

## VOTO-VOGAL

### O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Senhora Presidente, acolhendo o escoreito relatório elaborado pelo eminente Ministro Edson Fachin, permito-me apenas rememorar brevemente que estamos a analisar referendo à decisão monocrática da lavra de Sua Excelência que indeferiu a medida cautelar postulada no bojo da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, em face do art. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º; arts. 3º, *caput*, 4º, 5º, 6º e 8º, todos da Resolução nº 23.714, de 2022, do Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe sobre o enfrentamento à desinformação atentatória à integridade do processo eleitoral.

2. Em apartada síntese, alega o Procurador-Geral da República que os dispositivos impugnados: **i)** malfeririam as liberdades de expressão e de informação, as quais ganham relevância ainda mais superlativa durante o processo eleitoral, pontuando, nesse particular, entendimento segundo o qual “[a] abertura crítica inerente às disputas eleitorais alarga os limites ordinariamente aceitáveis, prestigiando o exercício da democracia” ; **ii)** afrontam a legalidade e usurpam a competência legislativa da União para dispor sobre processo eleitoral; **iii)** afiguram-se desproporcionais e irrazoáveis no que tange aos parâmetros para arbitramento da multa por não remoção de conteúdo; **iv)** maculam o devido processo legal, ao preverem a possibilidade de ampliação do alcance de decisão colegiada do Tribunal Superior Eleitoral por ato da presidência da corte; **v)** violam as prerrogativas do Ministério Público ao permitirem ao TSE verificar, de ofício, independentemente de provocação do *parquet* ou de qualquer interessado, a ocorrência da hipótese de “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”.

3. Ao indeferir a medida cautelar, o ilustre Relator alicerçou-se em premissa que conforma sentido à liberdade de expressão a partir de dimensão instrumental, na medida em que, enquanto “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)”.*

4. Com base em tal compreensão, interrelacionando a própria higidez do processo eleitoral contemporâneo à necessidade de combate, através de meios adequados, ao fenômeno da desinformação, conclui 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 lisura político eleitoral. Ainda segundo Sua Excelência, [t]rata-se de cedência específica, analisada à luz da violação concreta das regras eleitorais e não de censura prévia e anterior”*.

5. Rechaça-se, outrossim, a alegação de usurpação de competência, afirmando-se que *“a competência normativa do TSE é admitida pela Constituição e foi, ao que consta neste momento processual, exercida nos limites de sua missão institucional e de seu poder de polícia, considerada sobretudo a ausência de previsão normativa constante da LGE em relação à reconhecida proliferação de notícias falsas com aptidão para contaminar o espaço público e influir indevidamente na vontade dos eleitores”*. Quanto à aventada irrazoabilidade da multa prevista no normativo inquinado, pondera que *“diferentemente do quanto defendido na petição inicial, a proporcionalidade das medidas e multas poderá seguir avaliada e sopesada pelos juízes responsáveis”*.

6. Em face de tal decisão, foi interposto agravo regimental pela Procuradoria-Geral da República.

**Brevissimamente sumariada a controvérsia, passo a me manifestar.**

7. De início, rememoro entendimento já manifestado em outras oportunidades quanto aos contornos peculiares que particularizam o exame de medidas cautelares em ações de controle abstrato de constitucionalidade.

8. Na esteira do que pontuado no âmbito da ADI nº 7.222/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 19/09/2022; e das ADIs nº 6.119/DF, 6.139/DF e 6.466/DF, todas de relatoria do Min. Edson Fachin, j. 21/09/2022; a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis, além das demais peculiaridades que revestem o próprio exercício da Jurisdição Constitucional em sua

integralidade, fizeram com que, nas palavras do atual decano, eminente Ministro Gilmar Mendes, fosse “consolidado na jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal” o entendimento segundo o qual “faz-se mister, para a concessão de medida liminar, que, ao lado da plausibilidade jurídica do pedido, possa o Tribunal fazer, igualmente, um juízo positivo sobre a conveniência da suspensão da vigência da norma questionada ” ( ADI nº 3.401-MC/SP , Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03/02/2005, p. 03/06/2005).

9. Especificamente na seara eleitoral, em oportunidade recente no âmbito de caso relacionado à Res. TSE nº 23.669, de 2021, que versa sobre a observância por parte de todas as unidades da federação ao horário oficial de Brasília, ao não conhecer da ADI nº 7.062/DF, de minha relatoria, j. 10/09/2022, p. 12/09/2022, apresentei razões de decidir com igual deferência ao Tribunal Superior Eleitoral:

“21. Sendo assim, não vislumbro ofensa direta a dispositivo constitucional, uma vez que a pretensão cinge-se à discordância de interpretação da legislação eleitoral. Cuida-se, portanto, de controle de legalidade do poder regulamentar da Justiça Eleitoral (...) Logo, não houve opção constituinte prévia sobre o horário de votação no prélio eleitoral.

22. Mesmo que assim não fosse, a decisão interpretativa do TSE, na fiel execução da lei (arts. 1º, parágrafo único, e 23, inc. IX, do Código Eleitoral, c/c o art. 105 da Lei das Eleições) não refoge à razoabilidade. Da leitura do art. 144 do Codex, não é possível extrair-se opção do Legislador em favor de um ou de outro referencial de fuso horário. Desse modo, a meu sentir, cabe à jurisdição constitucional deferência à instância decisória dotada de expertise para a organização e realização das eleições.”

10. O faço, sobretudo porque, sem antecipar qualquer juízo de adequação em relação ao demais dispositivos inquinados, circunstanciarei a presente manifestação àqueles que, dada a superlativa relevância dos princípios e valores potencialmente vilipendiados, **inclinam-me, neste primeiro exame – com a mais elevada e respeitosa vênia – a divergir parcialmente do ilustre Relator. Antecipo, portanto, que este voto caminhará pelo referendo parcial da medida cautelar ora submetida a referendo.**

11. Nessa ordem de ideia, centro-me, nesse momento processual, no exame dos artigos 4º e 5º da Resolução vergastada. Eis o teor dos aludidos dispositivos:

*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.*

12. Trata-se, portanto, de previsões que autorizam, nos casos em que configurada a respectiva hipótese de incidência normativa, **i) a “ determinação de *suspensão temporária de perfis, contas ou canais mantidos em mídias sociais* ” (art. 4º); e ii) “ 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 ”.** (grifei)

13. Pois bem. Quanto à previsão de “ *suspensão temporária de perfis, contas ou canais mantidos em mídias sociais* ” , não se verifica paralelo com a aludida medida em qualquer diploma normativo editado pelo Legislador. Já em relação à possibilidade de se decretar a suspensão do acesso aos serviços de plataforma digital implicada em eventual descumprimento reiterado de determinações baseadas na Resolução inquinada, vislumbra-se a existência de previsão que guarda algum grau de semelhança no art. 12, III, da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet.

14. Por clareza, reproduzo o teor da referida norma:

*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;*

15. Registra-se que o aludido dispositivo congêneres é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.527/DF, Rel. Min. Rosa Weber e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403/SE, Rel. Min. Edson Fachin, as quais tiveram julgamento iniciado na sessão plenária do dia 27/05/2020, tendo a sua continuidade suspensa em razão de pedido de vista do eminente Ministro Alexandre de Moraes.

16. Naquela assentada, ao interpretar o citado art. 12, III, além do art. 7º, II, ambos do Marco Civil da Internet, o eminente Ministro Edson Fachin manifestou-se pela procedência da arguição, *“para declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto tanto do inciso II do art. 7º, quanto do inciso III do art. 12 da Lei 12.965/2014”*.

