



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

---

Seção: Artigos Científicos

## **Democracia defensiva no Supremo Tribunal Federal: o inquérito das *fake news* como estímulo para a construção de uma jurisprudência constitucional em defesa da democracia**

*Defensive democracy in the Brazilian Supreme Court: the fake news inquiry as a stimulation for the emergence of a constitutional jurisprudence in the defense of democracy*

Eduardo de Carvalho Rêgo; Gustavo Henrique Justino de Oliveira

**Resumo:** O Inquérito nº 4.781/DF, popularmente identificado como “inquérito das *fake news*”, foi instaurado por conta dos ataques de teor antidemocrático promovidos pelos apoiadores do Presidente da República contra os membros do Supremo Tribunal Federal (STF). Inclusive, após diligências, o próprio Presidente Bolsonaro foi incluído, em agosto de 2021, como investigado no aludido inquérito. Não obstante a eventual plausibilidade de críticas de ilegalidade e ilegitimidade do inquérito, sobretudo aquelas que se escoram na inadequação de um mesmo órgão promover a apuração dos crimes que irá posteriormente julgar, a postura do STF vem sendo compreendida, por muitos, como uma possível expressão da chamada democracia defensiva, doutrina de matriz europeia que recomenda uma postura mais enérgica dos detentores do poder estatal, sobretudo o Judiciário, contra partidos e grupos não democráticos. Diante desse cenário, o escopo do trabalho é analisar se o inquérito das *fake news* é compatível com a chamada democracia defensiva e se tem o potencial de contribuir para a construção de uma jurisprudência constitucional metodologicamente compatível com a aludida doutrina no Brasil.

**Palavras-chave:** Democracia Defensiva; Supremo Tribunal Federal; Inquérito das *fake news*; Jurisprudência Constitucional.

**Abstract:** Inquiry nº 4.781/DF, also known as the “fake news inquiry”, had begun due to anti-democratic attacks promoted by supporters of President Bolsonaro against members of the Brazilian Supreme Court (STF). Latter, in August 2021, the President himself was included in the aforementioned procedure, as one of the investigated subjects. The critics about the illegality and illegitimacy of the investigation are plausible, especially because advocate that it is inadequate for the same body of judicial members to promote an investigation that can be latter judge by them. However, for many people, the position of the STF is a possible expression of the so-called defensive democracy, a European-based doctrine that recommends a more energetic stance by the holders of judicial power against non-democratic parties and groups. The scope of this work is to analyze whether the fake news inquiry is compatible with the defensive democracy doctrine and whether it has the potential to contribute for the construction of a constitutional jurisprudence methodologically compatible with the aforementioned doctrine in Brazil.

**Keywords:** Defensive Democracy; Brazilian Supreme Court; Fake news inquiry; Constitutional Jurisprudence.

**Disponível no URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v10n1p318-335>

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução, desde que indicada a fonte como “Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo”. A RDDA constitui periódico científico da FDRP/USP, cuja função é divulgar gratuitamente pesquisa na área de direito administrativo. Editor responsável: Professor Associado Thiago Marrara.

## **DEMOCRACIA DEFENSIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O INQUÉRITO DAS *FAKE NEWS* COMO ESTÍMULO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL EM DEFESA DA DEMOCRACIA**

*Eduardo de Carvalho RÊGO\**; *Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA\*\**

*SUMÁRIO: 1 Introdução: contextualização sobre a crise da democracia no Brasil após as eleições gerais de 2018; 2 Democracia defensiva (ou militante); 3 O inquérito das fake news e suas complexidades; 4 A construção de uma jurisprudência constitucional metodologicamente compatível com a doutrina da democracia defensiva no Brasil; 5 Conclusão; Referências bibliográficas.*

### **1. Introdução: contextualização sobre a crise da democracia no Brasil após as eleições gerais de 2018**

A eleição em 2018 de um Presidente antissistema provocou uma guinada na vida política do Brasil; cogita-se, inclusive, de um mandato atrelado à ideia de “antipolítica”, e não à política tradicional. Além de uma mudança de rumo administrativo, a eleição de Bolsonaro anunciou o rompimento ideológico para com valores democráticos até então consagrados, como o respeito à diversidade, à ciência, à urna eletrônica de votação e às competências constitucionais dos Poderes instituídos.

É verdade que o Brasil já vinha sofrendo, nos anos anteriores, um processo gradativo de erosão da democracia, marcado por uma lógica de combate à corrupção que, muitas vezes, priorizou a criminalização da política e que culminou, inclusive, num impeachment de questionável fundamentação jurídica. Entretanto, foi somente com a fundação dessa espécie de “novo Brasil”, liderado por um autodenominado outsider, que o Estado Democrático de Direito fundado no ano de 1988 foi realmente posto em xeque, com intensificação do aludido processo de erosão.

