

COORDENAÇÃO:

**Flávia Piovesan
e Roberto Dias**

ORGANIZADORES:

**Fernando Maluf,
Gustavo Favero Vaughn
e Júlia Teixeira Rodrigues**

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

Jurisprudência do STF,
diálogos jurisdicionais
e desafios contemporâneos

2022

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS AO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FLAVIA PIOVESAN¹ E GABRIEL PINHO BROCHADO²

Sumário • Introdução – II. O alcance do direito à informação em tempos de pandemia: o julgamento da Medida Provisória nº 928 de 2020 – III. O alcance dos direitos à privacidade e à liberdade de expressão: o caso da suspensão de serviços de troca de mensagens e o uso da criptografia na internet – IV. O alcance do direito à liberdade de expressão, *fake news* e discurso de ódio: a constitucionalidade do inquérito 4.781 das *fake news* – V. Conclusão

I. INTRODUÇÃO

Para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o direito à liberdade de expressão é pedra angular de todo e qualquer

¹ Flávia Piovesan é membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2018 a 2021) e Professora Doutora da PUC/SP em Direito Constitucional e Direitos Humanos. Foi Visiting Scholar no David Rockefeller Center for Latin American Studies (DRCLAS) na Harvard University (2018); visiting scholar no Max-Planck-Institute (2007-2019); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max-Planck-Institute (2009-2014); human rights fellow no Centre for Brazilian Studies, University of Oxford (2005); e visiting fellow do Human Rights Program, Harvard Law School (1995 e 2000). Foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the rights to development e do OAS Working Group para o monitoramento do protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

² Gabriel Pinho Brochado é Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Assistente voluntário de Direito Constitucional e Direitos Humanos na PUC/SP.

regime democrático³. Não há democracia sem liberdade de expressão. Não há liberdade de expressão sem democracia.

No contexto atual, marcado pelo discurso do ódio, pela polarização extrema, pelos avanços da tecnologia das comunicações e pela multiplicidade das redes sociais, somados ao profundo impacto da pandemia de COVID-19, emergem desafios contemporâneos ao direito à liberdade de expressão.

Ambiciona este artigo focar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do alcance do direito à liberdade de expressão, com destaque a três casos emblemáticos enfrentados em 2020, a envolver os desafios contemporâneos concernentes: i) à proteção do direito à informação; ii) à proteção do direito à privacidade; e iii) ao enfrentamento às *fake news*⁴ e ao discurso do ódio. Observa-se que, em virtude da atualidade dos casos, até o presente momento a íntegra dos acórdãos dos julgamentos ainda estão pendentes de publicação. Deste modo, a análise será concentrada nos votos já disponibilizados pela assessoria pessoal de cada Ministro, extraídos do sítio eletrônico do próprio Supremo Tribunal Federal e de sítios jurídicos especializados.

No que se refere ao direito à informação, será examinada a medida cautelar deferida nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6347, 6351 e 6353, que versam sobre a suspensão do art.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica. Opinion Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

⁴ O conceito de *fake news* ainda é alvo de grande discussão na Academia, com muitas dificuldades de se chegar a um consenso quanto à sua definição. O Dicionário Cambridge, por exemplo, define *fake news* como “histórias falsas que parecem notícias, disseminadas na internet ou usando outras mídias, normalmente criadas para influenciar nas posições políticas ou como piadas” (tradução livre). Entretanto, neste artigo será adotado o termo *fake news* enquanto sinônimo de “desinformação”, conforme utilizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de modo que pode ser conceituada como: “uma estratégia sistemática criada com o propósito deliberado de confundir a sociedade ou causar questionamentos quanto a algum assunto em particular por meio da circulação massiva de notícias distorcidas ou falsas” (SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAKE NEWS E ELEIÇÕES. Seminário Internacional Fake News e Eleições: anais. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2019). Sobre as diferentes definições de *fake news*, recomenda-se o artigo: MARTENS, Bertin; AGUIAR, Luis; GOMEZ-HERRERA, Estrella; MUELLER-LANGER, Frank. The Digital Transformation of News Media and the Rise of Disinformation and Fake News (April 20, 2018). Digital Economy Working Paper 2018-02, Joint Research Centre Technical Reports, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3164170> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3164170>.

