

19/12/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.261 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL
AM. CURIAE. : COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS
DOM PAULO EVARISTO ARNS - COMISSÃO ARNS
ADV.(A/S) : LUCAS MORAES SANTOS
ADV.(A/S) : THIAGO GOMES VIANA
ADV.(A/S) : REBECA LAIS DE JESUS COSTA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO
MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
ADV.(A/S) : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

EMENTA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO TSE Nº. 23.714/2022. ENFRENTAMENTO DA DESINFORMAÇÃO CAPAZ DE ATINGIR A INTEGRIDADE DO PROCESSO ELEITORAL. 1. Não prospera a alegação de que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ao exercer a sua atribuição de elaboração normativa e o poder de polícia em relação à propaganda eleitoral, usurpou a competência legislativa da União, porquanto a Justiça Especializada vem tratando da temática do combate à desinformação por meio de reiterados precedentes jurisprudenciais e atos normativos, editados ao longo dos últimos anos. 2. A Resolução TSE nº. 23.714/2022 não consiste em exercício de censura prévia. 3. A disseminação de notícias falsas, no curto prazo do processo eleitoral, pode ter a força de ocupar todo espaço público, restringindo a circulação de ideias e o livre exercício do direito à informação. 4. O fenômeno da desinformação veiculada por meio da *internet*, caso não fiscalizado pela autoridade eleitoral, tem o condão de restringir a formação livre e consciente da vontade do eleitor. 5. Ausentes elementos que conduzam à decretação de inconstitucionalidade da norma impugnada, há

ADI 7261 / DF

que se adotar atitude de deferência em relação à competência do Tribunal Superior Eleitoral de organização e condução das eleições gerais. 6. Medida cautelar confirmada. 7. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual do Plenário de 8 a 18 de dezembro de 2023**, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em ratificando os termos da decisão que indeferiu o pedido de medida cautelar, julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, e, em vista do referendo da cautelar pelo Plenário desta Corte e do julgamento de mérito ora proferido, restar prejudicado o agravo regimental interposto no eDoc 7, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Ministro André Mendonça.

Brasília, 19 de dezembro de 2023.

Ministro **EDSON FACHIN**
Relator

Documento assinado digitalmente

19/12/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.261 DISTRITO FEDERAL

| | |
|--------------------|--|
| RELATOR | : MIN. EDSON FACHIN |
| REQTE.(S) | : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA |
| INTDO.(A/S) | : TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL |
| AM. CURIAE. | : COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DOM PAULO EVARISTO ARNS - COMISSÃO ARNS |
| ADV.(A/S) | : LUCAS MORAES SANTOS |
| ADV.(A/S) | : THIAGO GOMES VIANA |
| ADV.(A/S) | : REBECA LAIS DE JESUS COSTA |
| AM. CURIAE. | : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP |
| ADV.(A/S) | : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA |

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de concessão de medida cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República Augusto Aras em face do art. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º; arts. 3º, *caput*, 4º, 5º, 6º e 8º, todos da Resolução nº. 23.714/2022 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Sustenta o PGR que o ato impugnado inova no ordenamento jurídico, mediante estabelecimento de novas vedações e sanções distintas das previstas em lei, amplia o poder de polícia do Presidente do TSE em prejuízo da colegialidade, do juízo natural e do duplo grau de jurisdição, alijando o Ministério Público da iniciativa de ações e medidas voltadas a proteger a normalidade e a legitimidade das eleições.

Em síntese, a postulação defende que o TSE invadiu a competência legislativa da União sobre direito eleitoral, bem como que as normas impugnadas ferem a liberdade de manifestação do pensamento e de comunicação por qualquer veículo, independentemente de censura prévia; o princípio da proporcionalidade; os deveres de inércia e de imparcialidade do magistrado; a garantia do duplo grau de jurisdição e o princípio da colegialidade. Ao cabo, reputa como atingidas as funções

ADI 7261 / DF

institucionais do Ministério Público Eleitoral.

As razões da parte autora dão conta ainda de que a abertura crítica inerente às disputas eleitorais alarga os limites ordinariamente aceitáveis, prestigiando o exercício da democracia.

Ao detalhar a pretensão, o PGR afirma que o art. 2º, *caput*, da Resolução TSE nº. 23.714/2022 veda a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados, locução cuja vagueza conceitual não há de alcançar a liberdade de opinião e o direito à informação sobre esses mesmos fatos.