A exemplo do que já havia ocorrido em outros países, notadamente na Hungria e nos Estados Unidos, no “novo Brasil” as ideias (quase sempre simploriamente rotuladas de “conservadoras”) difundidas pelo Presidente da República e por seus apoiadores acabaram seduzindo relevante parcela da sociedade, sobretudo por meio das chamadas *fake news*. Foi muito por conta delas que ganhou corpo a equivocada noção de que a liberdade de expressão autorizaria a verbalização de literalmente qualquer coisa, como, por exemplo, a exaltação da Ditadura Militar, a relativização

---

*\*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Advogado e Consultor especializado em Direito Público.*

*\*\*Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado, Consultor e Árbitro especializado em Direito Público. Professor da USP e do IDP (Brasília).*

da proteção ao meio ambiente e da cultura indígena, a possibilidade de fechamento do Congresso Nacional, a destituição e prisão de Ministros do Supremo Tribunal Federal, além do combate à pandemia de Covid-19 por meio da ingestão de medicamentos ineficazes, como a cloroquina e a ivermectina, em vez do uso de vacinas produzidas para tal fim.

Evidentemente, a postura do Chefe do Poder Executivo e de seus apoiadores foi e continua sendo muito questionada pelos mais diversos atores políticos que, via de regra, enxergam no atual contexto nacional um verdadeiro Estado de Exceção, a justificar a tomada de providências extraordinárias na defesa da Constituição Federal de 1988 e de suas consagradas instituições.

Nesse sentido, chama a atenção algumas providências concretas tomadas contra atos praticados pelo Presidente da República, como a devolução de medidas provisórias, pelo Presidente do Congresso Nacional, sem que o Poder Legislativo tivesse apreciado o mérito da proposta encaminhada pelo Chefe do Poder Executivo Federal e o próprio uso da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade, principalmente para o combate da pandemia da Covid-19 no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, com a prática de um acentuado ativismo judicial.

Entretanto, o que se percebe é que tais medidas promovidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, assim como muitas outras, foram tomadas, quase sempre, na base do improvisado. É que, sem a existência, no Brasil, de uma disciplina teórica consistente sobre o combate a atos antidemocráticos já cometidos ou na iminência de acontecer, a defesa da democracia foi (e continua sendo) realizada caso a caso, muitas vezes na base da “tentativa e erro” e sem os necessários esclarecimentos sobre as metodologias e os critérios utilizados pelos agentes envolvidos.

Tendo isso em vista, a presente pesquisa parte da premissa de que a doutrina da democracia defensiva (ou militante), tão difundida na Europa no pós-Segunda Guerra Mundial e que agora começa a ser assimilada com mais seriedade no Brasil, pode auxiliar na construção, pelo Supremo Tribunal Federal, de uma jurisprudência constitucional metodologicamente compatível com a defesa do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, talvez o próprio Inquérito nº 4.781/DF (inquérito das *fake news*), instaurado de forma um pouco atabalhoada pela Suprema Corte, represente um primeiro e importante passo para a construção de tal jurisprudência.

Contudo, antes de analisar o inquérito das *fake news*, convém dedicar algumas linhas aos principais pilares da doutrina da democracia defensiva (ou militante).

## 2. Democracia defensiva (ou militante)

Democracia defensiva é um conceito utilizado para explicar os mecanismos de defesa empregados por Estados Democráticos em face de partidos e grupos não democráticos.

O desenvolvimento do conceito de democracia defensiva ocorreu por filósofos e acadêmicos que “discutiram longamente como a democracia pode se defender melhor das forças políticas que, sob a proteção de princípios democráticos procuram destruir a ordem democrática e substituí-la por um estado autocrático” (SERIK, 2014, p. 20, tradução nossa).

Apesar de questões relacionadas à democracia defensiva remontarem até o início da teoria democrática (SERIK, 2014, p. 20), somente no Século XX é que a questão da democracia defensiva foi abordada de uma maneira mais sistemática e completa.

O evento histórico que impulsionou esse desenvolvimento teórico mais vigoroso foi o colapso de diversas democracias europeias no período entre guerras. Nesse momento, partidos e grupos exploraram instituições e liberdades democráticas para provocar o fim das mesmas. Além disso, no pós-Segunda Guerra Mundial, surgiram novas ameaças emanadas de partidos e grupos políticos que contestavam os valores democráticos.

Esse cenário forçou muitos pensadores, de todo o mundo, a estudarem como as democracias podem criar mecanismos de defesa contra aqueles que procuram destruí-las por dentro.

Nos anos 30 e 40, Karl Lowenstein e Karl Manheim defenderam a ideia de “democracia militante” (conceito que, em larga medida, se confunde com o de democracia defensiva) – especialmente Karl Lowenstein, que definiu o conceito de “democracia militante” e sistematizou uma classificação de medidas legais relacionadas.

Esclarece Beimenbetov Serik que:

Essa nova doutrina da democracia militante foi destinada a reforçar o aparato legislativo dos estados democráticos para facilitar a repressão dos direitos políticos e civis dos atores internos não democráticos, mesmo com o risco e custo de violar princípios fundamentais (SERIK, 2014, p. 22, tradução nossa).

De acordo com Jan-Werner Müller, para quem os conceitos de democracia militante, democracia defensiva e “*fighting democracy*” se referem à mesma ideia, o Tribunal Constitucional alemão, no começo dos anos 50, adotou expressamente a teoria da democracia militante em uma decisão na qual se expôs que “a Constituição havia tomado uma ‘decisão básica’ a favor de uma compreensão substantiva (em oposição

à formal) da democracia, um conjunto de valores que precisa ser defendido contra seus inimigos declarados” (MÜLLER, 2012, p. 536, tradução nossa).