6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória nº 928/2020, no contexto da COVID-19, especialmente sobre os pedidos de acesso à informação relativo à Administração Pública.

No que tange ao direito à privacidade, o caso a ser examinado atém-se ao voto proferido pela Relatora Ministra Rosa Weber nos autos da ADI 5527, bem como ao voto do Relator Ministro Edson Fachin proferido nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403, que tem por objeto a análise da suspensão temporária de serviços que permitem a troca de mensagens entre usuários da Internet por meio de ordem judicial.

Por fim, será desenvolvido o estudo do julgamento da ADPF 572 referente à validade do inquérito sobre *fake news* e ataques ao STF, com ênfase exclusivamente na análise de âmbito material a compreender o alcance da liberdade de expressão em face das *fake news* e do discurso de ódio.

Em tempos de COVID-19 seria aceitável restringir o exercício do direito à informação? Qual seria o alcance do direito à privacidade e do direito à liberdade de expressão na internet? E qual deveria ser a incidência do Direito no combate à ampla disseminação de *fake news* no cenário pandêmico, em face da incitação ao discurso de ódio e de ameaças à institucionalidade democrática?

São estas as três questões centrais a inspirar o presente estudo, que tem por objetivo avaliar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do alcance do direito à liberdade de expressão, considerando a complexidade dos desafios emergentes na ordem contemporânea.

II. O ALCANCE DO DIREITO À INFORMAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: O JULGAMENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 928 DE 2020

Preliminarmente, há que se esclarecer que a opção metodológica utilizada neste artigo é o estudo de caso de construção prevalentemente indutivo, nos termos adotados por Ricardo Cappelletti, em que se objetiva, a partir do caso concreto, extrair formulações.⁵

⁵ MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

No que se refere a este primeiro estudo de casos, ressalte-se que o direito de acesso à informação é consagrado no artigo 5º, incisos XIV⁶ e XXXIII⁷, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo resguardado como cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4º, inc. V⁸, da CF de 1988.

Pilar de qualquer regime democrático, o direito de acesso à informação é fundamental para a transparência, controle e fiscalização das ações, programas, políticas públicas, bem como para a vigilância e monitoramento da atuação dos governantes. Os princípios da legalidade e da motivação dos atos administrativos – indispensáveis às práticas da Administração Pública – só poderão ser cumpridos com o efetivo exercício do direito à informação, pois sua fiscalização está condicionada à transparência e à publicidade dos atos administrativos. Por ser um princípio democrático por essência, permite a fiscalização da Administração Pública pelos administrados, dificultando o uso de medidas arbitrárias por parte dos Governantes e a própria utilização da máquina pública em benefício pessoal ou corporativista.

Nessa esteira, o direito à informação é pressuposto da democracia, compreendendo três dimensões: o direito de informar, o de se informar e o de ser informado. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira explicam essa tripla dimensão:

O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimento, mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de escolha de informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar; é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequada e verdadeiramente informado.⁹

⁶ Art. 5º. XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

⁷ Art. 5º. XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.

⁹ CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 225 apud ARAUJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. rev., atual. até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Editora Verbatim, 2014. p. 194.

Em outra perspectiva, o acesso à informação fomenta a pluralidade de ideias. É a partir do acesso à informação que indivíduos conseguem formar e expor as suas próprias opiniões, tecendo críticas, divergindo de políticas públicas e propondo a construção de outras políticas. O direito ao acesso à informação é princípio basilar de uma sociedade democrática, aberta e deliberativa.

Desta forma, o seu exercício está diretamente ligado à formação de ideias, opiniões avaliações, convicções e crenças por parte dos diferentes segmentos da sociedade.¹⁰ Como condição do pleno exercício do direito à informação, cabe ao Estado o dever diligente de garantir a preservação das informações sob a sua posse, na mesma proporção em que deve viabilizar a sua publicização, independentemente de solicitação prévia.¹¹ Sobre isso, explica Luiz Armando Badin:

É importante desde o início ressaltar que tais normas não impõem ao Poder Público apenas uma obrigação passiva de permitir o acesso a documentos administrativos, como se se tratasse de um simples direito de crédito do cidadão contra o Estado, cujo adimplemento pode ser exigido por meio do processo judicial ou administrativo. As normas constitucionais sobre acesso à informação só alcançam seu sentido pleno se compreenderem também a prescrição de um dever objetivo de agir positivamente para informar o cidadão de maneira clara, acessível, exata e honesta.¹²

Note-se, também, um duplo sentido no direito de ser informado. De um lado, há o direito de receber as informações transmitidas sem qualquer interferência do Estado em seu fluxo. Por outro, há o direito de ser continuamente informado sobre as atividades da administração pública.¹³

¹⁰ STEINMENTZ, Wilson. Comentários ao art. 5º, XIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 324.

