ENVOLVIDAS COM A PORTARIA IMPUGNADA. LIMITES. PEÇA INFORMATIVA. ACOMPANHAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA VINCULANTE Nº 14. OBJETO LIMITADO A MANIFESTAÇÕES QUE DENOTEM RISCO EFETIVO À INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA. 2. Nos limites desse processo, diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada totalmente improcedente, nos termos expressos em que foi formulado o pedido ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas. 3. Resta assentado o sentido adequado do referido ato a fim de que o procedimento, no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante nº14; (c) limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.

> investigações penais resultantes do ato ora impugnado.". STF. Plenário. ADPF 572 MC/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17 e 18/6/2020, Voto do Ministro Celso de Mello. [...] A proibição do dissenso equivale a impor um mandado de conformidade, condicionando a sociedade à informação oficial uma espécie de "*marketplace of ideas*" (Oliver Wendell Holmes) institucionalmente limitado. Ou, o que é ainda mais profundo: a imposição de um comportamento obsequioso produz, na sociedade, um pernicioso efeito dissuasório (*chilling effect*), culminando, progressivamente, com a aniquilação do próprio ato individual de reflexão". STF. Plenário. ADPF 572 MC/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17 e 18/6/2020, Voto do Relator Min Edson Fachin.

Nesse mesmo julgamento, entretanto, quase todos os ministros admitiram a adoção de medidas militantes capazes de possibilitar a restrição da liberdade de manifestação do pensamento, na forma em que admitida na Alemanha:

> Nenhuma disposição do texto Constitucional pode ser interpretada ou praticada no sentido de permitir a grupos ou pessoas suprimirem o gozo e o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Nenhuma disposição pode ser interpretada ou praticada no sentido de excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo. Essa ordem de ideias ecoa o que Karl Loewestein chamava de democracia militante (*streitbare Demokratie*), mas, ao invés de simplesmente abolir grupo ou partidos, como às vezes é lida a tese do constitucionalista alemão, elas restringem sua aplicação aos atos que, abusando dos direitos e garantias protegidos pela Constituição, invocando-os a pretexto de ideologia política, visam abolir ou restringir direitos de determinadas pessoas ou grupos. [...] São inadmissíveis no Estado de Direito democrático, portanto, a defesa da ditadura, do fechamento do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal. Não há liberdade de expressão que ampare a defesa desses atos. Quem quer que os pratique precisa saber que enfrentará a justiça constitucional. Quem quer que os pratique precisa saber que o Supremo Tribunal Federal não os tolerará.". STF. Plenário. ADPF 572 MC/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17 e 18/6/2020, Voto do Relator Mins Edson Fachin. [...] Agora, liberdade de expressão não se confunde com ameaça, coação e atentado. A Constituição consagra o binômio liberdade com responsabilidade. A Constituição não permite, de maneira irresponsável, a efetivação de abuso no exercício de direito constitucionalmente consagrado. A Constituição não permite que criminosos se escondam, sob o manto da liberdade de expressão, utilizando esse direito como verdadeiro escudo protetivo para a prática de discursos de ódio e antidemocráticos, de ameaças e agressões e para a prática de infrações penais e de toda sorte de atividades ilícitas. Não é isso que a Constituição consagra. Liberdade de expressão não é liberdade de agressão. Liberdade de expressão não é liberdade de destruição da democracia, das instituições e da honra alheia". STF. Plenário. ADPF 572 MC/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17 e 18/6/2020, Voto Min Alexandre de Morais.

Mais clara ainda é a contextualização realizada pelo Ministro Barroso, ao assentar a possibilidade da adoção de medidas de "autodefesa democrática" num contexto de corrosão da democracia e ascensão da chamada "democracia iliberal"[164] pelo mundo:

---

[164] Acerca do conceito de democracia iliberal vide tópico 2.2.2 da presente dissertação e ainda: PEREIRA FILHO, Rainel; GOES, Ricardo Tinoco *et al***.** Democracia iliberal e sociedade em rede: A era das redes sociais e seus impactos na democracia. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, v. 07, n.01, jan./jul. 2021, p. 18-31.