Nesse sentido, é igualmente relevante o fato de que a própria Alemanha proibiu expressamente em sua Constituição a criação de partidos políticos cujos programas sejam atentatórios à ordem democrática. E, de forma semelhante, em Israel, a Suprema Corte referendou decisão estatal que recusou registro de partido político considerado “inimigo da democracia”.

No Brasil, medidas semelhantes, que espelham uma postura defensiva (ou militante) em relação à democracia, têm-se mostrado eficientes no combate ao autoritarismo e na consequente defesa do Estado democrático de Direito.

Em 12 de junho de 2020, o então Presidente do Congresso Nacional, Senador Davi Alcolumbre, devolveu à Presidência da República a Medida Provisória nº 979/2020, que conferiu ao Ministro da Educação a prerrogativa de nomear livremente, em caráter pro tempore, os Reitores de instituições do Sistema Federal de Ensino, pelo período em que durasse a pandemia da Covid-19. A Medida Provisória em questão relativizou a norma anteriormente em vigor, que limitava a escolha, a ser sempre realizada pelo Presidente da República, aos nomes constantes em listas tríplices elaboradas pelos colegiados máximos de cada instituição. Ao justificar a sua decisão, o Senador Alcolumbre publicou mensagem na rede social *Twitter*, destacando que o texto da Medida Provisória nº 979/2020 violaria os princípios constitucionais da autonomia e da gestão democrática das universidades (art. 207 da Constituição Federal), de modo que não mereceria ser processada pelo Congresso Nacional mediante o rito previsto no art. 62 da Constituição Federal. Muito embora a iniciativa não tenha sido inédita – basta lembrar que, no ano de 2015, o então Presidente do Congresso Nacional, Senador Renan Calheiros, havia devolvido a Medida Provisória nº 669/2015 à então Presidente da República Dilma Rousseff – esse tipo de “controle de constitucionalidade” realizado pelo Presidente do Congresso Nacional pode ser considerado uma estratégia eficiente e pioneira posta em prática pelo Poder Legislativo em nome da defesa da democracia.

Posteriormente, o mesmo Davi Alcolumbre, desta feita na condição de Presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, negou sistematicamente a marcação da data da sabatina do jurista André Mendonça, indicado pelo Presidente da República à vaga de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Especula-se que Alcolumbre tenha postergado a data da sabatina por conta do perfil do nomeado – “terrivelmente evangélico”, nas palavras do Presidente da República –, indesejável sob certa concepção de democracia. A demora do Presidente da CCJ, que é juridicamente o único legitimado a marcar a data da sabatina, durou até o final de 2021, quando, finalmente, foi marcada a data para a sabatina. Porém, a inércia do Senador, caso fosse mantida, tinha o potencial de redundar em dois cenários: na troca do indicado pelo atual Presidente da República ou na troca do indicado pelo

próximo Presidente da República, caso o atual mandatário do Executivo federal não seja reeleito.

É possível citar também a edição da Lei Federal nº 14.197, de 1º de setembro de 2021 (Lei de Defesa do Estado Democrático), que incluiu no Código Penal brasileiro o Título XII, versando sobre os “Crimes contra o Estado Democrático de Direito”, e revogou expressamente a polêmica Lei Federal nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), utilizada meses antes pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal André Mendonça, no período em que ainda ocupava o cargo de Ministro da Justiça, para provocar investigações policiais contra jornalistas críticos ao bolsonarismo.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal consagrou, já em meados de 2020, as competências constitucionais comum e concorrente, em matéria de proteção da saúde, definindo critérios para a necessária distribuição de papéis entre os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) na gestão da pandemia, contrariando frontalmente as pretensões negacionistas do Poder Executivo Federal, no sentido de relativizar os efeitos catastróficos da Covid-19 sobre a população brasileira. Em episódio de certa forma relacionado, também ocorrido no ano de 2020, o Ministro Luís Roberto Barroso proferiu decisão monocrática concedendo medida cautelar nos seguintes termos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E SANITÁRIO. ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. SAÚDE PÚBLICA E COVID-19. CAMPANHA PUBLICITÁRIA APTA A GERAR GRAVE RISCO À VIDA E À SAÚDE DOS CIDADÃOS. PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO. CAUTELAR DEFERIDA.

1. Arguições de descumprimento de preceito fundamental contra a contratação e veiculação de campanha publicitária, pela União, afirmando que “O Brasil Não Pode Parar”, conclamando a população a retomar as suas atividades e, por conseguinte, transmitindo-lhe a impressão de que a pandemia mundial (COVID-19) não representa grave ameaça à vida e à saúde de todos os brasileiros.

2. As orientações da Organização Mundial de Saúde, do Ministério da Saúde, do Conselho Federal de Medicina, da Sociedade Brasileira de Infectologia, entre outros, assim como a experiência dos demais países que estão enfrentando o vírus, apontam para a imprescindibilidade de medidas de distanciamento social voltadas a reduzir a velocidade de contágio e a permitir que o sistema de saúde seja capaz de progressivamente absorver o quantitativo de pessoas infectadas.