¹¹ TAVARES, André Ramos. Comentários ao art. 5º, XXXIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 376.

¹² BADIN, Luiz Armando. *O direito fundamental à informação em face da segurança do Estado e da sociedade: em busca da efetiva afirmação do princípio constitucional da publicidade*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2007. Orientador: Fábio Konder Comparato. p. 21.

¹³ ARAUJO; NUNES JÚNIOR. Op. cit., p. 195.

Vale dizer, ainda que o direito à liberdade de expressão e o direito à informação sejam distintos entre si – mas complementares para a concretização um do outro¹⁴ –, os tratados internacionais de direitos humanos tendem a envolver os dois direitos em um único dispositivo, o que é capaz de revelar a indissociabilidade entre os direitos à informação e à liberdade de expressão. Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19, prevê que “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão”. Este direito compreende “a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”¹⁵.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no artigo 19, inclui no direito à liberdade de expressão a “liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito”¹⁶. Na mesma direção, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 13, enuncia que toda pessoa tem direito à liberdade de expressão, compreendendo “a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística”¹⁷.

Ao enfocar pretensas alterações à Lei de Acesso à Informação, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6351¹⁸ foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Essa ação – julgada

¹⁴ Nesse sentido, Wilson Steinmetz explica que “O direito fundamental de acesso à informação é um dos direitos constitucionais relativos à informação. É o direito de se informar. Os outros são o direito de informar – decorrente da liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV) e da liberdade de comunicação (art. 5º, IX) e também do que prescreve o art. 220, *caput*, e § 1º – e o direito de ser informado (art. 5º, XXIII).” (STEINMETZ, Op. cit., p. 323).

¹⁵ NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://na-coesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 15 jul. 2020.

¹⁶ BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 15 jul. 2020.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 15 jul. 2020.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6351. Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgamento em 30/04/2020. DJE 14/08/2020 – ATA Nº 131/2020. DJE nº 202, divulgado em 13/08/2020.

em conjunto com as ADI's 6347 e 6353, ajuizadas pela Rede Sustentabilidade (Rede) e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), respectivamente – versa sobre a inconstitucionalidade do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluída pelo art. 1º da Medida Provisória nº 928/2020, que altera a Lei de Acesso à Informação durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a decisão proferida pelo Min. Relator Alexandre de Moraes, concedendo a Medida Cautelar pleiteada para a suspensão do referido dispositivo, entendendo que o supracitado dispositivo “não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade”.

O artigo 6º-B da Lei nº 13.979/2020, introduzido pela Medida Provisória nº 928/2020, foi editado com o seguinte teor:

Art. 6º-B. Serão atendidos prioritariamente os pedidos de acesso à informação, de que trata a Lei nº 12.527, de 2011, relacionados com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei.

§ 1º Ficarão suspensos os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de:

I – acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta; ou

II – agente público ou setor prioritariamente envolvido com as medidas de enfrentamento da situação de emergência de que trata esta Lei.

§ 2º Os pedidos de acesso à informação pendentes de resposta com fundamento no disposto no § 1º deverão ser reiterados no prazo de dez dias, contado da data em que for encerrado o prazo de reconhecimento de calamidade pública a que se refere o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 3º Não serão conhecidos os recursos interpostos contra negativa de resposta a pedido de informação negados com fundamento no disposto no § 1º.

§ 4º Durante a vigência desta Lei, o meio legítimo de apresentação de pedido de acesso a informações de que trata o art. 10 da Lei nº 12.527, de 2011, será exclusivamente o sistema disponível na internet.

§ 5º Fica suspenso o atendimento presencial a requerentes relativos aos pedidos de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 2011.