> E há, aliás, precedentes no mundo contemporâneo de grave erosão democrática pela incapacidade, muitas vezes, de as instituições reagirem. Prestando atenção ao que acontece pelo mundo, acho que nós temos sido capazes de evitar que trilha assemelhada seja percorrida entre nós. Penso, assim, que todas as instituições estão funcionando rigorosa e adequadamente. Mas eu lembro aqui casos em que a experiência internacional recomenda esse tipo de legítima defesa de que estamos tratando aqui. [...] E, a partir dali, porque a Corte Constitucional não agiu em defesa da democracia, a Hungria se tornou o protótipo do que hoje se tem denominado de democracias iliberais, em que líderes populares, eleitos pelo voto democrático, depois, desconstroem, tijolo por tijolo, buscando uma legitimação ou parlamentar ou popular, alguns dos pilares da democracia. Basicamente, as democracias iliberais concentram poderes no Executivo, atacam a oposição, cerceiam a imprensa, mudam regras do jogo eleitoral e, muito frequentemente, procuram povoar os tribunais com juízes submissos. Esse é um fenômeno que ocorreu mundialmente, ocorreu na Hungria, na Polônia, na Rússia, na Turquia, na Geórgia, na Ucrânia, nas Filipinas, na Nicarágua, na Venezuela. Portanto, eu penso que é isso em grande medida que está em discussão nesta ação que nós estamos a julgar: saber qual a extensão do poder de legítima defesa das instituições e particularmente de uma Suprema Corte diante dos ataques concertados que possam estar sofrendo. Sempre lembrando que, muitas vezes, o caminho para aquelas democracias iliberais é um caminho que passa pelo desprestigiamento das instituições intermediárias que fazem uma mediação entre o poder e a sociedade, como a imprensa, o Legislativo ou o Judiciário. Quando se saltam os canais de intermediação, vai-se diretamente ao povo via rede sociais, e quando essas redes sociais, por vontade própria ou instigadas, atacam aquelas instituições intermediárias, está-se abrindo o caminho para a concentração do poder e para a erosão democrática. STF. Plenário. ADPF 572 MC/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17 e 18/6/2020, Voto Min Luís Roberto Barroso.

Longe de produzir uma resposta simples sobre o ajuste dogmático das recentes decisões que limitam a liberdade de manifestação em nosso país, cabe-nos, após as ponderações aqui levantadas, fazer a indagação de qual modelo de interpretação será mais consentâneo à nossa realidade histórico-cultural.

Denota-se que o Brasil, assim como a Alemanha, já possui em sua legislação disposições expressas que assentam a possibilidade de regulação e limitação da liberdade de expressão, inclusive atraindo a reprimenda penal para hipóteses do que se poderia chamar de "crimes de opinião".

A Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com Deficiência, estabelece como fato típico: "praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência", punido com 1 a 3 anos de reclusão e multa. Evidencia ainda a forma qualificada do tipo quando apregoa: "se qualquer dos crimes previstos no *caput* deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza", aumento a reprimenda para reclusão de 2 a 5 anos[165].

[165] Lei 13.146/2015: art. 88, §2º.

Importa destacar que a mencionada Lei vai além, possibilitando a própria censura do discurso que propaga a discriminação de pessoas com deficiências, quando permite que o juiz determine o recolhimento ou busca e apreensão dos exemplares do material discriminatório ou, ainda, a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na internet.[166]

Da mesma forma, a Lei 7.716 de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor, pune o discurso discriminatório baseado no preconceito a partir da raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.[167] Além disso, assim como na Lei 13.146/2015, a configuração do discurso discriminatório possibilita ao juiz recolher, através de busca e apreensão, o material respectivo e fazer cessar as transmissões radiofônicas, televisivas ou eletrônicas que veiculem tal discurso odioso.

Entre nós, a lei em comento também pune: "Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo".[168]

Além desses aspectos legais apontados, há de se evidenciar que, assim como a Alemanha, e de forma diversa aos Estados Unidos (que nunca cederam à existência de uma ditadura em seu território), o Brasil viveu um período despótico. É fato histórico entre nós que, durante 21 anos, entre 31 de março de 1964 até 1985, o Brasil passou por um período de exceção, quando liberdades foram suprimidas, uma junta militar sem legitimação democrática começou a governar o País, os partidos políticos foram dissolvidos, a lei do silêncio se impôs e quem bradava contra o governo foi silenciado ou sofreu exílio.