Após, aduz que a norma permite indevidamente a suspensão temporária de perfis existentes em redes sociais.

De outra parte, sustenta que a nova Resolução aumenta o patamar de multa prevista na legislação por infração às regras de propaganda, bem como que franqueia à Presidência do TSE a extensão da norma a situações com idênticos conteúdos. Por fim, reitera que o art. 8º da Resolução 23.714/2022 retira do Ministério Público Eleitoral da prerrogativa de apuração de ilícitos por abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação no processo eleitoral.

Em respeito à exigência do art. 3º, inciso I, da Lei 9.868 de 1999, a parte autora promoveu a juntada de cópia da norma impugnada (eDOC 4).

Em caráter excepcional, a fim de que não se perpetuasse qualquer estado de insegurança jurídica quanto à disciplina do fluxo de informações em período eleitoral, proferi decisão monocrática antes das informações do Tribunal Superior Eleitoral, consoante faculta o § 3º, do art. 10, do diploma legal citado.

Em face daquela decisão, em 23/10/2022 o PGR interpôs agravo regimental (eDoc 7). Requereu a reconsideração da decisão agravada ou a sua submissão ao Plenário Virtual para que este Supremo Tribunal, não referendando a decisão agravada, concedesse medida cautelar para suspensão da eficácia das normas impugnadas nos termos dos fundamentos deduzidos na petição inicial, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999.

ADI 7261 / DF

A Corte, por maioria, referendou a decisão que indeferiu a medida cautelar em sessão extraordinária do Plenário Virtual ocorrida no dia 25/10/2022.

O Tribunal Superior Eleitoral encaminhou informações no eDoc 39. Aduziu que o normativo regulamenta o enfrentamento da desinformação propagada com o objetivo de atentar contra a integridade do processo eleitoral e teve como motivação o expressivo incremento no volume de conteúdos falsos envolvendo o processo eleitoral. Trouxe dados da Assessoria Especial de Enfrentamento à Desinformação apontando: “*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 Comissão de Defesa dos Direitos Humanos Som Paulo Evaristo Arns – Comissão Arns (eDoc 26) e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (eDoc 34) foram admitidas como *amici curiae* (eDoc 40).

A Advocacia Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido (eDoc 47), sob a seguinte ementa:

Eleitoral. Artigos 2º, caput e §§ 1º e 2º; 3º, caput; 4º, 5º, 6º e 8º, da Resolução nº 23.714, de 20 de outubro de 2022, do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, que “dispõe sobre o enfrentamento à desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral”. Alegada violação aos artigos 5º, incisos II, IV, IX, XIV, LIII, LIV e LV; 16; 22, inciso I; 37, caput; 127, caput; 129, incisos II, VI e VIII e 220, caput, todos da Constituição

ADI 7261 / DF

Federal. O diploma sob investiva inovou no ordenamento jurídico, tendo estabelecido, a menos de dez dias da realização do segundo turno das eleições nacionais de 2022, novas vedações e sanções diversas das previstas em lei. Ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade, segurança jurídica, da anterioridade eleitoral, da legalidade, do devido processo legal, do juízo natural e do duplo grau de jurisdição. Violação das funções institucionais do Ministério Público Eleitoral. A resolução questionada diverge do entendimento constante da Súmula 18 do Tribunal Superior Eleitoral, a qual esclarece que o juiz eleitoral não tem legitimidade para, de ofício, instaurar procedimento para impor multa por propaganda eleitoral. A matéria em exame encontra-se regulamentada nos artigos 41; 57-B, § 5º; e 57-D, § 2º, da Lei 9.504/1997. A imposição de medidas de interdição ou de suspensão de perfis, contas ou canais em redes sociais configura censura prévia vedada pelo Texto Constitucional. No regime democrático, a manifestação de pensamento e a liberdade de opinião e de expressão consistem em direitos e garantias constitucionais dos cidadãos, não sendo permitida censura prévia. Atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Manifestação pela procedência do pedido.

Intimada, a PGR limitou-se a reiterar as razões lançadas na petição inicial.

É o relatório. Decido.

19/12/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.261 DISTRITO FEDERAL

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

ADI 7261 / DF

(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

ADI 7261 / DF

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

ADI 7261 / DF

atribuição normativa de extração constitucional.

