

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator):

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pelo Procurador Geral da República Augusto Aras contra dispositivos da Resolução 23.714/2022 do Tribunal Superior Eleitoral, editada em 20 de outubro de 2022 com o escopo de dispor sobre o enfrentamento da desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral.

Por ocasião da apreciação do pedido liminar, ponderei que a medida foi intentada a poucos dias do segundo turno das Eleições Gerais de 2022, de modo que se fez preciso adotar postura deferente à competência do TSE, admitindo, inclusive, um arco de experimentação regulatória no ponto do enfrentamento ao complexo fenômeno da desinformação e dos seus impactos eleitorais.

Sob olhar ínsito à cognição exauriente da questão, compreendo que os fundamentos que serviram de guisa à reflexão sobre a normativa impugnada mantêm-se hígidos.

A fim de permitir um maior entendimento quanto aos limites da pretensão, reproduzo o teor da norma tida como inconstitucional:

“Art. 1º. Esta Resolução dispõe sobre o enfrentamento à desinformação atentatória à integridade do processo eleitoral.

Art. 2º. É vedada, nos termos do Código Eleitoral, a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos.

§ 1º Verificada a hipótese prevista no caput, o Tribunal Superior Eleitoral, em decisão fundamentada, determinará às plataformas a imediata remoção da URL, URI ou URN, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a R\$ 150.000,00 (cem e cinquenta mil reais) por hora de descumprimento, a contar do término da segunda hora após o recebimento da notificação.

§ 2º Entre a antevéspera e os três dias seguintes à realização do pleito, a multa do § 1º incidirá a partir do término da primeira hora após o recebimento da notificação.

Art. 3º. A Presidência do Tribunal Superior Eleitoral poderá determinar a extensão de decisão colegiada proferida

pelo Plenário do Tribunal sobre desinformação, para outras situações com idênticos conteúdos, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 2º, inclusive nos casos de sucessivas replicações pelo provedor de conteúdo ou de aplicações.

§ 1º. Na hipótese do caput, a Presidência do Tribunal Superior Eleitoral apontará, em despacho, as URLs, URIs ou URNs com idêntico conteúdo que deverão ser removidos.

§2º A multa imposta em decisão complementar, proferida na forma deste artigo, não substitui a multa aplicada na decisão original.

Art. 4º. A produção sistemática de desinformação, caracterizada pela publicação contumaz de informações falsas ou descontextualizadas sobre o processo eleitoral, autoriza a determinação de suspensão temporária de perfis, contas ou canais mantidos em mídias sociais, observados, quanto aos requisitos, prazos e consequências, o disposto no art. 2º.

Parágrafo único. A determinação a que se refere o caput compreenderá a suspensão de registro de novos perfis, contas ou canais pelos responsáveis ou sob seu controle, bem assim a utilização de perfis, contas ou canais contingenciais previamente registrados, sob pena de configuração do crime previsto no art. 347 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 -Código Eleitoral.

Art. 5º Havendo descumprimento reiterado de determinações baseadas nesta Resolução, o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral poderá determinar a suspensão do acesso aos serviços da plataforma implicada, em número de horas proporcional à gravidade da infração, observado o limite máximo de vinte e quatro horas.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, a cada descumprimento subsequente será duplicado o período de suspensão.

Art. 6º É vedada, desde quarenta e oito horas antes até vinte e quatro horas depois da eleição, a veiculação paga, inclusive por monetização, direta ou indireta, de propaganda eleitoral na Internet, em sítio eleitoral, em blog, em sítio interativo ou social, ou em outros meios eletrônicos de comunicação da candidata ou do candidato, ou no sítio do partido, federação ou coligação(art. 7º da Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009).

§ 1º Verificado descumprimento da vedação a que se refere o caput, o Tribunal Superior Eleitoral, em decisão fundamentada, determinará às plataformas a imediata remoção da URL, URI ou URN, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a R\$ 150.000,00 (cem e cinquenta mil reais) por hora de descumprimento, a contar do término da primeira hora após o recebimento da notificação.

§ 2º O descumprimento do disposto no caput configura realização de gasto ilícito de recursos eleitorais, apto a determinar a desaprovação das contas pertinentes, sem prejuízo da apuração do crime previsto no art. 39, § 5º, inciso IV, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997.