É notório que a Carta da Primavera de 1988 veio inaugurar um novo regime, com um compromisso axiológico com a democracia, inaugurando um projeto em frontal antítese ao regime ditatorial então vigente, constituindo um Estado de Democrático de Direito, com fundamento na dignidade da pessoa humana e no pluralismo político (CF art. 1º, III e V).

Dessa forma, acredita-se que procurar revisitar esse passado histórico para subverter acontecimentos, negando a existência de um regime de exceção, propugnando o retorno do regime militar, requerendo-se a promulgação de novos atos institucionais (tal qual o AI- 5),

---

[166] Lei 13.146/2015: art. 88, § 3º, incisos I e II.

[167] Lei 7.716/1989, art. 20. Calha denotar que o STF, por decisão plenária (STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019) assentou que as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989**.** Acresce a esse elenco de elementos que fundamentam o crime de racismo o preconceito a partir da identidade de gênero.

[168] Lei 7.716/1989, art. 20, § 1º.

postulando a dissolução do Congresso Nacional e o fechamento do órgão máximo do Poder Judiciário, não pode ser considerado simples movimento social, apto a contribuir ao debate público e por isso tutelado pela liberdade de expressão.

Os movimentos sociais, em sua maioria, possuem uma pauta de reivindicação que não busca subverter a democracia, mas sim, concretizar a promessa do constituinte de estabelecer uma sociedade solidária, livre e justa. Para isso podem exercer o legítimo direito à crítica a determinadas posições políticas, aderindo a certa ideologia, de forma a participar do embate de ideias típicas de um regime de liberdade, onde as minorias devem possuir voz.

Movimentos paramilitares que realizam atos de cunho intimidatório, propagandeando um regime ditatorial, relativizando acontecimentos terríveis, extravasam os limites da liberdade de expressão, porquanto agridem a raiz axiomática da decisão fundamental de nossa sociedade, que foi construída em contraste com o regime de exceção que vigorava até a sua promulgação. Aqui não se trata de liberdade de opinião, mas sim de falseamento de fatos históricos que não se encontram abarcados pela liberdade de expressão.

6 CONCLUSÃO

É sintomática do momento de crise vivido na atualidade a necessidade de se analisar elementos básicos, conceitos e valores até bem pouco tempo inegociáveis, então dotados de grande respaldo social.

Nesse sentido, inseriu-se o imperativo de se ancorar os marcos teóricos desta dissertação numa concepção de democracia representativa, esmiuçando os caracteres mínimos e necessários para a sua existência e, uma vez afirmada a sua importância, indagar como a soberania popular é exercida por meio das instituições mediadoras do espaço público.

A democracia não é um fim em si mesma enquanto objetivo a ser atingido, mas sim, representa uma práxis que se estabelece como corolário de um procedimento inclusivo, amplo e aberto de exercício de poder. Enquanto criação coletiva deve conviver com a pluralidade de opiniões e com a reverência ao diverso, àquilo que não se resume a nós mesmos. Esse "outro" é representado pelas minorias que, embora episodicamente não sejam capazes de determinar o rumo dessa empreitada comum em construção, não podem, de forma alguma, ser silenciadas ou afastadas do debate público. Por conseguinte, esse regime rechaça a existência de uma verdade única, de ideias uniformizadas, de uma dimensão unívoca de povo que abre espaço para o autoritarismo daquele que pretende ser o desvelador dessas verdades, como se existisse um único porta-voz da vontade nacional.

O modelo de democracia pensado por Rousseau, que diferenciava a vontade da maioria da vontade geral, foi concebido para ser implementado no pequeno território de Genebra. Foram os federalistas americanos hábeis a formatar o desenho de uma democracia a ser estabelecida diante da união de vários estados federados que se formavam naquele momento. Esse modelo de república se baseou na criação de duas câmaras de discussão, lugar em que seria possível controlar uma decisão insuficientemente debatida em outra casa legislativa.

A Câmara dos Deputados representa o povo, com um contato estreito com os interesses locais em sua pluralidade, mas, por isso mesma, mais suscetível de influência de grupos de pressão que propugnam a defesa de interesses específicos. De outro lado, o Senado seria a casa revisora, cujo mandato mais longo de seus membros (no Brasil: 8 anos) deveria blindar-lhes de ceder às pressões locais, fazendo com que eles possuíssem a liberdade de construir os consensos democráticos sem se deixar influenciar por tais grupos de pressão, mas

procurando concretizar a vontade geral, enquanto construção coletiva, pensada a partir da síntese dos interesses, muitas vezes opostos, de cada estado da Federação.