Cumpra 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

ADI 7261 / DF

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*

ADI 7261 / DF

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).

ADI 7261 / DF

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,

ADI 7261 / DF

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 júízo 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”.

ADI 7261 / DF

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).

ADI 7261 / DF

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

ADI 7261 / DF

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

ADI 7261 / DF

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 colocaram 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

ADI 7261 / DF

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

ADI 7261 / DF

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

ADI 7261 / DF

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 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 arremesso 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 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 desinformation 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

ADI 7261 / DF

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

ADI 7261 / DF

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

ADI 7261 / DF

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

ADI 7261 / DF

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.

ADI 7261 / DF

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.

19/12/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.261 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**
AM. CURIAE. : **COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS**
DOM PAULO EVARISTO ARNS - COMISSÃO ARNS
ADV.(A/S) : **LUCAS MORAES SANTOS**
ADV.(A/S) : **THIAGO GOMES VIANA**
ADV.(A/S) : **REBECA LAIS DE JESUS COSTA**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO**
MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
ADV.(A/S) : **ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, contra o art. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º; arts. 3º, *caput*, 4º, 5º, 6º e 8º, todos da Resolução 23.714 do Tribunal Superior Eleitoral. Eis o teor das normas impugnadas:

“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

ADI 7261 / DF

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.

ADI 7261 / DF

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”.

Na exordial, o PGR argumenta, em síntese, que *“o ato impugnado inova no ordenamento jurídico, com estabelecimento de novas vedação e sanções distintas das previstas em lei, amplia o poder de polícia do Presidente do TSE em prejuízo da colegialidade, do juízo natural e do duplo grau de jurisdição, e alija o Ministério Público da iniciativa de ações ou de medidas voltadas a proteger a*

ADI 7261 / DF

normalidade e a legitimidade das eleições”.

Diante desse quadro, afirma que o TSE invadiu competência da União para legislar sobre Direito Eleitoral, o que acarreta inconstitucionalidade formal do diploma. Além disso, compreende que as normas impugnadas violam a liberdade de manifestação do pensamento, independentemente de censura prévia, o princípio da proporcionalidade, os deveres de inércia e de imparcialidade do magistrado, a garantia do duplo grau de jurisdição e o princípio da colegialidade.

Em 22/10/2022, o Relator, Ministro EDSON FACHIN, indeferiu a medida cautelar pleiteada. Em síntese, Sua Excelência considerou 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. A poucos dias do segundo turno das Eleições Gerais de 2022, importa que se adote 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. Assim, parece-me, nesta primeira apreciação, que deve-se prestigiar a autoridade eleitoral no exercício de sua atribuição normativa de extração constitucional”.*

Em Sessão Virtual Extraordinária de 25/10/2022, o Tribunal, por maioria, referendou referida decisão, nos termos da seguinte ementa:

EMENTA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO TSE Nº. 23.714/2022. ENFRENTAMENTO DA DESINFORMAÇÃO CAPAZ DE ATINGIR A INTEGRIDADE DO PROCESSO ELEITORAL. 1. Não se reveste de *fumus boni iuris* a alegação de que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ao exercer a sua atribuição de elaboração normativa e o poder de polícia em relação à propaganda eleitoral, usurpa a competência legislativa da União, porquanto a Justiça Especializada vem tratando da temática do combate à desinformação por meio de reiterados precedentes jurisprudenciais e atos normativos, editados ao longo dos últimos anos. 2. A Resolução TSE nº. 23.714/2022 não

ADI 7261 / DF

consiste em exercício de censura prévia. 3. A disseminação de notícias falsas, no curto prazo do processo eleitoral, pode ter a força de ocupar todo espaço público, restringindo a circulação de ideias e o livre exercício do direito à informação. 4. O fenômeno da desinformação veiculada por meio da internet, caso não fiscalizado pela autoridade eleitoral, tem o condão de restringir a formação livre e consciente da vontade do eleitor. 5. Ausentes elementos que, nesta fase processual, conduzam à decretação de inconstitucionalidade da norma impugnada, há que se adotar atitude de deferência em relação à competência do Tribunal Superior Eleitoral de organização e condução das eleições gerais. 6. Medida cautelar indeferida.