Em resumo, as impetrantes das três ações diretas de inconstitucionalidade sustentaram que este dispositivo teria limitado o direito à informação, transparência e publicidade, uma vez que, por mitigar o controle social às ações públicas, teria criado obstáculos desproporcionais e irrazoáveis para o exercício desse direito.

A justificativa apresentada pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União, por sua vez, foi a de que a situação singular e excepcional manifestada pelo estado de calamidade pública em decorrência do coronavírus teria demandado medidas da Administração Pública que seguissem a recomendação técnica de saúde, como a redução de deslocamentos e exposições, de tal modo que o dispositivo implementado pela Medida Provisória atenderia estas demandas, sobretudo em razão de sua temporalidade.

O Relator Min. Alexandre de Moraes concedeu a medida cautelar pleiteada pelas impetrantes para suspender a eficácia do artigo 6º-B da Lei nº 13.979/2020, ao sustentar que “o artigo impugnado pretende TRANSFORMAR A EXCEÇÃO – sigilo de informações – EM REGRA, afastando a plena incidência dos princípios da publicidade e da transparência”, *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Os relevantes argumentos constantes de seu voto foram referendados pelo Plenário.

A partir do voto do Min. Alexandre de Moraes, foi reconhecido o valor do pluralismo e da proteção das diversas opiniões e posições críticas sobre as políticas públicas dos governantes, fundamentais para a concretização da participação política dos cidadãos em uma democracia representativa. Nesse sentido, explicou:

A participação política dos cidadãos em uma Democracia representativa somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre as políticas públicas adotadas pelos governantes, como lembrado pelo JUSTICE HOLMES ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição; além da necessária fiscalização dos órgãos governamentais, que somente se torna efetivamente possível com a garantia de publicidade e transparência.

Seria, então, o direito à informação a garantia instrumental de uma democracia representativa, manifestação máxima da liberdade de expressão, possibilitando o debate público e crítico aos atos dos governantes.

Na mesma linha, o Min. Gilmar Mendes elucidou que “não há democracia sem a garantia do direito à informação”. Pode-se dizer que essa máxima é também adotada pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes quando este se posiciona no sentido de que o dever da Administração Pública de absoluta transparência na condução dos negócios públicos é uma regra que só pode ser excepcionada em situações específicas.

A concessão da medida cautelar, na visão do Ministro Relator, ocorreu exatamente porque o artigo 1º da Medida Provisória nº 928/2020, ao incluir o artigo 6º-B à Lei nº 13.979/2020, não estabeleceu “situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação”, mas transformou a regra constitucional em exceção, ou seja, “invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda a sociedade”.

O direito à informação, como já visto, também é reconhecido e protegido pelos instrumentos internacionais de direitos humanos. A Min. Rosa Weber, ao seu turno, resgatou a importância dessa salvaguarda da Convenção Americana de Direitos Humanos à luz do julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*¹⁹, em que se estabeleceu:

En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.

Ressalte-se, ainda, interessante passagem no voto do Min. Gilmar Mendes, que é o reconhecimento da importância do desenvolvimento

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C Nº 151, par. 77.

tecnológico na fiscalização dos atos da Administração Pública pelos cidadãos, a partir de um ponto de compartilhamento e informatização de informações dos órgãos estatais, dando máxima concretude aos dispositivos constitucionais que determinam a publicidade, informação e transparência desses atos. Para o Ministro Gilmar:

Ao mesmo tempo, os novos processos tecnológicos oportunizaram um aumento gradativo e impressionante da informatização e compartilhamento de informações dos órgãos estatais, que passaram, em grande medida, a serem divulgados na internet, não só como meio de concretização das determinações constitucionais de publicidade, informação e transparência, mas também como propulsão de maior eficiência administrativa no atendimento aos cidadãos e de diminuição dos custos na prestação de serviços.

É o que se vê, por exemplo, com a criação dos Portais de Transparência.

Ademais, a Lei de Acesso à Informação, alvo do artigo 6º-B da Lei nº 13.979/2020, no entender do Min. Gilmar Mendes, representou “um marco revolucionário no que se refere à concretização dos princípios da publicidade e da transparência”. Isto é, materializou-se a proteção do acesso à informação como direito fundamental. Portanto, a publicidade e transparência são asseguradas como a regra, o sigilo como exceção. E desse modo, o sigilo não pode ser exercido ao livre arbítrio da Administração.