Portanto, não se pode aviltar ser por meio do debate, das idas e vindas, da retração e expansão de posições e argumentos, levados em consideração os pontos de vista mais variados da sociedade, a forma de se revelar a "vontade popular". Os federalistas americanos criaram uma "república das razões" baseada no embate racional de opiniões e pontos de vista que, realizados de forma pública, seriam capazes de, negociadamente, estabelecer um rumo à sociedade que ultrapassasse a simples soma das vontades individuais do eleitorado, mas que estabelecessem a melhor política como algo partilhado, como uma criação comum de toda a sociedade.

Tal constatação deve ser posta sob a perspectiva de que a democracia não pode ser uma república de iluminados, conquanto representada por uma concepção elitista. A democracia também é autogoverno a partir da concepção de um cidadão ativo politicamente, capaz de exercer a sua cidadania para além do sufrágio, de contribuir para o debate, de estabelecer pautas e de fiscalizar o exercício do poder realizado em seu nome. Dessa forma, as instituições e seu arcabouço instrumental devem filtrar as manifestações populares para dar-lhes a racionalidade capaz de criar e fomentar a pluralidade do espaço público.

O cidadão politicamente ativo, hábil a participar da vida pública, deve ter a liberdade de expor suas opiniões, manifestar-se amplamente, com o conhecimento dos fatos socialmente relevantes para, a partir daí, ser capaz de estabelecer pontos de vista e influenciar no debate público.

Eis por que a liberdade de manifestação de pensamento e seus consectários, tais como liberdade de imprensa, liberdade de atividade intelectual, artística e científica, assim como o livre acesso à informação são o cerne do regime democrático. Somente com o estabelecimento de uma esfera pública inclusiva o cidadão, a par do conhecimento dos fatos relevantes que o circundam, estabelece juízos e opiniões para, efetivamente, participar de um regime que se pretende baseado no autogoverno.

Entretanto, a Era da Informação, calcada no avanço tecnológico dos meios de comunicação, assim como na expansão da internet, denota com novas cores a forma como a liberdade de manifestação se concretiza atualmente.

A dinâmica da comunicação, a partir das redes sociais, permitiu que qualquer pessoa seja capaz de ser produtora de conteúdo: com um aparelho celular se é capaz de retratar acontecimentos de nossa aldeia para o mundo todo. Ultrapassa-se uma comunicação mediada

por grandes conglomerados de empresas de informação, onde a comunicação era realizada por "poucos para muitos", e se passa a uma comunicação de "muitos para muitos".

Se, atualmente, todos falam, poucos escutam e quase ninguém ouve, a batalha na grande rede baseia-se numa guerra por atenção dominada pelos curadores de conteúdo que nos direcionam aos fatos, informações e opiniões que "mais nos interessam". Os algoritmos conduzem-nos para aquilo que espelha o nosso comportamento na rede, detectam nossos gostos, as opiniões por nós partilhadas e nos concedem a possibilidade de sempre ter "mais do mesmo", tornando a navegação na internet uma atitude prazerosa, pois poucas são as informações que nos desafiam a refletir, que nos apresentam opiniões muito diferentes das nossas, que infirmam nosso ponto de vista. Miraculosamente, em regra, tudo aquilo que se vê calha em reafirmar e confirmar os nossos pontos de vista, nossos preconceitos e posições políticas. Essa forma de comunicação aponta para o estabelecimento de filtros-bolha que amplificam a existência das "câmaras de eco", onde as informações que recebemos são organizadas sob medida para o que pensamos ou ainda para aquilo que "pessoas como nós" veem, escutam e consomem.

O traço de maior impacto para a democracia diante dessas novas formas de comunicação e exteriorização da liberdade de expressão é a substituição da soberania do cidadão pela soberania do consumidor. A postura do consumidor ansioso por suprir as suas vontades e desejos, que compara uma variedade de produtos e depois escolhe aquilo que lhe apraz, invade a seara da discussão e deliberação pública, rechaçando a ética da cidadania.

A soberania política baseia-se em algo bem diverso do suprimento dos nossos anseios individuais; ela se sedimenta numa visão compartilhada de mundo capaz de refletir sob os interesses em comum e tomar decisões baseadas numa racionalidade discursiva e legitimadora para, com isso, moldar a comunidade.