3. Plausibilidade do direito alegado. Proteção do direito à vida, à saúde e à informação da população (art. 5º, caput, XIV e XXXIII, art. 6º e art. 196, CF). Incidência dos princípios da prevenção e da

precaução (art. 225, CF), que determinam, na forma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, na dúvida quanto à adoção de uma medida sanitária, deve prevalecer a escolha que ofereça proteção mais ampla à saúde.

4. Perigo na demora reconhecido. Disseminação da campanha “O Brasil Não Pode Parar” que já se encontra em curso, ao menos com base em vídeo preliminar. Necessidade urgente de evitar a divulgação de informações que possam comprometer o engajamento da população nas medidas necessárias a conter o contágio do COVID19, bem como importância de evitar dispêndio indevido de recursos públicos escassos em momento de emergência sanitária.

5. Medida cautelar concedida para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que “O Brasil Não Pode Parar” ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população. Determino, ainda, a sustação da contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim (STF, ADPF 669, 2020).

Para muitos, ambas as decisões mencionadas poderiam ser classificadas como “ativistas”, ou “militantes”, na medida em que as matérias nelas veiculadas estariam na esfera da competência discricionária da Presidência da República, e não, portanto, do Supremo Tribunal Federal. Não obstante, é certo que as decisões tomadas pela Suprema Corte em resposta às posturas antidemocráticas do Chefe do Poder Executivo estão fundadas na proteção da democracia, seja sob o ponto de vista formal (competências orgânicas dos órgãos constitucionalmente legitimados à proteção da saúde) ou mesmo sob o ponto de vista material (direito à informação correta e livre de ideologias políticas sobre os perigos inerentes a uma pandemia de proporções nunca antes vistas na contemporaneidade).

Porém, em que pese a relevância de boa parte das decisões proferidas pelo STF em defesa da democracia nos últimos anos, o mais polêmico ato editado pela Suprema Corte em resposta aos atos antidemocráticos praticados pelo Presidente da República e seus apoiadores foi a abertura, de ofício, do inquérito das *fake news*, em relação ao qual paira dúvida sobre a legalidade/constitucionalidade. Mais ainda: paira dúvida sobre a sua compatibilidade metodológica em relação à doutrina da democracia defensiva (ou militante).

### **3. O inquérito das *fake news* e suas complexidades**

Alvo favorito dos apoiadores do Presidente da República desde o início de seu Governo em 2019, o Supremo Tribunal Federal se viu compelido a dar uma resposta contundente e, assim procedendo, abriu o Inquérito nº 4.781/DF (popularmente conhecido como inquérito das *fake news*) que, não obstante os seus nobres propósitos, foi muito criticado, sobretudo por sua instauração de ofício e pelo sigilo

de seu conteúdo. Inclusive, é esse sigilo que, muitas vezes, inviabiliza uma análise mais aprofundada da questão. Não obstante, procurar-se-á, aqui, realizar uma breve contextualização do aludido inquérito e suas respectivas críticas.

O objeto do inquérito das *fake news* pode ser extraído da sua portaria de instauração, vazada nos seguintes termos:

**PORTARIA GP Nº 69, DE 14 DE MARÇO DE 2019.**

**O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno,

**CONSIDERANDO** que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I);

**CONSIDERANDO** a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus calumniandi, diffamandi e injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares,

**RESOLVE**, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão.

Designo para a condução do feito o eminente Ministro **Alexandre de Moraes**, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução.

Ministro **DIAS TOFFOLI**

Presidente

No contexto acadêmico e jornalístico foram veiculadas diversas críticas ao aludido inquérito, principalmente contra a sua instauração de ofício, a falta de participação efetiva do Ministério Público e a concentração excessiva de poder nas mãos do Supremo Tribunal Federal.

Para uma melhor compreensão da matéria, convém transcrever, *ipsis litteris*, o art. 43 do Regimento Interno do STF, que dá fundamento ao inquérito das *fake news*:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.



§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.

Na interpretação do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, embora os crimes apurados no inquérito das *fake news* não tenham ocorrido, necessariamente, na sede ou dependência do Tribunal, o art. 43 do Regimento Interno é aplicável à hipótese, pois os ministros são, eles mesmos, o próprio tribunal. Ou seja, um ataque a um ou mais ministros do Supremo sempre equivale a um ataque à própria Corte, dando ensejo à prerrogativa constante no Regimento Interno.

Tal entendimento foi questionado pelo partido político Rede Sustentabilidade, que ajuizou a ADPF 572 em face da Portaria GP nº 69/2019, por conta das seguintes (supostas) ofensas à Constituição Federal: a) inexistência de fato praticado na sede ou dependências do Tribunal; b) inexistência de fato praticado por pessoa sujeita à jurisdição do STF; c) ofensa à separação dos Poderes e usurpação da competência do Ministério Público; d) necessidade de representação do ofendido para a investigação dos crimes contra a honra; e) falta de justa causa para a instauração de inquérito por fatos indefinidos; e f) oficialidade, sigilo e direcionamento do inquérito nº 4781/DF.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária relatada pelo Ministro Edson Fachin, julgou a ADPF 572 em 18 de junho de 2020:

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.