Art. 7º. O disposto nesta Resolução não exclui a apuração da responsabilidade penal, do abuso de poder e do uso indevido dos meios de comunicação.

Art. 8º Fica revogado o art. 9º-A da Resolução TSE nº 23.610, de 2019.

Art. 9º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação”.

De início, ratifico a conclusão de que o Tribunal Superior Eleitoral não exorbitou o âmbito da sua competência normativa, conformando a atuação do seu legítimo poder de polícia incidente sobre a propaganda eleitoral. Deve-se prestigiar a autoridade eleitoral no exercício de sua atribuição normativa de extração constitucional.

Cumpre ainda divisar que a norma impugnada recai sobre a disseminação de informações falsas através de mídias virtuais e *internet*, não se tratando de quadro normativo cujas pretensões sejam as de reger a mídia tradicional e outros veículos de comunicação.

Ocorre que, sabidamente, em caso de “*fake news*” veiculadas por meio da internet, há um vácuo e um descompasso entre a ciência do fato e a remoção do seu conteúdo (*notice and take down*). Desse modo, perfis falsos podem amplificar o alcance de desinformação, em nítido abuso de poder. Enquanto o tempo de reação é curto, o potencial estrago à integridade do processo eleitoral é incomensurável.

Feita essa digressão a título de delimitação do objeto desta lide, passo a firmar algumas premissas que alicerçam este *decisum* e, a meu sentir, norteiam a compreensão mais ampla sobre o tema.

Uma sociedade livre: eis o que, na expressa previsão da Constituição, em seu inciso II do artigo 3º, constitui objetivo fundamental

da República Federativa do Brasil. A liberdade vem em primeiro lugar, nada obstante, em igual patamar de dignidade jurídica estão a justiça e a solidariedade.

Por meio de seus representantes constituintes, o povo brasileiro instituiu um Estado democrático, como anuncia o preâmbulo constitucional, *destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade* (esta, aqui também, em primeiro lugar), como também a *segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social*.

É nessa linha que o próprio texto constitucional garante o pluralismo político (inciso V, do artigo 1º) com o fundamento do Estado Democrático de Direito. Por isso mesmo, é direito e garantia fundamental a livre manifestação do pensamento (inciso IV, do artigo 5º), e é *livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença* (inciso IX do mencionado artigo).

Também é a liberdade que, nos termos do art. 17 da CRFB, propicia a *criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana*.

Sendo, portanto, a liberdade valor normativo estruturante e vinculante, o seu respectivo exercício, no pleito eleitoral, deve servir à normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico (§ 9º do artigo 14 da Constituição da República).

Portanto, uma eleição com influência abusiva do poder econômico não é normal nem legítima, vale dizer, não é livre nem democrática. Quando essa abusividade se materializa no regime da informação, recalando a verdade e compondo-se de falsos dados e de mentiras construídas para extorquir o consentimento eleitoral, a liberdade resta aprisionada em uma *caverna digital*, supondo-se estar em liberdade; porém, não é livre o agrilhado na tela digital e esses novos prisioneiros da caverna platônica “*estão inebriados pelas imagens mítico-narrativas*”, conforme nos alerta o professor Byung-Chul Han, da Universidade de Berlim (HAN, Byung-Chul. *Infocracia: digitalização e a crise da democracia*. Petrópolis, Vozes, 2022, p. 106).

Nesse contexto de uma sociedade pós-factual, dissociada do compromisso com a facticidade, é a produção de fatos criados que produz dominação, vigilância e submissão; paradoxalmente, acresce o citado professor Byung-Chul Han, “é o sentimento de liberdade que

assegura a dominação” (p. 13), aduzindo ainda:

“Desse modo, *fake news*, notícias falsas, geram mais atenção do que fatos. Um único *tuíte* que contenha *fake news* ou fragmentos de informação descontextualizadas é possivelmente mais efetivo do que um argumento fundamentado”.

O referido autor segue explicitando que quando “exércitos de *trolls* intervêm nas campanhas eleitorais ao propagarem *fake news* e teorias conspiratórias calculadas”, “*bots* sociais, contas-*fake* autônomas nas mídias sociais, se passa por pessoas de verdade e postam, *tuítam*, *curtem* e *compartilham*”, quando, ainda, propagam *fake News*, *calúnias* e *comentários de ódio*”, e também quando “os eleitores ficam expostos inconscientemente a essa influência”, a conclusão é a de que “a democracia está em perigo” (Ob. cit., p. 42-3).