A lógica das redes sociais afasta a reflexão e a responsabilidade coletiva pela tomada de decisão ao mesmo tempo em que se baseia em cliques espasmódicos que evocam a satisfação do que me agrada, substitui o "agir" pelo "passar de dedos". Acreditava-se que essa revolução da comunicação seria capaz de ampliar o espaço público, dando voz às diversas pessoas que agora teriam um megafone à mão, com o intuito de expor seus pensamentos e ideias para toda a aldeia global. Entretanto, percebe-se que, em verdade, a consequência desse fenômeno redundou na colonização do espaço público pelo privado.

As redes sociais desconstroem a distância que torna possível o diálogo e a reflexão, visto que a vida privada se evidencia por meio de uma exposição pornográfica que invade e

implode a possibilidade da criação de pautas comuns, de valores compartilhados capazes de fundar um espírito unificador na sociedade. Observa-se um aglomerado de indivíduos movidos repentinamente em torno de pautas que suscitam o seu interesse enquanto pessoas isoladas que se amontoam, da mesma forma que se dissipam de forma efêmera e volátil, tal qual um enxame de abelhas.

O ambiente marcado pelo ruído, pela histeria e pelo recrutamento de nossas emoções mais atávicas é terreno alvissareiro para a proliferação de discursos de ódio, manifestações voltadas à humilhação, à agressão e ao desrespeito, dando voz a indivíduos que, ao mesmo tempo em que se indignam, são incapazes de criar ou fundar pautas construtivas.

Nessa quadratura, tornam-se comuns as demandas judiciais que pretendem limitar a liberdade de expressão com base na proliferação do discurso ignominioso veiculado e amplificado pelas redes sociais. Tais falas, muitas vezes, pretendem mover a população para o ataque às instituições públicas, contra minorias estereotipadas, para a celebração de regimes autoritários, para a proliferação de mentiras e distorções de fatos tidos, até bem pouco tempo, como verdades incontestáveis: duvida-se do fato de a terra girar em torno do sol, prolifera-se que a terra é plana.

A partir da observação das decisões judiciais das Cortes Constitucionais alienígenas, notadamente nos Estados Unidos e na Alemanha, observa-se que esses países adotam interpretação bastante diversa acerca do instituto da liberdade de opinião e da sua possibilidade de limitação. A Suprema Corte americana interpreta a garantia fundamental em comento de forma bastante liberal, calcada na concepção de um "livre mercado de ideias", lugar em que a concorrência desregulada dos argumentos e opiniões fará emergir a verdade, e os melhores argumentos sobreviverão. A interpretação da primeira emenda da Constituição americana é reticente à regulação dessa liberdade, podendo somente ser implementada de forma neutra e em relação às expressões de baixo valor (expressões obscenas e pornográficas, por exemplo). Assim dotam de intangibilidade quase que absoluta qualquer manifestação política, por ser considerada de alto valor. Tanto é assim, que a Suprema Corte americana entende compreendido pela liberdade de opinião, porquanto manifestação política, o ato de jovens brancos queimarem cruzes de madeira no quintal de uma família negra, em clara manifestação racista atrelada aos valores supremacistas brancos.

Noutra senda, o modelo alemão baseia-se numa concepção de democracia militante que rechaça a liberdade de expressão como capaz de dar guarida às expressões odiosas e racistas ou ao falseamento de fatos históricos que marcaram sobremaneira a história daquele

país, como ocorre com a impossibilidade de se negar a existência do holocausto. O Tribunal Constitucional alemão faz diferenciação entre o que em seus julgados denomina de "opinião" e "afirmações de fato".

A manifestação da opinião evidencia o subjetivismo do emitente, não podendo ser classificada categoricamente como certa ou errada, valiosa ou não, pois angaria fundamentos não somente racionais, mas também emotivos. Assim, a opinião deve ser tutelada de forma mais ampla e merece especial proteção da liberdade fundamental ao pensamento, pois nela se agasalha a própria individualidade que nos destaca como seres singulares. Por sua vez, as "afirmações de fato" denotam uma relação objetiva entre o objeto observado e o sujeito, que declara a ocorrência de uma realidade factual constatada ou constatável, com plena possibilidade de se evidenciar a sua veracidade. Assim, "afirmações de fatos" falsas que contradizem verdades históricas ou científicas são amplamente possíveis de serem limitadas pelo Estado. À vista disso, é passível de regulação o discurso que afirma a não ocorrência do nazismo ou que ele não produziu a morte de milhares de judeus.