17. Sua Excelência asseverou que *“não é constitucionalmente admissível a suspensão do aplicativo de mensagens WhatsApp por decisão judicial”*. Pontou estar *“convencido, tal como a e. Ministra Rosa Weber, que a sanção de suspensão apenas tem lugar quando os aplicativos de internet tiverem violado os direitos de privacidade dos usuários. Manifestou convencimento “ ainda, que, à luz do disposto no art. 55-J, IV, da Lei 13.709, de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), compete à Autoridade Nacional de Proteção de Dados a aplicação da sanção, que poderá até mesmo levar em conta decisões judiciais não cumpridas, quando as ordens forem legitimamente formuladas”*.

18. Vê-se, portanto, que ao analisar dispositivo normativo de teor similar ao art. 5º da Resolução inquinada, na medida em que igualmente se poderia dele inferir a possibilidade de suspensão de plataforma digital, como sanção a reiterado descumprimento de decisão judicial — com a

distinção de que aquele ato fora editado pelo Poder Legislativo—, o eminente Relator da presente ação direta concluiu pela incompatibilidade dessa exegese do comando legal com o Texto Constitucional.

19. A escorar o aludido entendimento, apresentou-se, dentre outras, as seguintes premissas: “os direitos que as pessoas têm **offline** devem também ser protegidos **online** . Direitos digitais são direitos fundamentais” ; “A liberdade de expressão tem primazia **prima facie** e constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, vetor estruturante do sistema democrático de direito.”

20. Especificamente em relação à previsão de “ suspensão temporária de perfis, contas ou canais mantidos em mídias sociais” , contida no art. 4º da Resolução atacada e, como dito, sem previsão similar em diploma normativo editado pelo Poder Legislativo, compreendo de todo pertinente a aventada necessidade de se assegurar no universo *online* os direitos que as pessoas têm *offline* . Direitos que dependem, como condição *sine qua non* , da preservação de uma “existência *online* ”.

21. Nesse particular, não é demais rememorar que na sociedade contemporânea o *perfil* , a *conta* ou o *canal mantido em mídia social* caracterizam-se como verdadeiro “avatar” do indivíduo. Em última análise, portanto, a manutenção de um *perfil* em aplicativo virtual pode ser equiparável à salvaguarda de uma *personalidade digital* .

22. Ilustrativa, no ponto, a compreensão desenvolvida desde o direito romano acerca da gênese da palavra *persona* , inicialmente vinculada ao universo de representação teatral, relacionada a ideia de uma personagem, e paulatinamente reestruturada até a noção de personalidade jurídica, enquanto pressuposto inerente àqueles que tem aptidão para adquirir direitos e deveres, possuindo, portanto, capacidade jurídica.

23. Daí porque se asseverar, com esteio no guia interpretativo proposto, que a preservação, no plano virtual, dos direitos assegurados no mundo físico ( “*offline*” ), tem como pressuposto a manutenção de um *perfil* , *conta* ou *canal criado em mídia social* .

24. Progredindo no raciocínio, especificamente em direção ao escopo da norma em questão, me parece —em uma primeira análise de tão complexa e multifacetada questão— que, a exemplo do que se passa no mundo fenomênico, o combate ao abuso do direito de se expressar, à desinformação, ao discurso de ódio, não ensejam a exclusão do indivíduo do tecido social. Todo o atuar estatal antes se direciona a coibir o ato ilícito a partir da responsabilização *a posteriori*, assegurado o direito ao devido processo legal, do infrator.

25. Nessa ordem de ideias, a par das necessárias e inescapáveis adaptações às idiossincrasias conformadoras de cada universo, penso que se deva, o quanto possível, preservar a lógica, tal como no mundo real, de buscar repelir o *comportamento* desviante —no caso, a *opinião /manifestação*. Não, contudo, a própria *persona* do infrator. Dito de outro modo: dado que aqui tratamos de Direito sancionador, vale a máxima segundo a qual no âmbito do *ius puniendi* estatal, julga-se precipuamente a conduta, e não a pessoa do acusado.

26. Para além de tais ponderações, penso que, tanto em relação ao art. 5º, quanto igualmente em relação ao art. 4º da Resolução TSE nº 23.714, de 2022, **assiste razão à PGR quando identifica nos aludidos dispositivos potencial risco de caracterização de hipótese de censura prévia**.

27. Ao suspender o perfil de determinado usuário (art. 4º) ou o acesso aos serviços de toda uma plataforma digital (art. 5º) em razão da “*produção sistemática de desinformação*” ou do “*descumprimento reiterado de determinações baseadas nesta Resolução*”, a norma busca impedir a veiculação de novas manifestações ante o risco de se consubstanciarem em novas transgressões ao ordenamento jurídico. Dito de forma direta: para evitar nova manifestação que possa configurar um ilícito, tolhe-se a possibilidade de qualquer manifestação.

28. Novamente registrando a mais respeitosa vênua ao pensamento em sentido diverso, não vejo como dissociar a questão do quanto decidido por esta Excelsa Corte, dentre outros, no paradigmático julgamento da ADI nº 4815/DF, oportunidade na qual, a propósito de eventuais manifestações que abusem do direito fundamental à liberdade de expressão, a eminente Relatora, e. Minitra Cármen Lúcia arrematou que “[e]rros corrigem-se

*segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei”.*

29. Ainda segundo as palavras de Sua Excelência, *“ [a] liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado”*.

30. Colaciono, por pertinente, os seguintes excertos do voto condutor do acórdão:

*“Direito à liberdade de expressão é outra forma de afirmar-se a liberdade do pensar e expor o pensado ou o sentido, acolhida em todos os sistemas constitucionais democráticos. A atualidade apresenta desafios novos quanto ao exercício desse direito. A multiplicidade dos meios de transmissão da palavra e de qualquer forma de expressão sobre o outro amplia as definições tradicionalmente cogitadas nos ordenamentos jurídicos e impõe novas formas de pensar o direito de expressar o pensamento sem o esvaziamento de outros direitos, como o da intimidade e da privacidade. Em toda a história da humanidade, entretanto, o fio condutor de lutas de direitos fundamentais é exatamente a liberdade de expressão.*

*Quem, por direito, não é senhor do seu dizer não se pode dizer senhor de qualquer direito.*

J. J. Gomes Canotilho adverte que

*“A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica. A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais (Kommunikationsgrundrechte) que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão stricto sensu, de informação, de investigação académica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. As liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade*

*de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade*” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas”. In JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes. Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba: Juruá, 2014, p. 132).

Tal a força do direito à liberdade de pensamento, desdobrada em sua formulação normativa pelo enunciado da garantia da livre expressão, que, no fundamento da concepção moderna do Estado Democrático de Direito, encareceu-se como princípio magno.”

31. Vale lembrar, no ponto, dentre tantos outros posicionamentos igualmente paradigmáticos deste Supremo Tribunal Federal, o quanto assentado no bojo da ADPF nº 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30/04/2009, que outorga à liberdade de expressão a condição de direito que goza de “*posição preferencial*”. Neste sentido, vale lembrar o escólio do eminente Ministro Ayres Britto, quando enfatiza que:

*Com efeito, e a título de outorga de um direito individual que o ritmo de civilização do Brasil impôs como conatural à espécie humana (pois sem ele o indivíduo como que se fragmenta em sua incomparável dignidade e assim deixa de ser o ápice da escala animal para se reduzir a subespécie), a Constituição proclama que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (inciso IV do art. 5º). Assim também, e de novo como pauta de direitos mais fortemente entroncados com a dignidade da pessoa humana, a nossa Lei Maior estabelece nesse mesmo art. 5º que: a) “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (inciso IX);*

(...)

Sem que o receio ou mesmo o temor do abuso seja impeditivo do pleno uso das duas categorias de liberdade, acabamos de falar, porque, para a Constituição, o que não se pode é, por antecipação, amesquinhar os quadrantes da personalidade humana quanto aos seguintes dados de sua própria compostura jurídica: liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão em sentido genérico (aqui embutidos a criação e o direito de informar, informar-se e ser informado, como expletivamente consignado pelo art. 37, 1, da Constituição portuguesa de 1976, “versão 1997”). Caso venha a ocorrer o deliberado intento de se transmitir apenas em aparência a informação para, de fato, ridicularizar o próximo, ou, ainda, se objetivamente faz-se real um excesso de linguagem tal que faz o seu

autor resvalar para a zona proibida da calúnia, da difamação, ou da injúria, aí o corretivo se fará pela exigência de direito de resposta por parte do ofendido, assim como pela assunção de responsabilidade civil ou penal do ofensor. Esta, e não outra, a lógica primaz da interação em causa.