Em suma, a normalidade das eleições está em questão quando a liberdade se converte em ausência de liberdade, porquanto desconectada da realidade, da verdade e dos fatos. Esse exercício abusivo coloca em risco a própria sociedade livre e o Estado de Direito democrático.

Não há Estado de Direito nem sociedade livre numa democracia representativa que não preserve, mesmo com remédios amargos e limítrofes, a própria normalidade das eleições.

A liberdade de expressão não pode ser a expressão do fim da liberdade. Não se trata de proteger interesses de um estado, organização ou indivíduos, e sim de resguardar o pacto fundante da sociedade brasileira: a democracia por meio de eleições livres, verdadeiramente livres. Não se trata de juízo de conveniência em critérios morais ou políticos, e sim do dever de agir para obstar a aniquilação existencial da verdade e dos fatos, sob pena da democracia e da verdade decaírem “*em poeira de informação levada pelo vento digital*” (Ob. cit., p. 107).

Estabelecidas essas ideias nucleares, passando a endereçar o cerne dos pedidos formulados, recobro as lições de José Jairo Gomes no sentido de que as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral possuem *força de lei*, explicitando-se, a propósito disso, que:

“As instruções e demais deliberações de caráter normativo do Tribunal Superior Eleitoral são veiculadas em Resolução. Esta é compreendida como o ato normativo emanado de órgão

colegiado para regulamentar matéria de sua competência. A Resolução apresenta natureza de *ato-regra*, pois, conforme esclarece Bandeira de Mello, cria situações gerais, abstratas e impessoais, modificáveis pela vontade do órgão que a produziu". (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 17ª ed. Atlas, 2021, p. 100).

Consoante tal orientação doutrinária e precedentes firmados no julgamentos das ADIs de nº. 4583 e 5104, dentre outras, reconheço a possibilidade de questionamento da Resolução do TSE por meio desta ação direta.

Isso posto, cumpre indagar se o ato normativo atacado colide com as regras e princípios da Constituição da República, invadindo hipoteticamente o que seria uma competência federal legislativa reservada para o tema do direito eleitoral, nos termos do art. 22, I, da CRFB. E a resposta, aqui, é negativa.

O exercício das competências legislativas deve ser compreendido à luz do conjunto das disposições constitucionais, as quais estabelecem as balizas não só para o exercício da atividade legiferante propriamente dita, mas também para o exercício das competências regulamentares. Vale dizer, a axiologia constitucional deve informar a compreensão dos limites, extensão e as finalidades que devem ser atendidos no afazer de efetivar a Constituição.

Ocorre que as normas regulamentares não significam a mera replicação da disciplina legal, devendo amoldar-se aos seus contornos mais amplos e estruturantes. Em verdade, o direito administrativo e regulatório pauta-se, cada vez mais, por postulados de autonomia e autorregulação, as quais são exercidas a partir da Constituição da República.

Não se desconhece, tal qual argumentado pela autora, que a regulação da propagação de notícias falsas é objeto de atenção do Congresso Nacional. E é imperioso que assim o seja. O tratamento regulatório que ora se coloca sob espacialidade e temporalidade muito próprias não prescinde da observância de eventual produto decorrente da deliberação aprofundada do parlamento.

Nada obstante, os projetos que se mencionam em tramitação não tiveram sua deliberação concluída e não integram, até o presente momento, o arcabouço normativo vigente sob o qual a Resolução deve ser escrutinada.

A Resolução ora impugnada, diferentemente do alegado na inicial, não vedou a veiculação paga de propaganda eleitoral em desatenção à exceção estabelecida pelo artigo 7º da Lei 12.034/17, senão voltou-se a regular a propagação a propagação de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do pleito eleitoral.

Ademais, não se pode perder de vista a noção de que a comunicação via internet submete-se a uma disciplina jurídica distinta daquela aplicável às propagandas políticas via internet, não sendo cabível a confusão entre as duas esferas e conceitos.