No Brasil, diante dos acontecimentos políticos recentes, o Supremo Tribunal Federal vem sendo chamado a decidir acerca dos limites à liberdade de expressão. Porém, até o momento, foi incapaz de sedimentar balizas claras e objetivas acerca do instituto, de modo a criar parâmetros regulatórios evidentes e capazes de servir de norte exegético para os demais tribunais e para os juízes de primeira instância.

Trata-se de um momento de inflexão diante das novas tecnologias que impõe desafios a nossa própria concepção de democracia e liberdade: deve-se adotar o amplo liberalismo do *free market of ideias* ou a teoria da democracia militante, que num país de tradição autoritária como o Brasil pode evidenciar-se de forma perigosa?

Os dois modelos não são infensos a críticas. O livre mercado de ideias, na forma em que concebido pela Suprema Corte Americana, ao tempo em que é manifestação da prevalência da soberania do consumidor, acolhe o individualismo e relega a igualdade material a uma possibilidade subalterna, permitindo, assim, a proliferação de discursos racistas e de ódio.

Noutra banda, a teoria da democracia militante pode oferecer riscos de fragmentar esse regime a pretexto de protegê-lo, notadamente em um país de tradição autoritária como o Brasil que, em passado recente, adotou, como medida para "salvaguardar" a democracia, a cassação de partidos políticos, adversários ideológicos daqueles que detinham o poder, afastando seus membros do parlamento e marginalizando seus quadros.

O conhecimento desses dois modais interpretativos, de suas qualidades e defeitos pode, nada obstante, servir para criar um modelo próprio afeto às nossas raízes culturais, ao nosso arcabouço político, inserido na tradição jurídica na qual se sedimenta a nossa Constituição e suas normas.

A Europa e os Estados Unidos debatem a regulação da internet e de suas redes sociais. O Brasil não escapará desse confronto, considerando que é nessa seara onde atualmente se disputa o poder, angariam-se seguidores e se capturam corações e mentes. Entretanto, as regras do jogo nesse ambiente hostil e propenso a permitir o anonimato estão pouco claras.

A liberdade de expressão que floresceu com as revoltas burguesas encontra-se em um estágio de quebra de paradigmas, dadas as tecnologias disruptivas que advieram da quarta revolução industrial. As questões acerca do assunto devem ter em conta que a liberdade de opinião merece ser compreendida dentro desse novo contexto, e que os parâmetros normativos e exegéticos hão de ser recalibrados para o ambiente virtual, de forma a responder às novas demandas, tais como: como lidar com o conteúdo impulsionado nas redes por robôs; como impedir a "viralização" de "afirmações de fato" sabidamente mentirosas, que lançam dúvidas sob as verdades mais simples da vida; como combater o impulsionamento de informações falsas que podem ter impactos nos pleitos eleitorais e na democracia como um todo.

Nos limites da dissertação de mestrado proposta, assumiu-se a tentativa de diagnosticar essas questões, apontando os "sintomas mórbidos"[169] advindos deste momento de crise, onde o velho já foi identificado e encontra-se superado, mas ainda não temos um instrumental jurídico normativo capaz de lidar com o novo que irrompe ainda sem se saber em qual direção.

[169] "A crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo, e o novo ainda não pode nascer. Neste interregno, uma grande variedade de sintomas mórbidos aparece." GRAMSCI, Antonio, **Cadernos do Cárcere, 1926-1937**, vol 01- Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017 (sem paginação).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al*. **Comentários à Constituição do Brasi**l Série IDP. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** São Paulo: Paz e Terra, 2011. v. I.

CASTORIADIS, Cornelius. **As encruzilhadas do labirinto:** a ascensão da insignificância. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

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

FARIA, José Eduardo. A verdade na internet. *In*: FARIA, José Eduardo (org.) **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de Derecho y Jurisdiccion en La Crisis del Estado Nacional. *In:* Ferrajoli, Luigi; Atienza Manuel. **Jurisdicion y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho**. México: Universidad Nacional Autonoma de México, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias de justiça depois de Rawls:** um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GASPARI, Elio. **A ditatura envergonhada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOÉS, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**. Curitiba: Juruá, 2013.