Mesmo nas hipóteses constitucionalmente tuteladas, a informação sigilosa será sempre temporária.²⁰ O sigilo eterno das informações é incompatível com o Estado Democrático, sua prática é reservada às ditaduras e regimes totalitários, uma vez que estes regimes não toleram a transparência, fiscalização e controle dos seus atos.

Na visão do Min. Gilmar Mendes, o artigo introduzido pela Medida Provisória 928/2020 acabou por generalizar a negativa do acesso à informação pública. Na mesma linha do que relatou o Min. Alexandre de Moraes em seu voto, a exceção foi transformada em regra. Limitou-se o controle social justamente no momento mais crítico do país, durante o enfrentamento à pandemia do coronavírus.

Percebe-se que essa limitação, assim como qualquer limitação de direitos, deve passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade, ou

²⁰ TAVARES, 2018, p. 378.

seja, ser realizada com base no exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.²¹ A observância da regra da proporcionalidade na restrição de direitos possibilita o respeito aos comandos constitucionais mesmo quando um direito fundamental é limitado, sendo essencial na resolução de conflitos fáticos e jurídicos, ou seja, na manutenção do Estado Democrático, servindo tal regra como vetor de constitucionalidade e solução para a pacificação de conflitos entre direitos fundamentais. Entretanto, conforme ficou definido no julgamento das ADI's, não se identificou o respeito à máxima da proporcionalidade.

Assim, ponderou o Min. Gilmar Mendes:

A negativa generalizada de acesso a informações públicas, além de limitar o controle social em um momento crítico, pode acarretar vícios de nulidade e dar margem a práticas não democráticas. É inequívoco que o controle social efetivo sobre os atos administrativos depende do funcionamento dos mecanismos de transparência”.

Nesse aspecto, há espaço para se fazer um juízo da medida provisória a partir do princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip). Isto é, é possível ao Judiciário examinar a adequação (Geeignetheit) e a necessidade (Erforderlichkeit) do ato legislativo impugnado. (...)

Assim, cabe avaliar no presente caso se o regramento inaugurado pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, na parte em que acrescenta o art. 6º-B à Lei 13.979/2020, é apto a garantir a proteção do direito à informação e dos princípios constitucionais da publicidade e da transparência. (...)

No caso dos autos, pelo menos nesse juízo preliminar, a mim me parece que – da forma como construída a norma impugnada – a amplitude da limitação ao acesso à informação compromete a publicidade dos atos administrativos e a transparência da atuação administrativa, colocando em risco o direito à informação, à publicidade e à transparência (art. 5º, XXXIII, e art. 37 da CF).

Não há como considerar, antecipadamente, que, no período em que perdurar a pandemia internacional, a publicidade das informações deva ficar condicionadas a entraves meramente burocráticos, tais como saber se o servidor estaria em teletrabalho ou não teria acesso aos documentos necessários para responder ao questionamento do cidadão.

²¹ A esse respeito, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2017; ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2017; BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 513.

A constatação de que “não há como considerar, antecipadamente, que, no período em que perdurar a pandemia internacional, a publicidade das informações devam ficar condicionadas a entraves meramente burocráticos”, enseja, *prima facie*, no reconhecimento de que a Medida Provisória analisada não passa pelo exame da proporcionalidade, de tal modo que esta não é nem sequer adequada ao propósito a que se destina, tampouco necessária ou proporcional em sentido estrito.

Aspecto singular no voto do Min. Gilmar Mendes é a concepção de vias alternativas para garantir a continuidade do exercício do direito à informação, sem, contudo, se olvidar dos obstáculos que a pandemia do coronavírus apresenta em relação ao funcionalismo público. Por exemplo, na visão do Ministro, uma solução hipoteticamente viável seria realizar substituição do servidor por outro, aumentando o prazo para resposta, situação essa já prevista pela LAI em seu artigo 11, § 1º, inc. II²².