Justamente em virtude dessa dissociação, no exercício legítimo do seu poder regulamentar, a Resolução nº. 23.610/2019 já tratou de reger a temática da desinformação, avançando e minudenciando o ponto em relação às leis eleitorais em sentido estrito, afinal se desconhecia o fenômeno das “fake news” ao tempo da redação originária da Lei Geral das Eleições (Lei nº. 9504, de 1997). Confira-se, portanto, o teor da citada Resolução nº. 23.610:

“Da Desinformação na Propaganda Eleitoral

Art. 9º A utilização, na propaganda eleitoral, de qualquer modalidade de conteúdo, inclusive veiculado por terceiras(os), pressupõe que a candidata, o candidato, o partido, a federação ou a coligação tenha verificado a presença de elementos que permitam concluir, com razoável segurança, pela fidedignidade da informação, sujeitando-se as pessoas responsáveis ao disposto no art. 58 da Lei nº. 9.504/97, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal.

Art. 9º-A. É vedada a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos, devendo o juízo eleitoral, a requerimento do Ministério Público, determinar a cessação do ilícito, sem prejuízo da apuração de responsabilidade penal, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação”.

Notadamente, portanto, antes da Resolução que ora se busca atacar, na alçada que é própria do TSE, instituiu-se uma moldura normativa capaz de frear o que se denomina, em linguagem corrente, como “fake

news".

E o contexto que demandou maior precisão metodológica para tratamento dessa situação vem bem descrito nas informações prestadas pela Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, apontando (eDoc 39): "*a) crescimento de 1.671% (mil seiscentos e setenta e um por cento) no volume de denúncias de desinformação encaminhadas às plataformas digitais, em comparação com as eleições de 2020, sendo que cerca de 47% (quarenta e sete por cento) dos apontamentos surgiram no breve período de doze dias após o final de semana das eleições; b) necessidade de publicação mais de 130 (cento e trinta) novas matérias com desmentidos e esclarecimentos sobre casos de desinformação grave que ganharam ampla visibilidade após o primeiro turno de votação; e c) recebimento de uma média diária de 506 denúncias de desinformação contra as eleições, o que corresponde a um aumento de 992% na taxa de apontamentos normalmente tratada no âmbito da Assessoria Especial de Enfrentamento à Desinformação*".

A disseminação de notícias falsas, no curto prazo do processo eleitoral, pode ter a força de ocupar todo espaço público, restringindo a livre circulação de ideias. A notícia falsa, ou seja, aquela que é transmitida sem a menor condição de embasar uma opinião sobre a sua probabilidade de certeza, desde que tenha aptidão para interferir no processo eleitoral, deve ser combatida. Não deve grassar o uso intencional de mentiras, informações vagas, incompletas e falsas com o objetivo de manipular os consumidores da notícia ou mensagem.

Apresentando conceituação desse fenômeno da desinformação, faço referência à compreensão de Romy Jaster e David Lanius, para quem "*(...) as fake news caracterizam-se por duas deficiências: falta verdade e veracidade. Mais especificamente, notícias falsas são falsas ou enganosas (falta de verdade) e são propagadas com a intenção de enganar ou uma desrespeito pela verdade (falta de veracidade)*". (JASTER, Romy; LANIUS, David. *What Is Fake News?*, ano 2018).

Especificamente tendo em vista o contexto fático e normativo do Brasil, trago a definição de Aline Osório, para quem:

"Pode-se, em síntese, tratar como desinformação todo conteúdo falso, inexato, descontextualizado, enganoso ou de qualquer modo manipulado, que seja produzido ou distribuído de maneira deliberada para causar danos (para as pessoas, instituições ou outros bens de grande relevância como a saúde pública, a ciência e a educação) ou gerar proveitos (econômicos,

políticos ou sociais).” (OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. 2 ed. Belo Horizonte, 2022, p. 220).

Rememore-se que, nos debates havidos a propósito do julgamento da medida cautelar na Tutela Provisória Antecedente nº. 39, tanto em voto que proferi quanto na manifestação do e. Ministro Gilmar Mendes constaram ponderações no sentido de que o TSE não inovou na esfera jurídica ao punir quem deliberadamente utiliza-se do recurso às *fake news*.