1. Preliminarmente, trata-se de partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, legitimado universal apto à jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade, e a procuração atende à “descrição mínima do objeto digno de hostilização”. A alegação de descabimento pela ofensa reflexa é questão que se confunde com o mérito, uma vez que o autor sustenta que o ato impugnado ofendeu diretamente à Constituição. E, na esteira da jurisprudência desta Corte, compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema

constitucional brasileiro, como preceito fundamental e, diante da vocação da Constituição de 1988 de reinstaurar o Estado Democrático de Direito, fundado na “dignidade da pessoa humana” (CR, art. 1º, III), a liberdade pessoal e a garantia do devido processo legal, e seus corolários, assim como o princípio do juiz natural, são preceitos fundamentais. Por fim, a subsidiariedade exigida para o cabimento da ADPF resigna-se com a ineficácia de outro meio e, aqui, nenhum outro parece, de fato, solver todas as alegadas violações decorrentes da instauração e das decisões subsequentes.

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 (STF, ADPF 572, 2020).

Como se vê, o STF fechou a questão, concluindo pela importância da defesa dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático. Isto não significa, contudo, que os problemas apontados pelo autor da ADPF 572 – que, de certa forma, reproduzem as críticas comumente vistas nos meios acadêmicos e jornalísticos – tenham sido satisfatoriamente resolvidos. De fato, a solução encontrada para relativizar a ocorrência de fato delituoso praticado na sede ou dependências do Tribunal foi engenhosa, mas destoante da literalidade da previsão regimental. Igualmente, a inexistência de definição prévia sobre investigados submetidos à jurisdição do STF recomendaria o envio do inquérito às instâncias ordinárias. Também é verdade que, em não estando configurada a ocorrência de crime na sede ou nas dependências do Tribunal, a competência para instauração do inquérito seria

do Ministério Público, com necessidade de representação do ofendido para a investigação dos crimes contra a honra. Finalmente, a abertura de inquérito por fatos indefinidos e com determinação de tramitação sigilosa cria uma atmosfera de dúvida quanto à imparcialidade do órgão investigador/julgador.

Embora seja importante não relativizar demasiadamente as inconsistências acima apontadas, por outro lado é preciso levar em conta o contexto político em que o inquérito das *fake news* foi aberto. Evidentemente, é preciso muito cuidado ao manejar os institutos da democracia defensiva (ou militante), sob pena de incorrer num “autoritarismo às avessas”. Com efeito, numa realidade política na qual as instituições funcionam sem qualquer risco à democracia, não é razoável advogar a adoção de medidas mais severas, tal como a perpetrada pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, num contexto no qual a democracia esteja em risco, como é notoriamente o caso brasileiro<sup>1</sup>, então uma defesa mais severa (defensiva, militante) da democracia é plenamente justificada. Assim é porque, quando se trata especificamente da defesa da democracia, é preciso sempre analisar e entender o contexto democrático pelo qual se está passando, sob pena de, em nome a um apego exagerado às competências procedimentais, contribuir para a erosão da democracia.

Assim sendo, analisando a questão sob o ponto de vista da democracia defensiva, torna-se pertinente o seguinte problema a ser enfrentado no próximo tópico deste trabalho científico: levando em conta as suas características, o inquérito das *fake news* pode ser compreendido como uma manifestação legítima da democracia defensiva, contribuindo os seus frutos, ao lado de outras decisões de teor similar, para a formação de uma doutrina de democracia defensiva no Brasil?

#### **4. A construção de uma jurisprudência constitucional metodologicamente compatível com a doutrina da democracia defensiva no Brasil**

Preliminarmente, é preciso pontuar que os instrumentos da democracia defensiva não podem/não devem ser utilizados para justificar qualquer tipo de voluntariedade ou ativismo judicial em tempos de normalidade institucional. Como já dito, uma postura militante do Poder Judiciário somente se justifica nas hipóteses em que ficar configurado, em maior ou menor medida, um típico Estado de Exceção, isto é, um contexto no qual relevantes atores políticos ligados a Executivo e/ou

---

<sup>1</sup> “Se as ações e omissões do governo Bolsonaro não são ainda suficientes para que todos possam nele vislumbrar traços marcantes de autoritarismo e desprezo pelas instâncias políticas essenciais da democracia, parece claro que a rota escolhida é a da contínua instalação de um populismo hiperpresidencialista, voltado à destruição dos inimigos, promoção generalizada da instabilidade institucional e erosão das liberdades públicas fundamentais, como liberdade de expressão, de imprensa, pensamento e de reunião” (OLIVEIRA, 2020, [s. p.]).

Legislativo efetivamente estejam colocando em risco, ainda que de forma episódica, a própria existência do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, não se pode descurar que o Poder Judiciário é um braço do Estado. Nessa condição, ele tem o dever constitucional de zelar pela manutenção da forma prevista no art. 1º da Constituição Federal, que é o “Estado Democrático de Direito”. Deste modo, se outro Poder, no caso o Executivo, está flertando com a ruptura institucional, cabe, sim, lançar mão de esforços para evitar que isso aconteça. Ou o Judiciário vai aguardar que o Poder Executivo o destitua? Nesse estágio, a democracia já estaria comprometida.