Utilizar a crise da pandemia como justificativa para restringir o exercício de direitos, sobretudo aqueles essenciais ao pleno exercício da democracia, sem a observância do sistema protetivo-constitucional seria afrontar diretamente a Constituição. Como se posicionou o Min. Gilmar Mendes em seu voto, “o sistema protetivo-constitucional incide em toda e qualquer circunstância”, de tal modo que “as salvaguardas constitucionais não são obstáculos, mas instrumentos de superação dessa crise” [pandemia do coronavírus]. Nessa harmonia, qualquer medida restritiva de direitos, sobretudo quando restringe direitos basilares do Estado Democrático, como se observa no direito ao acesso à informação, deve ser dotada de devida justificativa e proporcionalidade.

Em contexto de crise pandêmica, nas linhas da Min. Carmen Lúcia, o direito à informação possibilita o exercício do direito à saúde, especialmente importante nesse cenário, uma vez que “as pessoas precisam saber, não apenas da administração financeira, mas querem saber da administração no plano da saúde, no plano da educação, no plano, enfim, de todas as políticas públicas”.

²² Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível. § 1º. Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias: (...) II – indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido.

Ressalte-se que, em 10 de abril, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou a Resolução n.01/2020²³ sobre “Pandemia y Derechos Humanos”, com 85 recomendações aos Estados, à luz dos padrões interamericanos e do princípio *pro persona*. A Resolução realça o dever dos Estados a adotarem o enfoque centrado nos direitos humanos em toda estratégia, política ou medida estatal de enfrentamento à pandemia do Covid-19 e suas consequências, com observância à universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação de direitos; à igualdade e não discriminação; à perspectiva de gênero, diversidade e inter-seccionalidade; à inclusão; à *accountability*; ao respeito ao Estado de Direito e ao fortalecimento da cooperação entre os Estados. A Resolução demanda dos Estados que toda e qualquer restrição de direitos e liberdades tenha estrita observância nos princípios da legalidade, proporcionalidade e temporalidade, no sentido de atender as finalidades legítimas de proteger a saúde. Reafirma a importância do funcionamento dos poderes, sobretudo dos procedimentos judiciais idôneos para a proteção de direitos e liberdades, bem como da garantia dos direitos à liberdade de expressão e do acesso à informação, como pilares essenciais ao regime democrático.

Em total consonância com os parâmetros interamericanos, para o Supremo Tribunal Federal a matéria não passou pelo minucioso crivo da máxima da proporcionalidade, uma vez que não se demonstrou adequada ao objetivo a que se destinou. Transformar a exceção do sigilo da informação em regra é uma afronta direta ao texto constitucional, violando o direito à informação e, por consequência, o direito à liberdade de expressão, ofendendo a máxima da proporcionalidade, resultando em ameaça ao pleno exercício da democracia participativa.

Uma vez mais, cabe realçar que jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está em estrita consonância com os padrões interamericanos, em especial com a Opinião Consultiva OC-5/85 da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁴, de 13 de novembro de 1985. A Corte Interamericana reconhece a liberdade de expressão como pedra angular de uma

²³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução nº 01/2020. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas*. 10 abr. 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em 25 jul. 2020.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

sociedade democrática, sendo indispensável para a formação da opinião pública, como também para que qualquer setor da sociedade, exercendo o seu direito à manifestação, possa desenvolver-se plenamente.

Logo, na esteira do entendimento do STF, com respaldo no “*corpus juris interamericano*”, uma sociedade somente poderá ser totalmente livre se bem informada, ou seja, o direito à informação é requisito, condição e pressuposto do regime democrático.

III. O ALCANCE DOS DIREITOS À PRIVACIDADE E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: O CASO DA SUSPENSÃO DE SERVIÇOS DE TROCA DE MENSAGENS E O USO DA CRIPTOGRAFIA NA INTERNET

O avanço da tecnologia transformou profundamente as relações interpessoais. A evolução dos aparelhos celulares possibilitou a utilização de serviços de trocas instantâneas de mensagens. Inicialmente com o serviço de SMS (*Short Message Service*), passando pelo desenvolvimento de aplicativos de troca de mensagens por meio da internet, a vida privada de parcela significativa da população transferiu-se para o âmbito digital, especialmente a partir da popularização dos *smartphones*.