Na sequência, a Advocacia-Geral da União (doc. 47) manifestou-se pela procedência do pedido em peça assim ementada:

Eleitoral. Artigos 2º, caput e §§ 1º e 2º; 3º, caput; 4º, 5º, 6º e 8º, da Resolução nº 23.714, de 20 de outubro de 2022, do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, que “dispõe sobre o enfrentamento à desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral”. Alegada violação aos artigos 5º, incisos II, IV, IX, XIV, LIII, LIV e LV; 16; 22, inciso I; 37, caput; 127, caput; 129, incisos II, VI e VIII e 220, caput, todos da Constituição Federal. O diploma sob invectiva inovou no ordenamento jurídico, tendo estabelecido, a menos de dez dias da realização do segundo turno das eleições nacionais de 2022, novas vedações e sanções diversas das previstas em lei. Ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade, segurança jurídica, da anterioridade eleitoral, da legalidade, do devido processo legal, do juízo natural e do duplo grau de jurisdição. Violação das funções institucionais do Ministério Público Eleitoral. A resolução questionada diverge do entendimento constante da Súmula 18 do Tribunal Superior Eleitoral, a qual esclarece que o juiz eleitoral não tem legitimidade para, de ofício, instaurar procedimento para impor multa por propaganda eleitoral. A matéria em exame encontra-se

ADI 7261 / DF

regulamentada nos artigos 41; 57-B, § 5º; e 57-D, § 2º, da Lei 9.504/1997. A imposição de medidas de interdição ou de suspensão de perfis, contas ou canais em redes sociais configura censura prévia vedada pelo Texto Constitucional. No regime democrático, a manifestação de pensamento e a liberdade de opinião e de expressão consistem em direitos e garantias constitucionais dos cidadãos, não sendo permitida censura prévia. Atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Manifestação pela procedência do pedido.

A Procuradoria-Geral da República (doc. 47) reiterou os termos da inicial, opinando pelo conhecimento da ação e procedência do pedido para: (a) conferir interpretação conforme ao art. 2º, caput, a fim de afastar seu alcance à livre manifestação de opinião e de informação acerca dos fatos a que se refere; e (b) declarar a inconstitucionalidade das disposições constantes dos arts. 2º, §§ 1º e 2º; 3º, caput; 4º, 5º, 6º e 8º, todos da Resolução 23.714/2022 do Tribunal Superior Eleitoral.

Submetido o mérito da controvérsia a julgamento virtual, o Ministro Relator confirma o indeferimento da medida cautelar e julga improcedente o pedido:

EMENTA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO TSE Nº. 23.714/2022. ENFRENTAMENTO DA DESINFORMAÇÃO CAPAZ DE ATINGIR A INTEGRIDADE DO PROCESSO ELEITORAL. 1. Não prospera a alegação de que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ao exercer a sua atribuição de elaboração normativa e o poder de polícia em relação à propaganda eleitoral, usurpou a competência legislativa da União, porquanto a Justiça Especializada vem tratando da temática do combate à desinformação por meio de reiterados precedentes jurisprudenciais e atos normativos, editados ao longo dos últimos anos. 2. A Resolução TSE nº. 23.714/2022 não consiste em exercício de censura prévia. 3. A

ADI 7261 / DF

disseminação de notícias falsas, no curto prazo do processo eleitoral, pode ter a força de ocupar todo espaço público, restringindo a circulação de ideias e o livre exercício do direito à informação. 4. O fenômeno da desinformação veiculada por meio da *internet*, caso não fiscalizado pela autoridade eleitoral, tem o condão de restringir a formação livre e consciente da vontade do eleitor. 5. Ausentes elementos que conduzam à decretação de inconstitucionalidade da norma impugnada, há que se adotar atitude de deferência em relação à competência do Tribunal Superior Eleitoral de organização e condução das eleições gerais. 6. Medida cautelar confirmada. 7. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

É o breve relatório.

DA AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO

De início, observo que não há no Regimento Interno da CORTE, ou na legislação processual, qualquer hipótese de impedimento ou suspeição aplicável para o presente julgamento.