Os ataques perpetrados pelo Presidente da República e seus apoiadores ao Supremo Tribunal Federal configuram nítida burla aos limites da liberdade da expressão, sobretudo porque atentatórios à harmonia entre os poderes, preconizada pelo art. 2º da Constituição Federal. A “desarmonia” provocada pelo Chefe do Poder Executivo e seus apoiadores (dentre os quais há também parlamentares democraticamente eleitos), por si só, já seria suficiente para configurar o sobredito Estado de Exceção e a demandar providências da Corte.<sup>2</sup>

Some-se a isso o fato de que o Ministério Público Federal, órgão em tese responsável pela instauração e condução de inquéritos contra os atos antidemocráticos praticados pelo Presidente da República, tem flertado com o bolsonarismo e contribuído muito pouco com as investigações conduzidas pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>3</sup> Com efeito, a indicação de um Procurador-Geral da República simpático às ideias do Presidente da República e que nem sequer figurou na lista tríplice elaborada pela instituição, foi central no enfraquecimento da democracia, também sob esse ponto de vista. Em suma: levar a ferro e fogo a competência do Ministério Público para instauração e tramitação de um inquérito dessa natureza praticamente equivaleria a consagrar a impunidade e a acentuar o risco de comprometer a democracia, o que é impensável sob o ponto de vista da democracia defensiva.

É com base nessas premissas que o inquérito das *fake news* precisa ser avaliado. Isto é: partindo-se da constatação de que o Brasil estaria experimentando um verdadeiro Estado de Exceção, é preciso entender quais medidas podem ser legitimamente tomadas pelo Supremo Tribunal Federal para proteger a democracia brasileira, sem que tais medidas se traduzam, elas mesmas, em atos atentatórios aos princípios básicos constantes na Constituição Federal. Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre o tema nos autos da ADPF 572, começou a

---

<sup>2</sup> Por exemplo, no último dia 7 de setembro de 2021, o Presidente da República declarou que, dali em diante, não mais cumpriria as decisões monocráticas proferidas pelo Alexandre de Moraes (CAETANO; MARTINEZ-VARGAS, 2021).

<sup>3</sup> Em voto proferido no bojo do inquérito das *fake news*, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes chegou a afirmar que “fontes de *fake news* eram membros do MPF”. A íntegra do vídeo está disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=m4cqB5rHyxl>. Acesso em: 14 mar. 2023.

indicar as premissas que precisam ser observadas na aplicação da doutrina da democracia defensiva. Colhe-se do voto do Ministro Relator Edson Fachin:

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.

Como aponta Ulrich Wagrاندl, do texto dos tratados de direitos humanos emerge a exigência de que os instrumentos de democracia militante se restrinjam a aplacar os abusos de direitos que se materializam em atos, como, notadamente, a liberdade de expressão, nas situações em que ela é invocada para, precisamente, suprimir o direito de manifestação de outras pessoas ou de outros grupos (STF, ADPF 572, 2020).

Como se percebe, na leitura realizada pelo Ministro Edson Fachin, a democracia defensiva não pode ser concebida como uma “carta coringa” ou um “cheque em branco” para a eliminação abrupta de partidos ou grupos específicos do cenário político de um país. Mesmo que tais partidos ou grupos veiculem sistematicamente ideias indesejáveis sob o ponto de vista da democracia, uma postura defensiva ou militante recomenda sempre o combate específico (embora contundente) ao ato praticado, e não a pura e simples eliminação de seus agentes perpetradores, muito embora, eventualmente, tal eliminação possa se tornar necessária.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes explorou um pouco mais a hipótese de banimento de certos grupos, tal como ocorrido com os Partidos Socialista e Comunista alemães:

A título de exemplo, a Alemanha é caracterizada, por muitos autores, como uma democracia militante. Nesse sentido, de acordo com **Ronald Krotoszynski**, "qualquer discurso que tenha por objetivo a destruição do governo democrático não possui qualquer proteção de acordo com a Lei Fundamental". Foi com base nessa ideia que o Tribunal Constitucional Federal alemão decretou, por exemplo, o banimento dos Partidos Socialista e Comunista alemães, que foram considerados como plataformas para a atuação do Partido Nazista e para a adoção de projetos políticos e ações contra a ordem constitucional estabelecida (Krotoszynski jr, Ronald. **A Comparative Perspective of The First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany**. Tulane Law Review. V. 78. N. 5. p. 1590-1591). (STF, ADPF 572, 2020).

Considerando as duas manifestações, o Supremo Tribunal Federal parece estar caminhando para uma solução intermediária, na qual a metodologia da democracia defensiva possa ser utilizada pontualmente, de forma excepcional, para o combate de atos atentatórios ao regime democrático. Isso sem descartar a eventualidade de, no limite, realizar o banimento de determinados grupos que, por seus atos, vierem a comprometer a própria subsistência da democracia brasileira.