42. Lógica primaz ou elementar - retome-se a afirmação - porque reveladora da mais natural cronologia das coisas. Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu* (abrangendo, então, por efeito do caput do art. 220 da CF, a criação e a informação), **senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros.** Tal inviolabilidade, aqui, ainda que referida a outros bens de personalidade (o entrechoque é entre direitos de personalidade), não pode significar mais que o direito de resposta, reparação pecuniária e persecução penal, quando cabíveis; não a traduzir um direito de precedência sobre a multicitada parêntese de *sobredireitos* fundamentais: a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral. Sendo que, no plano civil, o direito à indenização será tanto mais expressivo quanto maior for o peso, o tamanho, o grau da ofensa pessoal. Donde a Constituição mesma falar de direito de resposta "proporcional ao agravo", sem distinguir entre o agravado, **agente público** e o agravado **agente privado**. Proporcionalidade, essa, que há de se comunicar à reparação pecuniária, naturalmente.

(...)

46. Nessa toada de intelecção constitucional da matéria, **quem quer que seja pode dizer o que quer que seja**, ao menos na linha de partida das coisas, pois a verdade, a beleza, a justiça e a bondade - só para citar os quatro valores por excelência da filosofia grega - podem depender dessa total apriorística liberdade de pensamento e de expressão para poder vir a lume. **O possível conteúdo socialmente útil da obra a compensar eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor**. Não é de René Descartes a máxima de que não lhe impressionava o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento? Não é de Voltaire a sentença de que "não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até à morte o vosso direito de dize-las"? Sobremais, **é no desfrute da total liberdade de manifestação do pensamento e de expressão lato sensu que se pode fazer de qualquer dogma um problema**. Um objeto de reflexão e de intuição, para ver até que ponto o conhecimento tido por assente consubstancia, ou não, um valor em si mesmo. Para se perquirir, como o fizeram Galileu Galilei e Giordano Bruno, se determinado

experimento ou uma dada teoria não passam de condicionamentos mentais, ou sociais, que nada têm a ver com as leis da natureza ou com a evolução espiritual da humanidade.

(ADPF nº 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30/04/2009; grifos no original)

32. Em idêntica direção, no âmbito da ADI nº 2.404/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 31/08/2016, ao interpretar a norma de proibição contida no art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tipifica como infração administrativa a transmissão, via rádio ou televisão, de programação em horário diverso do autorizado, sujeita à pena de multa e **suspensão da programação da emissora por até dois dias, no caso de reincidência**, entendeu a Corte que o *“caráter autorizativo, vinculativo e compulsório conferido pela norma questionada ao sistema de classificação, data vênua, não se harmoniza com os arts. 5º, IX; 21, inciso XVI; e 220, § 3º, I, da Constituição da República”*.

33. Em seu voto, o eminente Relator, Ministro Dias Toffoli, frisou que:

(...) Com efeito, para que ocorra a real concretização da liberdade de expressão, consagrada no art. 5º, IX, da Carta Maior, é preciso que haja liberdade de comunicação social, prevista no art. 220 da Carta Maior, garantindo-se a **livre circulação de ideias e livre circulação de ideias e informações e a comunicação livre e pluralista, protegida da ingerência estatal**. Nas palavras de José Afonso da Silva:

*“A ‘liberdade de comunicação’ consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º, combinados com os arts. 220 a 224, da CF. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial”* ( **Comentário contextual à Constituição** . 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 98)

(...)

O que não pode persistir, porém, é legislação que, a pretexto de defender valor constitucionalmente consagrado (proteção da criança e do adolescente), acabe por amesquinhar outro tão relevante quanto, como a liberdade de expressão. Não se pode admitir que o instrumento constitucionalmente legítimo da classificação indicativa seja, na prática, concretizado por meio de autorização estatal,

mediante a qual se determina de forma cogente a conduta das emissoras no que diz respeito ao horário de sua programação, caracterizando-se como mecanismo de censura e de restrição à liberdade de expressão.” (grifos no original).

34. Especificamente sobre o exercício da liberdade de expressão no bojo do processo eleitoral, é conhecido por todos a ADI nº 4.451-MC-Ref/DF, então Relator, o eminente Ministro Ayres Britto, em que se julgou inconstitucional dispositivo da Lei das Eleições que vedava a divulgação de programas humorísticos, charges, entre outros expedientes voltados à sátira eleitoral.

35. Da própria ementa desse *leading case* extraio que “ é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha ”. Do mesmo modo, retiro que a liberdade de imprensa “ assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V ”. Enfim, constato importante afirmação sobre a convivência principiológica entre a liberdade de imprensa e a integridade do processo eleitoral, nos seguintes termos:

**“A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral.** Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. **Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF)**, única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de ‘restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei’ (inciso III do art. 139). 7. O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia

sonora ou de sons e imagens. O rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de 'outorga' do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. **Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo ."** (grifos nossos)

36. E, para concluir a ideia dessa *pré-compreensão* que manifesto em relação à centralidade que ocupa a liberdade de expressão no catálogo de direitos fundamentais de nossa Lei Fundamental, permito-me reproduzir a síntese percucientemente elaborada pelo Min. Edson Fachin no voto já proferido na mencionada ADPF nº 403/SE, que dá visão panorâmica quanto à jurisprudência desta Excelsa Corte, em relação ao tema:

[...] o direito à liberdade de pensamento e de expressão que conta, no âmbito da jurisprudência desta Corte, com um grau elevado de proteção. São marcos da atuação dessa Corte votos memoráveis como o que assentou a **precedência das liberdades de pensamento e de expressão** (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 05.11.2009); o que fixou a **primazia *prima facie* da liberdade de expressão no confronto com outros direitos fundamentais** (ADI 4.815, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 29.01.2016); e o que reconheceu que **a democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático** (ADI 4.451, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 06.03.2019).

**Em cada um desses precedentes reconheceu-se não apenas a liberdade de expressar o pensamento, como também a de ter opiniões**

No caso da ADPF sobre a lei de imprensa, reconheceu-se que o **direito à informação crítica – em essência a que diverge da versão oficial do Estado – como sendo integrante da própria liberdade de pensamento**. Biografias não autorizadas – as que, não raro, constroem outra narrativa, crítica, da vida das pessoas – integram a liberdade de opinião. O humor e a crítica social, ainda quando dirigidos a candidatos em período eleitoral, não podem ser restringidos, antes, legitimam a própria democracia.

**É extensa, pois, a jurisprudência desta Corte e a direção que deflui de suas razões é inequívoca: o ordenamento constitucional outorga**

**grande força à liberdade de pensamento e de expressão** . (grifos nossos)

37. Pois bem. Com espreque em tais balizas interpretativas, no caso dos autos, a despeito de verificar e compreender o argumento do ilustre Ministro Edson Fachin no sentido de que o presente ato regulamentar seria um *“remédio amargo e limítrofe”* , divirjo, com a mais respeitosa vênua, do raciocínio de que o objeto não caracteriza censura. Não comungo do entendimento de que inexistente restrição a meio de comunicação ou a linha editorial da mídia impressa e eletrônica, quando se fala em suspender perfis, contas e canais de pessoas naturais e jurídicas ou, principalmente, quando a resolução permite, por decisão solitária do Presidente do TSE, privar toda a população brasileira de acesso a serviços das plataformas de redes sociais.