GRAMSCI, Antonio, **Cadernos do Cárcere, 1926-1937**, vol 01- Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

HABERMAS, Jurgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. São Paulo: Unesp 2014.

HAN, Byung-Chul. **No enxame:** perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018.

HAN, Byung-Chul: **Razionalità digitale.** La fine dell´agire comunicativo. Milano: GoWare, 2014.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Petrópolis: Vozes, 2012.

HARTMANN, Ivar A. Crise dos precedentes no Supremo: o caso dos precedentes sobre liberdade de expressão. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2020.

HEIDEGGER, Martin: **Que é isto? A filosofia?** 1ª Ed. São Paulo: Ed. Vozes de Bolso, 2018.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

INNERARITY, Daniel. **Una teoria de la democracia compleja:** gobernar en el siglo XXI. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2020.

INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação:** a frustração popular e os riscos para a democracia. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do homem grego. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucas. The Rise of Competitive Authoritarianism. **Journal of Democracy**. v. 13, n. 02, 2002.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. São Paulo: Zahar, 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and fundamental rights, I. **The American Political Science Review**, v. XXXI, n. 3, 1937, p. 417-432.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Liberdade de expressão: que lições podemos aprender com a experiência americana. *In*: FARIA, José Eduardo (org.) **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020.

MADSON, James. **Federalist Paper n. 10 (1787)**. Disponível em: https://billofrightsinstitute.org/primary-sources/federalist-no-10. Acesso em: 13 ago. 2021.

MALKOPOLOU, Anthoula; NORMAN, Ludvig. Three models of democratic self-defense. In: MALKOPOLOU, Anthoula; KISHNER, Alexander S (ed.). **Militant democracy and its critics**: Populism, Parties and Extremism. Edinburgh: Edinburg University Press, 2019.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão:** decisões anotadas sobre direitos fundamentais. São Paulo: Konrad- Adenauer- Stiftung – KAS, 2018. v. II.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2016.

MIRANDA, Jorge. Sistema político e riscos de erosão do regime democrático. **JURISMAT – Revista Jurídica do ISMAT**, n. 07, Portugal, nov. 2015.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasilia, v. 7, n. 3, 2017. p. 313-332.

OBER, Josiah. A significação original de "democracia": capacidade de fazer coisas, não regra majoritária. *In*: MELLO, Cleyson de Moraes; M. Nuno M; COELHO, S. (coord.). **Direito, Filosofia, Ética e Linguagem**. Juiz de Fora: Editar, 2013.

PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 297-316, abr. 2018.

PARISIER, Eli. **O filtro invisível**. São Paulo: Zahar, 2019.

PEREIRA FILHO, Rainel; GOES, Ricardo Tinoco *et al***.** Democracia iliberal e sociedade em rede: A era das redes sociais e seus impactos na democracia. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, v. 07, n.01, jan./jul. 2021, p. 18-31.

PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020.

POPPER. Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974. v. I.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SARLET, Ingo Wolfganf. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SENNET, Richard. **A corrosão do caráter**: as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. 19. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SILVA. Júlio César Casarim Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. **Revista Direito GV**. São Paulo 11(1), p. 037-064. jan./jun. 2015.

SUSTEIN, Cass. **Falsehoods and the first amendment**. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3426765. Acesso em: 10 jul. 2020.

SUNSTEIN, Cass. **#Republic.com.** Divided democracy in the age of social media. Princeton: Princeton University Press, 2017.

SUNSTEIN, Cass. **A era do radicalismo:** entenda por que as pessoas se tornam extremistas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais:** constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitucionalism: Some conceptual issues. *In*: GINSBURG, Tom; SIMPSER, Alberto (ed.). **Constitutions in authoritariam regimes**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

VALENTE, Mariana Giorgetti. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio. *In*: FARIA, José Eduardo (org.) **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020.

VILLA, Marco Antônio. **A história das Constituições brasileiras**. São Paulo: Leya, 2011.

VOBKUHLE, Andreas. **Defesa do estado constitucional democrático em tempos de populismo.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

WEDY, Miguel Tedesco e Horbach. Uma abordagem comparada acerca do discurso de ódio entre Brasil e Estados Unidos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 2. 2019.