A CORTE apreciou, no precedente firmado na ADI 55 MC-QO (Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 31/5/1989, DJ 16/3/1990), a alegação de impedimento do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, que havia, como Procurador-Geral da República, recusado o encaminhamento de representação contra a norma questionada naquela Ação Direta, e do Min. PAULO BROSSARD, que referendara a mesma norma na qualidade de Ministro de Estado. Em questão de ordem, a CORTE estabeleceu as balizas aplicáveis ao controle concentrado que até hoje são pacíficas, no sentido da inexistência de impedimento em controle concentrado de constitucionalidade, ressalvada apenas a hipótese excepcional em que o Ministro da CORTE, atuando como Procurador-Geral da República, tenha manifestado posição sobre o mérito da causa.

Transcrevo a proposição da questão de ordem:

ADI 7261 / DF

“O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE) - Há uma anotação dando como impedidos os Srs. Ministros PAULO BROSSARD e SEPÚLVEDA PERTENCE. Em princípio, nas ações de inconstitucionalidade, não há impedimento.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Quanto a mim, Sr. Presidente, fui provocado por terceiros, ainda antes das eleições, a representar, por inconstitucionalidade, contra a mesma lei. E o meu despacho, indeferindo, realmente entrou no mérito entendendo constitucional a lei.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE) - Compreendo que, realmente, é especial a situação do Membro do Tribunal, que foi Procurador-Geral da República e, nessa qualidade, já se pronunciou sobre a matéria, entendendo que não era caso de representação de inconstitucionalidade. Muito embora se trate de ação contra a lei em tese e essa e a razão segundo a qual se tem firme o entendimento de que nenhum Membro da Corte é impedido para julgar representação de inconstitucionalidade, - na hipótese, o hoje Ministro já se manifestou, acerca da espécie, não reconhecendo a inconstitucionalidade, o que, a meu ver, há de constituir motivo excepcional a admitir o impedimento.

De outra parte, diferente é a situação de Membro da Corte, que, à época da criação da norma legislativa, era Ministro de Estado e, nessa condição, ao ensejo da sanção, referendou o diploma. Não penso que, nessa circunstância, em que não houve expreso pronunciamento a respeito do tema da validade da Lei, seja de considerar-se impedido o Ministro para participar do julgamento. A orientação que se assentou, ainda no sistema da Emenda Constitucional 07, de 1977, foi no sentido de não existir impedimento em matéria de representação, porque não se discutem interesses em concreto; apenas o que se julga é a lei em abstrato.

Dessa maneira, compreendo que o referendo do Ministro PAULO BROSSARD não o torna impedido para examinar o

ADI 7261 / DF

mérito da presente ação de inconstitucionalidade.

Para que se firme orientação, consulto, entretanto, o Tribunal.

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD - Sr. Presidente, é verdade que ao sancionar, a Presidência da República examina a constitucionalidade e a consistência da lei para ver se deve ser vetado ou se deve ser sancionado. Ao sancionar, parece-me que está implícito o juízo sobre a regularidade do projeto de lei.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE) - Não há, todavia, um juízo em torno das alegações de inconstitucionalidade da Lei, tal como sucede com o Procurador-Geral da República que recusou aforar a demanda de inconstitucionalidade da mesma Lei.

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD - Não tenho qualquer dificuldade em emitir o meu voto.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE) - Tenho como conveniente se fixe uma orientação a respeito dessa questão, porque, provavelmente, hipóteses semelhantes se repitam com a composição atual do Tribunal, em face do aumento do número de ações diretas de inconstitucionalidade e a contemporaneidade entre o exercício desses cargos por atuais membros da Corte e a legislação que, eventualmente, venha a ser questionada.

Em conclusão, o simples referendo não torna impedido o Ministro para julgar a ação direta de inconstitucionalidade, tendo-se, porém, como impedido, no caso de, na posição de Procurador-Geral da República, haver recusado ajuizar a mesma ação, de terminando o arquivamento da representação”.

Posteriormente, na ADI 4 (Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 7/3/1991, DJ de 2/6/1993), no qual foi discutido eventual impedimento do Ministro CELSO DE MELLO por ter participado, como integrante do Poder Executivo, da elaboração da norma questionada, o SUPREMO manteve esse mesmo posicionamento:

ADI 7261 / DF

“DEMAIS PRELIMINARES REJEITADAS, POR UNANIMIDADE. MÉRITO: AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE, POR MAIORIA DE VOTOS (DECLARADA A CONSTITUCIONALIDADE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO).