38. Igualmente, na questão de fundo, compartilho reservas a um diagnóstico que contraponha as racionalidades comunicativa e digital, quando se observa, na prática, que a consciência cívica e o interesse sobre o campo político potencializam-se pelas novas tecnologias características de uma sociabilidade digital. Do contrário, teríamos que admitir que o atual estado da arte representa uma *“infocracia como pós-democracia digital”*, como sustenta Byun-chul Han, isto é, *“uma sociedade que se sustenta completamente sem política,”* em que partidos e ideologias nada significariam e a democracia partidária deixará de existir em um futuro próximo, afinal *“a política será substituída pelo management impulsionado por dados do sistema”* (HAN, Byung-Chul. *Infocracia: digitalização e crise da democracia* . Trad. Gabriel S. Philipson. Petrópolis: Editora Vozes, 2022, p. 71).

39. A meu sentir, recai-se na tentação de ver o novo pela lente do retrovisor, pois, conforme Paolo Gerbaudo, observa-se contemporaneamente o desenrolar de *“partidos digitais”* , definíveis da seguinte forma:

*“O partido digital, ou, alternativamente, o ‘partido plataforma’ – para indicar sua adoção da lógica de plataforma das mídias sociais – é, para a atual era informacional de redes onipresentes, mídias sociais e aplicativos para smart-phones, o que o partido de massas foi para a era industrial ou o que o cinicamente profissionalizado ‘partido de televisão’ foi durante o período pós-Guerra Fria de alto*

neoliberalismo. Esse tipo de partido emergente integra dentro de si novas formas de comunicação e de organização introduzidas pelos oligopólios de Big Data, explorando aparelhos, serviços, aplicativos que se tornaram a marca mais reconhecível do período atual, das mídias sociais como Facebook ou Twitter até os aplicativos de mensagens como WhasApp ou Telegram (...) [o partido digital] mimetiza a lógica de companhias como Facebook ou Amazon de integrar a o agir guiado por dados das redes sociais em sua própria estrutura de decisão; uma organização que promete usar a tecnologia digital para produzir uma nova democracia de base, mais aberta à sociedade civil e à intervenção ativa de cidadãos comuns” (GERBAUDO, Paolo. *The digital Party: political organization and online democracy* (E-book). Londres: Pluto Press, 2019).

40. Nesses termos, não me animo nesta sede processual a reprochar essas novas formas de sociabilidade e participação do corpo cívico na seara digital, sob pena de não compreender novos arranjos na formação de um governo do povo, pelo povo e para o povo, na formulação sempre lembrada de Abraham Lincoln.

41. Postas essas afirmações de fundo, concentro-me, neste momento preambular, a tecer preocupações primeiras com relação aos termos do objeto desta ação direta ao Egrégio Plenário. Nesse sentido, cumpre-se o papel de um membro no todo, que é o colegiado, buscando trazer subsídios ao inafastável aperfeiçoamento, ou mesmo superação, do que se pretende com um *“arco de experimentação regulatória”*.

42. Dito de outra forma, **feitas essas colocações relativas aos arts. 4º e 5º, o que me leva a não referendar a cautelar nesse ponto e, por consequência, manifestar-me pela imperatividade da suspensão da eficácia desses dispositivos; aquiesço no restante, implicando em acompanhar, em parte, o voto do eminente Relator**, reservando-me o direito de formular juízo exauriente na oportunidade em que esta ação direta venha a julgamento definitivo, sem evidente tumulto ao corrente processo eleitoral.

43. Em homenagem à colegialidade e aos argumentos do Ministro Edson Fachin, compreendo aqui incidente um juízo de provisória constitucionalidade, submetido necessariamente a um segundo olhar (

*second-look* ) em azo futuro, de maneira semelhante ao que se passou na ADI nº 7.021-MC-Ref/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 09/02/2022, p. 17/05/2022:

“6. É possível questionar a conveniência e oportunidade da inovação, que pode retardar a necessária redução do número de partidos políticos no país. Mas essa avaliação, de natureza política, não cabe ao Poder Judiciário. Em juízo cautelar e em exame abstrato da matéria, não se vislumbra inconstitucionalidade. Naturalmente, se no mundo real se detectarem distorções violadoras da Constituição, tal avaliação preliminar poderá ser revisitada. Para isso, no entanto, é imperativo aguardar o processo eleitoral e seus desdobramentos. Por ora, portanto, não é o caso de impedir a experimentação da fórmula deliberada pelo Congresso Nacional.”

**44. No que toca ao art. 2º da Resolução TSE nº 23.714, de 2022, inclusive nas remissões a esse dispositivo feitas nos arts. 3º e 4º do mesmo diploma , em juízo perfunctório, urge refletir colegiadamente sobre a legitimidade do exercício do poder regulamentar do TSE na fixação de uma definição normativa e bastante abrangente de “fake news”. Diante dos fundamentos normativos afirmados na decisão monocrática ora submetida a referendo, levada às últimas consequências, essa providência normativa terminaria por dispensar a utilidade de tramitação do PL 2.630/2020 no Congresso Nacional, que visa à regulação de plataformas de mídias sociais, haja vista a margem de conformação imputada à Corte Eleitoral.**

45. De toda forma, não entendo pertinente a interpretação conforme à Constituição proposta pelo Procurador-Geral da República, porquanto essa se releva incompatível com o argumento mais robusto a respeito da invasão por parte do TSE de competência do Poder Legislativo da União para dispor sobre direito eleitoral. Como contributo a este debate e à necessidade de atuação do órgão ministerial no esforço de combate à desinformação, apenas impende rememorar que este Tribunal Pleno assentou entendimento aparentemente diverso na ADI nº 5.104-MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 21/05/2014, p. 30/10/2014:

“Ementa: Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do

Ministério Público. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. **2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional.** Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. **3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica.** 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*” (grifos nossos).

46. Ainda sobre o art. 2º do objeto, parece-nos importante melhor refletir sobre a significativa majoração das penalidades tanto aplicáveis aos “*publicadores contumazes de informações falsas*” quanto às plataformas que promovam “*descumprimento reiterado*” de determinações do juiz eleitoral. A meu sentir, merece adequado equacionamento o argumento do *Parquet* segundo o qual as multas da resolução são incompatíveis com a legislação de regência, sobretudo à luz dos arts. 57-B, § 5º, e 57-D, § 2º, da Lei nº 9.504, de 1997. Por oportuno, rememoro que na supracitada ADI nº 2.404/DF o eminente Ministro Relator Dias Toffoli assim entendeu ao apontar para a necessária ponderação entre a liberdade de programação das emissoras de rádio e TV e a possibilidade de impor sanções administrativas

para o caso de descumprimento da classificação efetuada pelo Poder Público:

“Nesse contexto, a questão maior que se põe é saber se referida atribuição da União, na conjuntura constitucional, confunde-se com um ato de autorização ou pode servir de anteparo para a aplicação de sanção de natureza administrativa às emissoras de radiodifusão em caso de transmissão de programas em horário diverso.

(...)

Esse caráter autorizativo, vinculativo e compulsório conferido pela norma questionada ao sistema de classificação, data venia, não se harmoniza com os arts. 5º, IX; 21, inciso XVI; e 220, § 3º, I, da Constituição da República.

Pode-se questionar, naturalmente, que, na ausência de sanção, de que adiantaria o exercício da classificação indicativa? Não haveria, nesse caso, contumaz desrespeito da classificação pelas emissoras, com a transmissão de programas fora do horário recomendado?

(...)

O que não pode persistir, porém, é legislação que, a pretexto de defender valor constitucionalmente consagrado (proteção da criança e do adolescente), acabe por amesquinhar outro tão relevante quanto, como a liberdade de expressão. Não se pode admitir que o instrumento constitucionalmente legítimo da classificação indicativa seja, na prática, concretizado por meio de autorização estatal, mediante a qual se determina de forma cogente a conduta das emissoras no que diz respeito ao horário de sua programação, caracterizando-se como mecanismo de censura e de restrição à liberdade de expressão.”