Naquela decisão, decretou-se que não existe um tal direito fundamental de propagar notícias falsa ou coisa que o valha, senão vejamos alguns excertos dos votos em questão:

“Isto posto, parece-me evidente que não prospera a alegada violação a direito fundamental quando se está diante da propagação de discurso contrário à democracia. O silêncio deste Supremo Tribunal Federal diante de tal prática, ao meu modo de ver, configuraria em grave omissão inconstitucional e em descumprimento de suas nobres atribuições.

A existência de um debate livre e robusto de ideais, ainda que intenso e tenso, não compreende salvo conduto para agir, falar ou escrever afirmações notoriamente, sabidamente falsas ou que só visam tumultuar o processo eleitoral.

Assim, às vezes é necessário repetir o óbvio, não existe direito fundamental a atacar à democracia a pretexto de se exercer qualquer liberdade, especialmente a liberdade de expressão. A lealdade à Constituição e ao regime democrático é devida a todos, sobretudo aos agentes públicos que só podem agir respeitando-a. Não se deve confundir o livre debate público de ideias e a livre disputa eleitoral com a autorização para disseminar desinformação, preconceitos e ataques à democracia.

Além disso, cumpre ressaltar que o próprio STF há tempos vem reconhecendo a importância da internet e, em especial, das redes sociais, para o equilíbrio do debate eleitoral, portanto, tratando-se de debate instalado no Supremo Tribunal Federal e na Corte Eleitoral, não há que se falar em inovação e ineditismo da decisão do TSE. Não é de hoje que lá e aqui, que se afirma que não há liberdade de expressão, nem imunidade parlamentar, que ampare a disseminação de informações falsas. Não há que se falar, portanto, com a devida vênia, em inovação jurisprudencial a respeito dessas temáticas”. **(Trecho de voto**

que proferi na TPA-39, grifos acrescentados).

“E essa compreensão, além de não ter sido objeto de jurisprudência contundente a rechaçá-la, tampouco constitui novidade no exercício da jurisdição eleitoral. **Basta observar o acórdão do REspe 3102 (DJe de 27/06/2019), relativo às eleições de 2016, quando o Tribunal Superior Eleitoral expressamente assentou que o uso indevido de meios de comunicação social abrange a internet.** Confira-se, a propósito, trecho do voto do Min. Admar Gonzaga: (...)

Ademais, **é importante afastar a heurística de que, até 2018, a Corte Superior Eleitoral desconhecia a relevância da internet nas campanhas – ainda no ano de 2017, o TSE editou a Resolução nº 23.551, que dispunha, entre outros, sobre o uso da internet para propaganda eleitoral.** O art. 25, § 2º, da referida Resolução, por exemplo, dispunha que a Justiça Eleitoral poderia “determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais”. A mesma resolução dispõe até mesmo sobre a retirada de conteúdo em redes por determinação da própria Justiça Eleitoral. Destaca-se o teor do art. 33 da Resolução: (...)

Dessa forma, descabe afirmar que a jurisprudência do TSE desconsiderava por completo a possibilidade de o uso indevido de meio comunicacional se configurar por meio da internet ou de redes sociais. Retornando à análise do caso em tela, saliento, a propósito, que o voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, em momento algum, reconhece a existência de viragem jurisprudencial; tem-se apenas a constatação da complexidade do problema com a alusão a inúmeros precedentes que respaldam sua conclusão. Esse contexto não permite inferir, em exame preambular próprio das tutelas provisórias de urgência, a concretização de modificação do entendimento da Justiça Eleitoral, apta a frustrar expectativas legítimas de candidatos ou eleitores. Pelo contrário, os próprios recorrentes – e, com a devida vênia, o eminente Ministro Relator – não colacionaram precedentes cuja fundamentação exclua a internet e as redes sociais do rol de meios de comunicação. Houve apenas a alusão a julgados que, em eleições anteriores,

enquadraram rádio, televisão e jornais nessa categoria, sem afastar expressamente a internet”. (**Trecho de voto do e. Min. Gilmar Mendes na TPA-39, grifos acrescentados**).

No âmbito do processo eleitoral, as regras constitucionais são constitutivas do jogo democrático, o qual, ainda que duro e acirrado, deve respeitar alguns princípios, tais como a igualdade política entre os cidadãos, a igualdade de oportunidades ou paridade de armas aos candidatos e partidos, a legitimidade do processo eleitoral, a liberdade de expressão político-eleitoral.