Na mesma linha de raciocínio, Tarsila Ribeiro Marques Fernandes pontua que, quando houver um ataque relevante à democracia brasileira, é importante que a defesa da Constituição seja realizada firmemente, porém sempre de forma proporcional ao ataque sofrido, sob pena de o “contra-ataque” configurar, ele próprio, um atentado à democracia:

Deve-se ter em mente que a democracia é uma construção permanente, sobretudo quando se trata de uma democracia tão recente quanto a brasileira. Toda a sociedade e os três Poderes da República devem estar atentos a ameaças antidemocráticas e à defesa da ordem constitucional. Em caso de erosão da democracia e de hipertrofia de algum dos Poderes, as demais instituições devem agir de forma firme e proporcional ao ataque sofrido. Desse modo, uma atitude que não aparentava ser de relevante gravidade no passado pode adquirir contornos diferentes diante de uma situação de crise, como a atual.

Independentemente do viés político, das paixões partidárias e das naturais identificações entre um ou outro perfil, as instituições devem ser respeitadas. Deve-se ter em mente que a CRFB não é um obstáculo para ultrapassar os momentos de tensão. Ao contrário, ela é o único caminho viável e democrático para a superação da crise (FERNANDES, 2021, p. 144).

No atual momento político brasileiro, o Supremo Tribunal Federal precisa ter muito cuidado e habilidade para não exagerar nas respostas aos atos antidemocráticos praticados pelo Presidente da República e seus apoiadores, sobretudo para não se ver deslegitimado perante a opinião pública e toda a sociedade. Um resgate sério da noção de razoabilidade e proporcionalidade, tão banalizada nos últimos anos, inclusive pelo Poder Judiciário, nunca foi tão necessário. Qualquer exagero no combate aos atos antidemocráticos tem o potencial de converter o criminoso em vítima; o vilão em herói.

O inquérito das *fake news* ainda não foi julgado e, por isso mesmo, paira a dúvida sobre a postura definitiva que será adotada pelo Supremo Tribunal Federal, se mais “moderada” ou, então, mais “militante” em relação à defesa da democracia. Entretanto, considerando a própria manifestação dos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, a tendência é que a metodologia da democracia defensiva seja observada pela Suprema Corte na formação de uma jurisprudência compatível com

as ideias dos teóricos invocados – notadamente, Karl Lowenstein, Ulrich Wagnandl, Ronald Krotoszynski, entre outros – e que seja sempre proporcional no fornecimento de resposta aos ataques sofridos.<sup>4</sup>

## 5. Conclusão

A crise da democracia brasileira fez com que os atores políticos nacionais se deparassem com situações nunca antes vistas no contexto da redemocratização. Mesmo já tendo passado por dois traumáticos processos de impeachment, fica claro que o Brasil pós-88 não estava preparado para um Presidente da República saudosista da Ditadura Militar e refratário aos avanços civilizatórios experimentados nos últimos 30 anos.

Quando as manifestações atentatórias ao Estado Democrático de Direito deixaram de congregiar apenas uma pequena massa de adeptos do bolsonarismo e atingiram um número mais relevante de pessoas, com ataques à sede do Supremo Tribunal Federal e ameaças diretas aos membros da Suprema Corte, o Presidente Dias Toffoli se viu obrigado a tomar a drástica providência de instaurar, de ofício, o chamado inquérito das *fake news*, que eventualmente acabou incluindo o próprio Presidente da República na condição de investigado.

A medida foi considerada, por muitos, uma manifestação da chamada doutrina da democracia defensiva, que surgiu na Europa do pós-Segunda Guerra Mundial para combater a existência de grupos atentatórios dos valores democráticos consagrados no período. E, de fato, o termo “democracia militante”, alusivo à doutrina de Karl Lowenstein, apareceu algumas vezes no acórdão proferido na ADPF 572, ajuizada pelo partido político Rede Sustentabilidade para impugnar o inquérito das *fake news*.

Certamente, o inquérito das *fake news* não se trata de providência ortodoxa, que poderia ter sido instaurada em tempos de normalidade institucional. Por conta de sua excepcionalidade, é natural que tenha sido assimilado com certa resistência por juristas preocupados com as competências orgânicas dos poderes instituídos. Nesse

---

<sup>4</sup> Por oportuno, é importante mencionar a recente condenação criminal do Deputado Federal Daniel Silveira a oito anos e nove meses de prisão, por conta de manifestações antidemocráticas não protegidas pela imunidade parlamentar e pela liberdade de expressão, que incluíam ameaças ao próprio STF e, especificamente, a alguns dos Ministros da Corte, pois tal decisão dialoga de forma direta com inquérito das *fake news*, sendo um indicativo da postura a ser tomada doravante pela Suprema Corte em casos assemelhados. Também é relevante deixar registrado que, em resposta à decisão proferida pelo STF, o Presidente da República editou Decreto em pleno feriado do dia 21 de abril de 2022, concedendo “graça constitucional” ao aludido Deputado Federal, em nome da “liberdade de expressão”, da “manutenção do mecanismo tradicional de freios e contrapesos na tripartição dos poderes” e da “legítima comoção social” provocada pelo caso. Na verdade, a medida adotada por Bolsonaro foi compreendida pela opinião pública como mais um ato antidemocrático editado com a finalidade de atingir o STF, o que, em certo sentido, acaba por legitimar a postura defensiva da Corte no episódio.

sentido, chama a atenção a crítica escorada na necessidade de observar as competências do Ministério Público.