47. **Em relação ao art. 3º da Resolução ora impugnada**, o Relator entendeu que o dispositivo somente traduz uma ampliação do poder geral de cautela, tendo em vista a magnitude do problema das *fake news*. Contudo, torna-se importante reflexionar, nos termos da petição inicial do PGR, sobre os prejuízos em termos de colegialidade e ao devido processo legal, ao se conferir ao Presidente do TSE poder sancionador em formato irrecorrível. Do mesmo modo, à luz do *ne bis in idem*, também é requerido olhar cuidadoso no que toca ao art. 3º, §2º, do objeto, que dispõe: “a multa imposta em decisão complementar, proferida na forma deste artigo, não substitui a multa aplicada na decisão original”.

48. A meu sentir, causa *prima facie* estranhamento a possibilidade de estender decisão colegiada, porque, a pretexto de exercer poder de polícia, é

possível conjecturar estar-se diante de novo instrumento judicial, sem amparo legal direto, mas dotado de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante no âmbito do processo eleitoral. Dito de outra forma, é provável enxergar-se prejuízo às garantias processuais do jurisdicionado no caso de impor-se multa, a partir de fator processualmente *exógeno* do qual não se participou, sem possibilidade de contraditório e ampla defesa.

49. No ponto, convém rememorar das lições doutrinárias do eminente Ministro Sydney Sanches a respeito do poder geral de cautela do juiz:

“Quando sua jurisdição acautela prováveis direitos das partes, mas não através daquelas ações e medidas cautelares específicas, diz-se que está exercendo seu poder geral de cautela.

Em que consiste, pois, o poder cautelar geral do Juiz?

Consiste na jurisdição que exerce, acautelando provável direito da parte, com medidas não previstas especificamente pelo Código.

(...)

A dependência significa apenas que do processo cautelar se destina a servir ao processo principal, de conhecimento ou de execução, já existente no futuro (...) Donde se extrai: **o Juiz não pode de ofício determinar medidas cautelares genéricas ou específicas, senão quando expressamente autorizado por lei.**

(...)

**O poder cautelar geral do Juiz é amplo. Muito amplo mesmo. Mas não absoluto. Também tem limite (...) O mais há de ser sempre questão de prudência.** ” (SANCHES, Sydney. Poder cautelar geral do juiz. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 25, n. 100, p. 239-248, out./dez. 1988, grifos nossos)

50. Ademais, aporta-se dificuldade em visualizar como os ritos previstos nos arts. 3º, 4º e 5º da Resolução TSE nº 23.714, de 2022, compatibilizam-se com os comandos da Lei Complementar em questão, haja vista que a ação eleitoral enunciada no art. 22 da Lei das Inelegibilidades pressupõe provocação de um dos legitimados e oferece oportunidade de contraditório e ampla defesa, ainda que diferido.

51. Por fim, **em relação ao art. 8º do objeto atacado**, o eminente Relator interpretou 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”* . Para além das ponderações já feitas relativamente à participação ministerial no controle da legitimidade e da normalidade das eleições, de acordo com a jurisprudência deste STF, o efeito revogador do dispositivo em testilha incide sobre o art. 9º-A da Res. TSE 23.610, de 18 de dezembro de 2019, incluído pela Resolução TSE nº 23.671, de 14 de dezembro de 2021, que assim dispõe:

“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.”

52. Nesse contexto, nos parece correta a irresignação do Procurador-Geral da República, quando suscita o seguinte:

“O poder normativo do TSE está limitado à atividade estritamente regulamentar das disposições legais, tendo prazo (até o dia 5 de março do ano da eleição) e modo (ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos). Tal poder não dá ao TSE, ainda que imbuído da melhor das intenções e com o objetivo de aperfeiçoar os mecanismos de controle dos indesejados abusos no direito de expressão e da disseminação de desinformação, a prerrogativa de inovar no ordenamento jurídico, no ápice das campanhas eleitorais em segundo turno, sobretudo quando há uma vedação legal expressa a que as resoluções impliquem em restrição de direitos e estabelecimento de sanções distintas das previstas na lei eleitoral.” (e-doc. 12, p. 4)

53. Decerto, convém rememorar a aplicabilidade do art. 16 da Constituição da República às Resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Nesse sentido, por brevidade, reproduzo excerto da ementa do RE nº 637.485-RG/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 1º/08/2012, p. 21/05/2013:

“II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA

DECISÃO. Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. **Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral.** Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). **Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior ” (grifos nossos)**

54. Nessa linha, impende refletir a sério se uma modificação nas regras procedimentais atinentes ao enfrentamento da *“divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados”*, inclusive com restrição aos direitos fundamentais do cidadão e agravamento de sanções, não atrai a garantia constitucional da anualidade eleitoral. Essa reflexão torna-se mais urgente, quando se percebe que o dispositivo revogado havia cumprido o que dispõe o art. 105, *caput* e § 3º, da Lei das Eleições, ao passo que a resolução ora impugnada não o fez:

“Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição , o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e **sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei** , poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, **ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos** .

§ 3º **Serão aplicáveis ao pleito eleitoral imediatamente seguinte apenas as resoluções publicadas até a data referida no caput .”** (grifos nossos)

55. Urge, ainda, esclarecer que a indagação presentemente posta pelo requerente, a meu juízo, não traduz reclamo em nome de um *“direito fundamental a atacar à democracia”* ou um *“direito fundamental de propagar notícias falsas”*.

56. Igualmente, salvo mais ilustrado juízo, não me parece que algum dos sujeitos processuais deste feito esteja a defender **(i)** a desnecessidade do agir estatal, especialmente da Justiça Eleitoral, em combate às notícias fraudulentas; ou, **(ii)** que essas não possuem a aptidão para deturpar a integridade e a normalidade do processo eleitoral. É importante se observar que a alegação de inconstitucionalidade em tese reside muito mais no modo de cumprir referidos objetivos. Do contrário, corre-se o risco de confundir o específico com o geral, apartando mentes no que é consensual. Em suma, dou relevo às afirmações de vícios de inconstitucionalidade pertinentes à inobservância do **procedimento adequado** para produzir atos regulamentares pelo TSE voltados a disciplinar o processo eleitoral em curso.

57. **Repiso** : não se discute ou diverge, por óbvio, da imprescindível necessidade de combate à desinformação, à proliferação das denominadas *“fake news”*, ou da absoluta fundamentalidade de tal combate para garantia da higidez do processo eleitoral, e, nessa medida, para preservação do próprio regime democrático. Nesse ponto, há uniformidade de propósitos.

58. A divergência cinge-se à forma, valendo rememorar, no ponto, o quanto afirmado por meu antecessor no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio: *“no direito, os meios justificam os fins, mas os fins não justificam os meios”* .

59. Com base em tais razões, formadas em juízo preambular, ínsito à apreciação das medidas cautelares, como já antecipado linhas acima, renovando as mais elevadas vênias aos que comungam de compreensão diversa, **divirjo, em parte, do eminente Relator para negar referendo à decisão de Sua Excelência, deferindo, portanto, a medida cautelar pleiteada, especificamente para suspender a eficácia dos arts. 4º e 5º da Resolução TSE nº 23.714, de 2022**, sem prejuízo de análise mais verticalizada em relação aos demais dispositivos vergastados, por ocasião da apreciação do mérito da demanda – e do inerente “segundo olhar” em relação aos artigos cuja suspensão se compreende por ora necessária.