E, na linha de compreensão adotada em outros precedentes, tenho por certo que tal direito não se confunde com o de liberdade de informação, encartado no art. 5º, XIV, da Constituição da República. Os direitos possuem regimes distintos. A liberdade de expressão não pode ser exercida a partir de mentiras e realidade não partilhável, pois assim ela se constitui em óbice ao direito coletivo e individual de terceiros à informação verdadeira.

Em suma, as liberdades de informação, imprensa e expressão, possuem um sentido substancial e devem ser exercidas numa esfera pública livre da circulação tóxica e indiscriminada de informações falsas.

Nessa ordem de ideias, considerando os limites do direito à liberdade de expressão, no voto que proferi na citada ADPF nº. 572, defendi que *“os limites à liberdade de expressão estão em constante conformação e, penso, demandarão ainda reflexão do Poder Legislativo e do Poder Judiciário e, especialmente, dessa Corte, no tocante ao que se denomina atualmente de “fake news”. Como observou o Justice Kennedy, no caso Packingham v. North Carolina, as mídias sociais são as “novas praças públicas”. Nesse contexto de confusão informacional em que a manifestação se automatiza, não há mais propriamente sujeitos de direito, mas algoritmos ecoando inadvertidamente uma informação sem respaldo na lógica do hipertexto”*.

Especifiquei, ainda naquela oportunidade, que *“mesmo com a preponderância que a liberdade de expressão assume em nosso sistema de direitos, e de sua “posição de preferência” [preferred position], seu uso em casos concretos pode se tornar abusivo. Neste sentido, podem-se agregar ao exercício legítimo da liberdade de expressão alguns condicionantes que balizem a aferição de responsabilidades civis e penais. A evolução dos variados sistemas de proteção dos direitos humanos, ao lado das tendências dominantes de práticas estatais sugerem que a restrição à liberdade de expressão deve ser permeada por alguns subprincípios”*.

Não de outro modo, a fim de despoluir a esfera pública de informações corrosivas dos pilares democráticos, durante o já aludido julgamento do referendo na medida cautelar na Tutela Provisória Antecedente nº. 39, este Supremo Tribunal Federal validou o entendimento firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral acerca da gravidade da circulação de desinformação sobre o processo eleitoral, reafirmando a sua confiança naquela Justiça Especializada. Transcrevo, no ponto, o voto de Sua Excelência, o Relator do Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603975-98, Ministro Luís Felipe Salomão, à época integrante do TSE:

“É essencial salientar o papel extremamente relevante da Justiça Eleitoral para a manutenção e a garantia do Estado Democrático de Direito em nosso País.

A Constituição Federal enuncia, já no caput de seu art. 1º, que “[a] República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Tal como previsto no art. XXI da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e no art. 25, b, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (promulgado no Brasil por meio do Decreto 592/92), assegura-se a todo cidadão o direito “de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores”. Nesse contexto, José Jairo Gomes ensina que “para que esse regime se concretize, é preciso que exista um sistema eleitoral confiável, que confira segurança e legitimidade ao exercício da democracia e capte imparcialmente a vontade do povo” (Direito Eleitoral. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020, p. 77). Diogo Rais et al, por sua vez, esclarecem que “[o] escrutínio normal e legítimo é aquele no qual candidatos, partidos, coligações e demais atores do jogo eleitoral respeitam todas as regras e procedimentos legais, e no qual há busca para garantir a todos os candidatos a equiparação de armas e a igualdade de oportunidades para que, assim, o eleitor possa fazer a melhor escolha” (Direito Eleitoral Digital. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020, p. 25). Diante desse arcabouço jurídico e nesse panorama de ideias, cumpre à Justiça Eleitoral o múnus de organizar as etapas necessárias para que se realizem eleições transparentes, equânimes e com segurança.

Como tenho destacado ao longo de minha passagem por esta Corte, esse papel tem sido desempenhado há décadas com esmero, consolidando a curva ascendente da Justiça Eleitoral como instituição chave para a democracia, seja organizando as eleições ou, na seara jurisdicional, intervindo pontualmente nos casos concretos que revelem afronta aos aludidos pilares”.