Como se sabe, o Ministério Público vem passando por uma espécie de crise institucional, pois muitos membros do Parquet não se sentem representados pelo Procurador-Geral da República, o qual foi nomeado fora dos nomes indicados por lista tríplice pela instituição. Há uma compreensão, de certo modo bastante difundida, de que o Procurador-Geral da República estaria comprometido com o bolsonarismo e isso seria um entrave para o avanço de investigações contra membros do Poder Executivo Federal.

Nesse cenário, coube ao Supremo Tribunal Federal aderir à doutrina da democracia defensiva e suprir eventuais falhas e omissões do Parquet na defesa da democracia. Afinal, a democracia defensiva pode ser compreendida como uma ferramenta a ser utilizada pelos atores políticos comprometidos com a Constituição Federal de 1988. A análise do inquérito das *fake news*, sobretudo a partir das manifestações dos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes nos autos da ADPF 572, indica uma preocupação metodológica relevante, revelada no cuidado de não avançar muito em questões desnecessárias e se ater apenas ao essencial na defesa da democracia brasileira.

O inquérito das *fake news* foi instaurado como uma medida de democracia defensiva para garantir que o Estado brasileiro não padeça com atos antidemocráticos. Não deve ser compreendido como uma ação orquestrada ou corporativista dos membros do Supremo Tribunal Federal. A excepcionalidade que assola o Brasil nos últimos anos não permite uma atuação que privilegie a forma sobre o conteúdo, isto é, um minimalismo interpretativo em favor de um governo autoritário; a deferência em relação aos atos perpetrados por um agressor; a inércia em resposta a um ato direcionado contra a Constituição Federal.

Diante de todo o exposto, o que se conclui é que, até o presente momento, e considerando os poucos atos publicizados, o Supremo Tribunal Federal tem sido criterioso na condução do inquérito das *fake news*, inclusive se preocupando com a sua compatibilidade com doutrina da democracia defensiva. Nesse sentido, é bastante plausível antever que o precedente em questão tem o potencial de contribuir para a construção de uma jurisprudência constitucional metodologicamente compatível com a aludida doutrina no Brasil e que seja sempre proporcional no fornecimento de respostas aos ataques sofridos.

### **Referências bibliográficas**

AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica: a crise do governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2020.

CAETANO, Guilherme; MARTINEZ-VARGAS, Ivan. Bolsonaro ataca Alexandre de Moraes e diz que 'não cumprirá' decisões do ministro do Supremo. **O Globo**



- **Política**, 7 set. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/bolsonaro-ataca-alexandre-de-moraes-diz-que-nao-cumprira-decisoes-do-ministro-do-supremo-1-25187933>. Acesso em: 22 set. 2022.
- FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 58, n. 230, p. 133-147, abr./jun. 2021. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril\\_v58\\_n230\\_p133](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133). Acesso em: 14 mar. 2023.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LOPES, Mariana Tormin Tanos; MEYER, Emilio Peluso Neder; LINHARES, Emanuel Andrade. Pandemia e erosão da democracia constitucional: uma análise dos ataques à transparência no Brasil. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 96, p. 93-122, nov./dez. 2020.
- LOWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. **The American Political Science Review**, v. 31, n. 3, p. 417-432, 1937
- LOWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, II. **The American Political Science Review**, v. 31, n. 4, p. 638-65, 1937.
- MACHADO, Uirá. Derrotar autoritários como Bolsonaro é prioridade, diz Steven Levitsky: autor que estuda fim da democracia defende coalizão ampla para oposição garantir vitória acachapante na eleição. **Folha de São Paulo**, 14 mar. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/03/derrotar-autoritarios-como-bolsonaro-e-prioridade-diz-steven-levitsky.shtml>. Acesso em: 14 mar. 2023.
- MULLER, Jan-Werner. A “practical dilemma which philosophy alone cannot resolve”? Rethinking militant democracy: an introduction. **Constellations**, Balckwell Publishing, USA, v. 19, n. 4, 2012.
- NEUBERGER, Benyamin. Israel. In: THIEL, Markus (ed.). **The militant democracy principle in modern democracies**. [s. l.]: Ashgate Publishing Limited, 2009.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Chegou a hora de refletirmos a democracia defensiva no Brasil. **Consultor Jurídico**, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-30/gustavo-oliveira-democracia-defensiva-brasil>. Acesso em: 14 mar. 2023.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. FERRAZ, Pedro da Cunha. **Democracia defensiva no Brasil?: uma análise conceitual e jurisprudencial**. São Paulo: Mimeo, 2022.

RÊGO, Eduardo de Carvalho; PORTELLA, Luiza Cesar. Âmbito de atuação da Justiça Eleitoral na hipótese de divulgação de *fake news* por meio das redes sociais. **Resenha Eleitoral**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 205-224, 2019.

SERIK, Beimenbetov. **A comparative analysis of 'defensive democracy'**: a cross-national assessment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies. Thesis for the degree of Doctor of Philosophy in Politics. [Inglaterra]: University of Exeter, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Democracia militante. **Folha de São Paulo**, 14 mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2020/03/de-mocracia-militante.shtml>. Acesso em: 17 jan. 2022.