É como voto Senhora Presidente.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

---

No original: *“The digital party, or alternatively the ‘platform party’, to indicate its adoption of the platform logic of social media, is to the current informational era of ubiquitous networks, social media and smartphones apps – what the mass party was to the industrial era or the cynically professionalized ‘television party’ was during the post-Cold War era of high neoliberalism. This emerging party-type integrates within itself the new forms of communication and organization introduced by Big data oligopolies, by exploiting the devices, services, applications that have become the most recognizable mark of the present age, from social media like Facebook and Twitter, to messaging apps like WhatsApp and Telegram (...) The digital party is a ‘platform party’ because it mimics the logic of companies such as Facebook and Amazon of integrating the data-driven logic of social networks in its very decision-making structure; an organization that promises to use digital technology to deliver a new grassroots democracy, more open to civil society and the active intervention of ordinary citizens)*

## VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES : Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, referente aos arts. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, 3º, *caput*, 4º, 5º, 6º, e 8º da Resolução n. 23.714, de 20 de outubro de 2022, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

A Resolução TSE nº 23.714/2022 tem o seguinte teor:

*“ 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 (cento 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 a 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 E 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 o 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.

*Brasília, 20 de outubro de 2022 ."*

Salienta que as normas questionadas são dotadas de generalidade e abstração e inovam o ordenamento jurídico, qualificando-se como ato normativo primário.

Destaca que a liberdade de expressão é a pedra angular da democracia. Argumenta que os meios de comunicação social constituem formas de combater o abuso, na medida em que atuam no controle social sobre a atuação dos agentes públicos.

Reputa limitados os meios postos à disposição do Estado para restringir as liberdades, aludindo aos institutos da responsabilidade ulterior, do direito de retificação ou de resposta e às limitações circunstanciais à liberdade de expressão. Diz da vedação à censura prévia. Sustenta o alargamento dos limites da crítica aceitável no contexto eleitoral como forma de prestigiar o exercício da democracia.

Em relação ao art. 2º, *caput*, realça a vagueza conceitual da conduta de divulgar ou partilhar fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados. Entende que essa locução não deve alcançar a liberdade de opinião e o direito à informação, desde que a veiculação não tenha o nítido intuito de atrapalhar o processo eleitoral, sendo vedada, em qualquer caso, a censura prévia. Alega que não se pode confundir a conduta descrita com a veiculação de opiniões. Argumenta que a responsabilidade posterior deve submeter-se ao devido processo legal.

Quanto ao art. 4º, registra que as providências previstas são excessivamente gravosas. Menciona que perfis e contas pessoais em plataformas digitais são utilizados como espaço de atuação profissional, científica, artística ou eclesiástica e de exercício da cidadania. Argumenta que os abusos devem ser corrigidos mediante retirada do conteúdo e não pela supressão dos espaços.

Assevera que a Justiça Eleitoral não pode, a pretexto de regulamentar a aplicação da lei, atuar como legislador positivo. Tem como usurpada a competência do Poder Legislativo para dispor sobre normas do processo eleitoral. Entende violado o princípio da legalidade estrita no tocante à

fixação de vedações à propaganda eleitoral, à regulamentação dos gastos eleitorais e da prestação de contas dos partidos políticos e à cominação de multas.

Salienta que a Lei das Eleições trata das permissões e proibições no campo da propaganda eleitoral, pontuando que há tópico próprio dedicado à propaganda na internet. Registra que a lei prevê a possibilidade de aplicação de multa no valor de R\$ 5.000,00 a R\$ 30.000,00 ou em valor equivalente ao dobro da quantia despendida, se essa superar o limite máximo previsto. Entende que a resolução do TSE ampliou de forma desproporcional o valor da multa fixada em lei.

Afirma, em relação ao art. 6º, não haver previsão legal para a cominação de multa para a hipótese de veiculação paga de propaganda eleitoral em meio virtual fora dos limites temporais estabelecidos. Observa que o art. 57-C, § 3º, da Lei n. 9.514/1997 excetua o impulsionamento de conteúdos da vedação à veiculação de qualquer propaganda eleitoral paga na internet e que o art. 41 veda a imposição de multa ou cerceamento da propaganda que observe a legislação eleitoral. Conclui que são taxativas as hipóteses legais de proibição de propaganda eleitoral, cabendo a ampliação apenas por meio de lei.

Alega que o valor das sanções pecuniárias viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Observa que o prazo exíguo desconsidera os fatores e procedimentos técnicos próprios dos provedores para a retirada da informação. Nota que o dispositivo elevou em aproximadamente 400% o valor da multa fixada em lei.

No que se refere ao art. 5º, ressalta que se trata de medida sem razoabilidade, remetendo à vedação do *bis in idem* e à vedação ao confisco.

No tocante ao art. 3º, frisa que os atos de poder de polícia devem conter fundamentação completa e adequada a respeito da legalidade e da legitimidade material. Alude aos princípios da tipicidade estrita, da legalidade e da segurança jurídica. Cita precedentes do Supremo em que reconhecida a inconstitucionalidade de normas que vedam a interposição de recurso contra decisão restritiva de direitos.

Quanto ao art. 8º, que revogou o art. 9º-A da Resolução/TSE n. 23.610/2019, sublinha permitido ao TSE verificar, de ofício, a configuração da conduta de divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados. Registra que a Constituição Federal prevê a legitimidade do Ministério Público para a tutela coletiva na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Frisa que o órgão não pode ser afastado do controle e fiscalização do processo eleitoral.

Pede o deferimento de liminar para que se determine a suspensão da eficácia dos arts. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, 3º, *caput*, 4º, 5º, 6º e 8º da Resolução n. 23.714, de 20 de outubro de 2022, do TSE.

Ao fim, pede seja:

- i) atribuída interpretação conforme à Constituição ao art. 2º, *caput*, da Resolução n. 23.714, de 20 de outubro de 2022, do TSE a fim de afastar do seu alcance a livre manifestação de opiniões e de informação acerca dos fatos a que se refere; e
- ii) declarada a inconstitucionalidade dos 2º, §§ 1º e 2º, 3º, *caput*, 4º, 5º, 6º e 8º da Resolução n. 23.714, de 20 de outubro de 2022, do TSE.

O Ministro Edson Fachin, em 22 de outubro de 2022, indeferiu a medida cautelar. Assentou que o TSE não exorbitou o âmbito da sua competência normativa. Salientou que deve ser adotada postura de deferência à competência do TSE, inclusive em relação à experimentação regulatória com o intuito de enfrentar a desinformação e os seus impactos eleitorais. Quanto à veiculação de *fake news* na internet, disse haver um vácuo entre a ciência do fato e a remoção do conteúdo, amplificando-se o alcance da desinformação, a caracterizar abuso de poder. Frisou que o exercício da liberdade, no pleito eleitoral, deve servir à normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico. Entendeu que as resoluções do TSE têm força de lei, tendo aludido aos precedentes das ADIs 4.583 e 5.104. Asseverou que, numa análise inicial, não se patenteia usurpação da competência legislativa da União. Consignou que o direito administrativo e regulatório se pauta pelos postulados da autonomia e da autorregulação. Destacou que a Resolução/TSE n. 23.610/2019 trata da temática da desinformação. Afastou a alegação de que se configuraria situação de censura prévia, sublinhando que o controle judicial estabelecido

pela Resolução é exercido *a posteriori* e que a sua aplicação é restrita ao período eleitoral. Observou que a magnitude do fenômeno das *fake news* exige a adoção de modelos de atuação novos. Decidiu que não há violação das prerrogativas do Ministério Público uma vez que ainda é facultada a participação do órgão na fiscalização. Asseverou que a proporcionalidade das medidas e das multas pode ser avaliada pelos juízes.