Como apontado pela Ministra Rosa Weber, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5527: “Os aparelhos de telefone móvel guardam muito mais da vida privada e intimidade de seus proprietários do que as portas e paredes, gavetas e armários da residência de cada um deles”.²⁵

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5527²⁶, de relatoria da Ministra Rosa Weber, foi ajuizada pelo Partido da República (PR). Sua importância está na proteção do direito à privacidade no âmbito da internet, inclusive com o uso de criptografia de chave pública.

Julgada em conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403²⁷, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), sob

²⁵ Voto proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5527. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5527voto.pdf>. Acesso em 26 jun. 2020.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5527. Relatora Ministra Rosa Weber. Pendente de julgamento.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403. Relator Ministro Edson Fachin. Pendente de julgamento.

a relatoria do Ministro Edson Fachin, o que se discute na ADI é, fundamentalmente, a constitucionalidade dos artigos 10, § 2º²⁸, e 12, incisos III e IV²⁹, da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada Marco Civil da Internet. Assim como destacado pela Ministra relatora, estes dispositivos são a base legal de decisões judiciais que determinam a suspensão temporária de serviços de troca de mensagens na internet, de modo a sancionar a empresa responsável pelo aplicativo por eventual descumprimento de ordem judicial de disponibilização do conteúdo das comunicações.

Deve-se destacar que, até o presente momento, foram proferidos apenas os votos dos Ministros relatores, uma vez que o Ministro Alexandre de Moraes pediu vista na sessão do Plenário do dia 28 de maio de 2020, suspendendo o julgamento das duas ações.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que pretende a autora, em última análise, “é o reconhecimento da inconstitucionalidade das sanções correspondentes à suspensão temporária das atividades”, bem como a “proibição do seu exercício impostas a empresa responsável por plataforma de comunicação via Internet pelo descumprimento de ordem judicial de disponibilização do conteúdo de mensagens privadas de usuários”. A ADPF, por sua vez, foi ajuizada contra as decisões de bloqueio em si, uma vez que, à luz dos argumentos da autora, a decisão de bloqueio violaria o preceito fundamental da liberdade de comunicação e da proporcionalidade.

Para a análise da medida cautelar, a Min. Rosa Weber levou em consideração as constantes decisões que determinaram o bloqueio de serviços de troca de mensagens:

Já entre 2015 e 2016, em um intervalo de apenas oito meses, o conhecimento do serviço de mensagens instantâneas e chamadas de voz WhatsApp teve

²⁸ Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. (...) § 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

²⁹ Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa: (...) III – suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou IV – proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

suas atividades suspensas três vezes no Brasil – por alguns dias ou algumas horas –, em virtude de decisões judiciais. Em nenhum desses casos, o provedor da aplicação ou sua empresa controladora era réu por violação das obrigações decorrentes do Marco Civil ou qualquer outra obrigação prevista pela legislação brasileira. Em dezembro de 2015, por ordem de um juiz do Estado de São Paulo, em fevereiro de 2016, por um juiz do Estado de Alagoas, e em julho de 2016, por ordem de uma juíza do Estado do Rio de Janeiro.

Houve, ainda, uma ordem de bloqueio em fevereiro de 2015, da Justiça do Piauí, e outra em maio de 2016, por um Juiz de Sergipe, ambas cassadas antes da implementação. O juiz subscriptor dessa última ordem é o mesmo que, em março de 2016, chegara a ordenar a prisão de diretor do Facebook no Brasil, por suposto descumprimento de decisão judicial.

A premissa que sustenta as ordens judiciais de bloqueio de serviços de troca de mensagens, especialmente os serviços do aplicativo WhatsApp, é a de que houve o descumprimento anterior de uma primeira ordem judicial que determinou fornecimento de conteúdo das comunicações trocadas em seus serviços. O enfrentamento dessa questão, de plano, passa necessariamente pelo direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, inclusive por meio do uso de criptografias.

O direito à liberdade de expressão está consagrado em diversos incisos do artigo 5º da Constituição de 1988, dentre eles os incisos V, IX, XIV e XVI.³⁰ O direito à liberdade de expressão, analisado à luz dos ditames constitucionais, não pode ser interpretado de modo reduzido. Trata-se de direito que abarca a liberdade de pensamento, de foro íntimo do indivíduo, mas também a liberdade de externalização dessas emoções e sensações.³¹ Não apenas isso, o direito à liberdade de expressão, enquan-

³⁰ 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: V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

³¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 611.