O aludido precedente da Corte Eleitoral bem explicita que o fundamento normativo normativo para a atuação do TSE na regulação das “*fake news*” está no art. 22, I, “b” e “c”, e III, da Lei Complementar nº. 64/90. Não se trata de discurso de campanha ou de simples propaganda irregular, para os quais há direito de resposta previsto na LGE, mas sim de verdadeiro abuso de poder, que pode ser acionado de modo massivo e anonimizado, ao arripio da fiscalização eleitoral.

Enfim, por todo esse plexo de razões, compreendo que o direito à liberdade de expressão pode ceder, em concreto, no caso em que ela for usada para erodir a confiança e a legitimidade da da lisura político-eleitoral. Trata-se de cedência específica, analisada à luz da violação concreta das regras eleitorais e não de censura prévia e anterior.

Conforme, já assentado por este Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades e pelo Tribunal Superior Eleitoral, não se pode utilizar de um dos fundamentos da democracia, a liberdade de expressão, para atacá-la. O sistema imunológico da democracia não permite tal prática parasitária que deverá ser sempre coibida à luz das práticas concretas que visam atingir a integridade do processo eleitoral. A restrição de práticas atentatórias à dinâmica eleitoral é coibida por outras instituições, como se pode extrair de atuação do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, o qual afirmou que “não há espaço no discurso público para mentiras e informações falsas para fraudar o direito dos cidadãos de livremente exercer seu voto”. (Ver Justice News. *Social Media Influencer charged with election interference stemming from voter disinformation campaign*. Disponível em: www.justice.gov., 27.01.2021).

Em igual sentido, ressaltando que eventual restrição se dará à luz do caso concreto, cito lição do constitucionalista Daniel Sarmento:

“As manifestações de natureza política integram o núcleo duro da liberdade de expressão. A democracia pressupõe que haja ampla possibilidade de que candidatos, partidos, eleitores e imprensa defendam ideias e projetos, veiculem informações relevantes e exerçam a crítica sobre a vida pública e as

propostas de políticos, inclusive de forma irônica ou contundente. Não obstante, limites podem ser impostos à liberdade de expressão também nesta seara, visando à promoção de outros objetivos constitucionais, também ligados democracia, como a redução do poder econômico ou político nas eleições e a promoção da igualdade de chances entre candidatos e partidos”. (SARMENTO, Daniel. Comentários à Constituição do Brasil., Coord. J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo W. Sarlet e Lênio Luiz Streck. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. ano 2018, p. 268).

Ainda, sobre a não absolutização do direito à liberdade de expressão, constam reiterados precedentes desta Corte:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – QUEIXA-CRIME – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA A JORNALISTA – DELITO DE INJÚRIA (CP, ART. 140) – RECONHECIMENTO, NO CASO, PELO COLÉGIO RECURSAL, DA OCORRÊNCIA DE ABUSO NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE OPINIÃO – DECISÃO DO COLÉGIO RECURAL QUE SE APOIOU, PARA TANTO, EM ELEMENTOS DE PROVA (INCLUSIVE NO QUE CONCERNE À AUTORIA DO FATO DEITUOSO) PRODUZIDOS NO PROCESSO PENAL DE CONHECIMENTO – PRETENDIDA REVISÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO DEPENDENTE DE EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA, INSUSCETÍVEL DE ANÁLISE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO (SÚMULA 279/STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição, destacando-se, entre essas, aquela que consagra a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal. – A Constituição da República não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria), pois a liberdade de expressão não traduz franquia

constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental. Doutrina. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o apelo extremo, deve fazê-lo com estrita observância do conjunto probatório e da situação fática, tais como reconhecidos, soberanamente (RTJ 152/612 – RTJ 153/1019 – RTJ 158/693, v.g.), inclusive quanto à autoria do fato delituoso, pelo órgão judiciário “a quo”, a significar que o quadro fático-probatório pautará, delimitando-a, a atividade jurisdicional da Corte Suprema em sede recursal extraordinária. Precedentes. Súmula 279/STF”. (ARE 891647 ED, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15.09.2015).