O Procurador-Geral da República interpôs agravo interno. Registra que a ausência de publicação da decisão em órgão oficial não implica a extemporaneidade do recurso (CPC, art. 218, § 4º). Afirma que a suspensão temporária de perfis, contas ou canais mantidos em mídias sociais configura censura prévia, considerada a presunção de que esses ambientes virtuais seriam usados para disseminar conteúdos falsos. Alega que a experimentação regulatória sem lastro em lei implica violação do princípio da legalidade. Saliencia que o poder administrativo normativo e sancionador da Justiça Eleitoral é delimitado pelo legislador, o qual impõe vedação expressa à restrição de direitos e ao estabelecimento de sanções distintas das previstas na Lei de Eleições. Entende que não cabe à Resolução instituir novas proibições além daquelas previstas em lei, observando que a Lei n. 9.504/1997 expressamente permite a propaganda na internet. Argumenta que a suspensão temporária de perfis, contas ou canais mantidos em mídias sociais pode ser insuficiente para obstar a circulação das informações falsas. Sustenta que há uma restrição desproporcional da liberdade de expressão. Afirma que a verificação da conduta de propagar inverdades deve transcorrer com observância do devido processo legal, participação do Ministério Público, provocação pelos legitimados e sem a imposição de sanções não previstas nas leis de regência. Registra que a competência para o exame de representações é do juiz auxiliar. Aduz não estarem presentes os requisitos que autorizam o deferimento da medida cautelar. Pede que seja dado provimento ao recurso, a fim de que a decisão seja reconsiderada ou para que o Plenário, não referendando a decisão, conceda a medida cautelar, suspendendo a eficácia dos arts. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, 3º, *caput*, 4º, 5º, 6º, e 8º da Resolução n. 23.714, de 20 de outubro de 2022, do TSE.

É o relatório do essencial; adotado, no mais, o quanto redigido por S. Exa., Min. Edson Fachin.

**Passo ao voto.**

Com as mais respeitosas vênias ao Relator, divirjo do voto de Sua Excelência para conceder a liminar e suspender a eficácia dos dispositivos impugnados.

A meu ver a Resolução não é harmônica aos direitos e garantias previstos pela Constituição Federal.

Inicialmente, com a devida vênias, não observo qualquer urgência na medida. Pelo menos **desde a eleição presidencial norte-americana de 2016**, no mundo todo, a questão das chamadas *Fake News* tem despertado a atenção de políticos, tribunais, estudiosos das mídias e o público em geral. Nesse meio tempo, o próprio Congresso Nacional brasileiro recebeu diversos projetos de regulação do tema.

Atualmente, existem 17 projetos de lei tratando do tema da desinformação (Projetos em análise no Senado combatem desinformação e fake news — Senado Notícias). Não há, portanto, um vácuo normativo despercebido pelo legislador; mas, sim, um tema complexo que deve ser debatido e amadurecido pelo Parlamento de forma adequada.

Ainda, sob o exame da inconstitucionalidade formal, tal norma disciplina matéria estranha ao âmbito do poder regulatório do TSE. A jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal caminha no sentido de que a **competência normativa do TSE deve ter por base a lei**. Portanto, não pode criar **hipóteses novas de direitos e obrigações**. Esta Corte, na ADI 4965-PB, acerca da Resolução TSE 23.389/2013, que alterou o número de deputados por unidade da federação, decidiu o seguinte:

*O campo no qual o TSE atua com liberdade tem suas margens definidas pelos conteúdos que podem ser inequivocamente extraídos, senão da letra da lei, pelo menos do propósito claro e manifesto do legislador. Em outras palavras, a orientação seguida pelo TSE, na condição de Administrador do processo eleitoral, deve necessariamente traduzir uma escolha previamente realizada pelo Legislador, a lhe conferir autoridade, e não uma interpretação possível, entre tantas outras, de conceitos jurídicos indeterminados” (grifei) (Rel. Min. Rosa Weber).*

No caso da Resolução impugnada, é clara a criação de direitos e obrigações não previstas em lei, no ponto em que cria **multas autônomas**, sem qualquer lastro legal prévio e em **valores superiores aos das próprias multas legais** (§§1º e 2º do art. 1º), assim como no ponto em que atribui à Presidência do TSE competência inédita para replicar decisões do Colegiado para situações “com idêntico conteúdo” (art. 3º); e, o mais grave, na parte em que permite o **banimento eletrônico** de pessoas e plataformas (arts. 4º e 5º), em verdadeira censura prévia de conteúdo.

Também não encontra respaldo em lei, novidade da Resolução, a proibição de propaganda na *Internet* desde quarenta e oito horas antes até vinte e quatro horas depois da eleição.

Tenha-se em conta, ademais, que deve ser respeitado o princípio da anterioridade, ou seja, as regras devem ser estabelecidas antes que o processo eleitoral tenha início.

Porém, aqui, a Resolução impugnada surgiu no meio de um processo eleitoral, entre dois turnos das eleições gerais e com eficácia imediata, o que desborda, no meu sentir, do princípio da **segurança jurídica**, corolário fundamental do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Ora, se até mesmo a lei aprovada pelo Congresso Nacional, quando altera o processo eleitoral, apenas pode ser aplicada um ano após publicada (CF, art. 16), tenho que uma Resolução com esse nível de inovação não reúne condições para ser imediatamente aplicável.

Compartilho das preocupações do eminente Relator quanto à divulgação de fatos inverídicos, que não seria desejável, porquanto possa eventualmente macular o processo eleitoral.

Porém, a questão que se põe, no caso, não é essa.

Antes, o cerne da controvérsia, neste caso, desdobra-se em três questões: **a)** quem analisa o que é fato verídico ou inverídico?; **b)** uma vez constatada a não veracidade do fato, qual a medida ou medidas a serem tomadas?; **c)** qual o órgão responsável pela acusação?

Tenho que, em uma democracia, compete ao povo ter a liberdade de examinar, por si, o que é fato verídico ou inverídico. Em outras palavras, a liberdade de expressão, garantia constitucional, permite o contraditório dentro do seio da sociedade. A amplitude do debate, por si, leva a que a própria sociedade tenha capacidade cada vez maior de exame dos fatos, de forma a que cada cidadão, então, consiga discernir o que é um fato verídico daquele que não é.

Daí porque, com as mais respeitadas e renovadas vênias à douta maioria, não é prudente que a liberdade de expressão, garantia conquistada pelas sociedades modernas ao longo de séculos de luta, possa ser delegada ou terceirizada a órgãos ou agências.

Não desconsidero o papel relevante que possam ter enquanto órgãos auxiliares que poderão fornecer informações complementares ao cidadão e à sociedade; porém, não ao nível de tais órgãos se substituírem à própria capacidade de cada indivíduo de buscar a verdade.

Nos EUA, os *founding fathers* reconheceram a relevância da liberdade de expressão e outorgaram-lhe significado tão profundo, que foi prevista expressamente pela 1ª Emenda à Constituição; a deixar claro que tal garantia fosse preservada de forma explícita ao cidadão:

“O congresso não deverá fazer qualquer lei (...) restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente (...)”.

Ou seja, nem mesmo o Congresso, em seu regular exercício, pode tolher do cidadão sua liberdade de expressão. E a Suprema Corte, enquanto guardiã da Constituição, compete-lhe zelar por tal garantia.

Assim, após o direito à vida, a liberdade de expressão é garantia tão importante que constitui, em meu sentir, a principal base para que os demais direitos e garantias consigam ser livremente exercidos. Sem possibilidade de que o cidadão possa expressar suas ideias livremente, elimina-se o debate e o contraditório. Sem isso, não há avanço das ideias nem evolução; limita-se o progresso da sociedade.

Por isto, a Suprema Corte dos EUA, no caso Texas v. Johnson, no qual um jovem participou de manifestação política durante a Convenção Nacional Republicana de 1984 em Dallas. Ele chegou a queimar a bandeira dos EUA e por isto foi condenado a um ano de prisão e multa. O caso chegou à Suprema Corte e lá se reconheceu que o réu estava protegido pela liberdade de expressão. Como muito bem exposto na ocasião pelo Ministro Anthony Kennedy e que reputo pertinente ao caso:

“ A dura realidade é que às vezes temos de tomar decisões de que não gostamos. Nós as fazemos porque elas estão corretas, corretas no sentido de que a lei e a Constituição, como as vemos, obrigam a esse resultado”.

Tenho que, à luz desse raciocínio, também aqui, o direito à liberdade de manifestação do pensamento é garantia fundamental que protege a livre circulação das ideias, pressuposto para o debate amplo e constante evolução da sociedade. Tal garantia é cláusula pétrea prevista pelo art. 5º, IV, Constituição Federal:

“IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”;

A exemplo de outras democracias ao redor do mundo, no Brasil, portanto, todo cidadão, em regra, é livre para poder expressar suas ideias e opiniões, na medida em que esse intercâmbio de pensamentos, tão relevantes à sociedade, é um dos traços fundamentais daquilo que se caracteriza como um Estado de Direito.

Ainda, a propósito da prevalência da liberdade de expressão sobre o risco de notícias falsas no processo eleitoral, há um precedente relevante no Tribunal, relatado pelo eminente Min. Alexandre de Moraes. Refiro-me à ADI 4451, na qual se discutia a constitucionalidade dos incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/97. Na ocasião, **prevaleceu a liberdade de expressão**, não obstante os riscos que ela poderia trazer para a verdade no processo eleitoral. Assim ficou ementado aquele julgamento:

“LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA. 1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático . 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional . 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo. (ADI 4451, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21 /06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019) (grifei)

E aqui um acento especial deve ser colocado no fato de que nessa ADI declarou-se inconstitucional um dispositivo de lei que proibia a trucagem ou montagem em áudio e vídeo. Tal tipo de recurso tecnológico é capaz de produzir as chamadas *Deep Fakes* , que são notícias falsas mais graves, por

criarem imagens e/ou áudios verossímeis (embora falsos), com potencial enorme para enganar o usuário da internet menos avisado. Se nem a lei que proíbe a trucagem ou montagem de vídeo é constitucional, por violar a liberdade de expressão, como poderia sê-lo uma resolução do TSE que proíbe genericamente a divulgação de notícias falsas?

Um dos pontos mais problemáticos de toda disciplina do combate à inverdade é **definir o que é verdade e o que é mentira**, em especial num processo eleitoral. Ora, o debate público a respeito das ideias políticas, durante as eleições, é essencialmente acalorado. Em outras palavras, é uma coleção de **doxologias leigas parcamente fundamentadas**. Não se trata, muitas vezes, apenas de uma conversação científica, racional, metódica, calculada, pois as **paixões entram em jogo naturalmente** nesse tipo de confronto de opiniões, e faz parte da natureza humana certa dose de eventual exagero — e aí é preciso confiar no discernimento do eleitor como último garante da democracia.

A Resolução, no caso, como era de se esperar, não conseguiu superar essa dificuldade conceitual. E assim veio a definir o objeto do seu anátema como “*fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados*” (art. 1º). Os dois advérbios empregados no texto ( *sabidamente* e *gravemente* ) revelam o esforço do redator para encontrar um tom exato, que deixasse margem para a sobrevivência da liberdade de expressão. É tão só o fato “sabidamente” falso ou “gravemente” descontextualizado que autoriza a intervenção do TSE.

Infelizmente, porém, a alta indeterminação — de boa-fé inserida no texto — pode dar ensejo a aplicações as mais diversas, dependendo profundamente do subjetivismo de cada julgador. A redação da Resolução empurra o intérprete para um juízo puramente idiossincrático, o que é perigoso num tema tão delicado.

A situação lembra aquela da Suprema Corte americana, quando tinha de avaliar o que era “obscenidade”, para efeito de permitir uma publicação. O justice Potter Stewart, no caso **Jacobellis vs Ohio**, franca e lapidariamente confessou todo o subjetivismo que o tema ensejava, ao dizer: “não sei o que é, mas reconheço quando vejo”. Ou seja, em regra, cada cidadão possui a capacidade de discernir, com seu bom senso e prudência, o que é verdade e o que não é.

E aí é preferível que seja preservada a garantia de que cada cidadão possa manter sua plena capacidade de discernimento, por meio da ampla liberdade de expressão, com franca e aberta troca de ideias.

À exceção das *deep fakes*, ou seja, clara deturpação da imagem do candidato com recursos tecnológicos, é prudente que não haja regulamentação excessiva, por melhores que sejam as intenções, sob o risco de se tolher a liberdade de expressão e, por conseguinte, a liberdade de pensamento.

A Resolução impugnada optou por uma definição vaga e sequer mencionou a necessidade do estabelecimento de contraditório prévio como requisito necessário para a extirpação da notícia falsa. Ao falar em “fatos sabidamente falsos”, a Resolução parece recrudescer o velho método da “verdade sabida”, outrora aplicável a processos administrativos disciplinares. Sucede que, após a Constituição de 1988, é indispensável o contraditório e a ampla defesa em todo e qualquer tipo de procedimento que possa suprimir bens, direitos ou a liberdade de alguém (CF, art. 5º, LV).

É digno de menção também o fato de que todo o procedimento de eliminação da notícia falsa pode dar-se sem a provocação de nenhum interessado. Não se pode desconhecer o poder de polícia dos juízes e tribunais eleitorais, mas o próprio TSE tem Súmula afirmando que “*Conquanto investido de poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei nº 9.504/1997.*” **Súmula TSE n. 18**, DJ de 21, 22 e 23.8.2000. Essa súmula não foi revogada até aqui.

Aí toco em outra questão importante. Na medida em que são previstas penalidades severas no âmbito do processo eleitoral, é de todo recomendável que, então, sejam preservadas as garantias do sistema acusatório, traço distintivo do sistema legal pátrio, com papéis claros e definidos do órgão acusador e do órgão julgador. Tais atribuições parecem se ressentir das atribuições constitucionais desenhadas pela Constituição Federal, invadindo seara própria do Ministério Público Eleitoral.

Por fim, mas não menos importante, não há base legal para permitir que o TSE possa decretar, com base em Resolução, o banimento eletrônico de pessoas e a suspensão de plataformas por descumprimento de decisões judiciais (arts. 4º e 5º da Resolução).

Tal **banimento pode esbarrar em indesejável censura prévia** — expressamente vedada pela Constituição Federal (art. 5º, IX e art. 220, §2º), que é nossa “Constituição Cidadã” — de **conteúdos futuros** que o usuário poderia produzir. De resto, é bastante questionável a eficácia prática dessa proibição em relação àquelas pessoas que realmente se dedicam a produzir notícias falsas, porque elas, enquanto estiverem livres, sempre encontrarão meios de propagar *Fake News* na internet, dada a facilidade com se pode criar um novo perfil em rede social.

É verdade que o abuso da liberdade de expressão pode e deve ser penalizado, mas tais penas devem se dar sempre *a posteriori*, conforme tem acentuado a jurisprudência pacífica do Supremo (por todos, ver ADPF 130). A suspensão temporária do acesso à internet pode até vir a ser definida como pena restritiva de direitos, em alguma lei vindoura, que apresente uma regulamentação proporcional; mas, no momento, não há qualquer lei que autorize essa restrição por determinação judicial. E pior: a Resolução sequer define qual é o prazo da suspensão judicial de acesso à internet, tratando-se, portanto, de uma pena indeterminada.

Quanto à questão da possibilidade de suspensão da própria plataforma, por descumprimento de decisões judiciais, o tema está sendo objeto de julgamento pelo STF, nos autos da ADPF 403, Rel. Min. Edson Fachin, e da ADI 5.527, Rel. Min. Rosa Weber, ambos atualmente em vista para o Min. Alexandre de Moraes. Isso, por si só, mostra que a matéria não é simples e, conseqüentemente, não pode ser objeto de regulamentação por ato administrativo de tribunal.

### **Dispositivo**

Ante o exposto, com as mais respeitosas vênias ao eminente Relator e à douta maioria, divirjo do voto de Sua Excelência para conceder a medida

cautelar, suspendendo, por consequência, os efeitos dos arts. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º; 3º, *caput*, 4º, 5º, 6º e 8º da Resolução 23.714, de 20.10.2022, do Tribunal Superior Eleitoral – TSE.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 25/10/2022