“EMENTA Ação originária. Fatos incontroversos. Dispensável a instrução probatória. Liberdade de expressão limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem, cuja violação gera dano moral. Pessoas públicas. Sujeição a críticas no desempenho das funções. Limites. Fixação do dano moral. Grau de reprovabilidade da conduta. Fixação dos honorários. Art. 20, § 3º, do CPC. 1. É dispensável a audiência de instrução quando os fatos são incontroversos, uma vez que esses independem de prova (art. 334, III, do CPC). 2. Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem. 3. As pessoas públicas estão sujeitas a críticas no desempenho de suas funções. Todavia, essas não podem ser infundadas e devem observar determinados limites. Se as acusações destinadas são graves e não são apresentadas provas de sua veracidade, configurado está o dano moral. 4. A fixação do quantum indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta. 5. A conduta do réu, embora reprovável, destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta. 6. A extensão do dano é média, pois apesar de haver publicações das acusações feitas pelo réu, foi igualmente publicada, e com destaque (capa do jornal), matéria que inocenta o autor, o que minimizou o impacto das ofensas perante a sociedade. 7. O quantum fixado pela sentença (R\$ 6.000,00) é razoável e adequado. 8. O valor dos honorários, de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, está em conformidade com os critérios estabelecidos pelo art. 20, § 3º,

do CPC. 9. O valor dos honorários fixados na reconvenção também é adequado, representando a totalidade do valor dado à causa. 10. Agravo retido e apelações não providos". (AO 1390, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 12.05.2011).

Rejeito, por fim, a alegação do PGR de que há censura por parte do TSE. Nota-se, nesse particular, que o controle judicial previsto pela Resolução é exercido *a posteriori* e a sua aplicação é restrita ao período eleitoral.

Por outro lado, não há aparente afronta à Lei nº. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), pois não se cogita, na norma impugnada, de suspensão de provedores e serviços de mensageria, mas sim de controle de perfis, canais e contas, cujas publicações possam "atingir a integridade do processo eleitoral", cláusula pétrea da CRFB. **Não há - nem poderia haver - imposição de censura ou restrição a nenhum meio de comunicação ou a linha editorial da mídia impressa e eletrônica.** O que se busca coibir é a utilização de *persona* virtual, a ocultação através de redes sociais, de modo a que este lócus sirva para a disseminação de informações falsas que podem impactar as eleições e a integridade do processo eleitoral.

Resta claro, portanto, que não há de se falar em censura, prática expressamente vedada pela Constituição da República nos artigos 5, IX e 220, § 2º, e por este Supremo Tribunal Federal em diversas situações.

No que pertine à delegação da decisão à Presidência do TSE para decisão de casos idênticos, exsurge que se trata aparentemente de medida que amplia a espacialidade do poder geral de cautela, conferindo celeridade à decisão de casos **idênticos** já analisados pelo colegiado. A magnitude nova e desconhecida das "*fake news*" recomenda, como adiantei, medidas que podem vir a conferir outro desenho às respostas judiciais.

Eventuais especificidades e situações que se entenda tenham desbordado desse limite, de replicação a casos idênticos, deverá ser aviada a tempo e modo oportunos, pelas vias próprias.

Registro, por fim, que a norma atacada em nada viola as prerrogativas do Ministério Público, porquanto a Resolução preserva a inércia da jurisdição, facultando e não impondo, que o Ministério Público fiscalize práticas de desinformação.

À guisa de conclusão, reitero que a competência normativa do TSE é admitida pela Constituição e foi exercida nos limites de sua missão institucional e de seu poder de polícia, considerada sobretudo a ausência

de previsão normativa constante da Lei Geral das Eleições em relação à reconhecida proliferação de notícias falsas com aptidão para contaminar o espaço público e influir indevidamente na vontade dos eleitores. Em qualquer cenário, diferentemente do quanto defendido na petição inicial, a proporcionalidade das medidas e multas poderá seguir avaliada e sopesada pelos juízes responsáveis.

Não reputo, portanto, estar eivada de inconstitucionalidade a Resolução impugnada. O **ato não atinge o fluxo das mídias tradicionais de comunicação** - nem caberia fazê-lo -, tampouco proíbe todo e qualquer discurso, mas apenas aquele que, por sua falsidade patente, descontrola e circulação massiva, atinge gravemente o processo eleitoral.

Ante o exposto, voto por, ratificando os termos da decisão que indeferiu o pedido de medida cautelar, julgar improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Em vista do referendo da cautelar pelo Plenário desta Corte e do julgamento de mérito ora proferido, fica prejudicado o Agravo Regimental interposto no eDoc 7.

É como voto.