1. MINISTRO QUE OFICIOU NOS AUTOS DO PROCESSO DA ADIN, COMO PROCURADOR-GERAL DA REPUBLICA, EMITINDO PARECER SOBRE MEDIDA CAUTELAR, ESTA IMPEDIDO DE PARTICIPAR, COMO MEMBRO DA CORTE, DO JULGAMENTO FINAL DA AÇÃO.

2. MINISTRO QUE PARTICIPOU, COMO MEMBRO DO PODER EXECUTIVO, DA DISCUSSÃO DE QUESTÕES, QUE LEVARAM A ELABORAÇÃO DO ATO IMPUGNADO NA ADIN, NÃO ESTA, SÓ POR ISSO, IMPEDIDO DE PARTICIPAR DO JULGAMENTO”.

Esse entendimento permanece pacificado na CORTE, no sentido da inadmissibilidade da declaração de impedimento ou suspeição de Ministro do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, inclusive, em hipóteses nas quais tenha prestado informações como Presidente do TSE:

“EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: inadmissibilidade da declaração de suspeição de Ministro do Supremo Tribunal. II. Poder Judiciário: elegibilidade para a direção dos Tribunais: LOMAN, art. 102: recepção pela Constituição, segundo a jurisprudência do Tribunal. Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido da recepção pela Constituição de 1988, à vista do seu art. 93, do art. 102 da LOMAN de 1979, que restringe a eleição dos dirigentes dos Tribunais aos "seus juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção" (ADIn 1422-RJ, precedente, 09.09.89, Galvão, DJ 12.11.99; ADIn 841, precedente, 21.09.94, Velloso, DJ 24.03.95; MS 20911, 10.05.89, Gallotti, RTJ 128/1141; ADInMC 1152, 10.11.94, Celso, DJ 03.02.95; ADInMC 1385, 07.12.95, Néri, DJ 16.02.96): os precedentes - sem prejuízo

ADI 7261 / DF

da divergência do relator (voto na ADIn 1422, cit) - bastam à afirmação da plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade de norma regimental de Tribunal de Justiça que faz elegíveis todos os seus Juízes”.

(ADI 2370 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2000, DJ 09-03-2001).

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE IMPEDIMENTO. AÇÃO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE SUBJETIVO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS OU FATOS NOVOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”.(AImp 44 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2018, DJe 08-08-2018).

“O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo, não está impedido de participar do julgamento de ação direta na qual tenha sido questionada a constitucionalidade, "in abstracto", de atos ou de resoluções emanados daquela Egrégia Corte judiciária. Também não incidem nessa situação de incompatibilidade processual, considerado o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF. - Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, em conseqüência, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o

ADI 7261 / DF

juízo, em tese, não de uma situação concreta, mas da validade jurídico-constitucional, a ser apreciada em abstrato, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público”.

(ADI 2321 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2000, DJ 10-06-2005)

Mencionem-se também decisões monocráticas da Presidência da CORTE em incidentes de arguição de impedimento e suspeição, como a proferida pelo Ministro GILMAR MENDES na AS 37 (DJe de 4/3/2009), em que se arguiu a suspeição do Ministro EROS GRAU em razão de parecer emitido sobre a tese discutida em ADPF:

“Como consignado no parecer do Procurador-Geral da República, não é cabível a arguição de suspeição em processo objetivo de controle de constitucionalidade. No controle concentrado de constitucionalidade, não se discute interesse de caráter individual ou situações concretas. No caso da ADPF, a análise do mérito limita-se ao caráter abstrato e objetivo da legitimidade da norma impugnada perante os preceitos fundamentais existentes na Carta Constitucional. Na obra Controle de Constitucionalidade Aspectos jurídicos e políticos (São Paulo: Editora Saraiva, 1990, pp. 205-251), expus da seguinte forma o meu entendimento sobre a matéria: Tem-se aqui, pois, o que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processo objetivo (objektives Verfahren), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente à defesa da Constituição (Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (Rechtsschutzbedürfnis), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o Bundesverfassungsgericht que, no controle abstrato de normas, cuida-se fundamentalmente, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido. A admissibilidade do controle de normas ensina Söhn - está vinculada a uma necessidade pública de controle (öffentliches

ADI 7261 / DF

Kontrollbedürfnis)“.

Nesse mesmo sentido, imprescindível ressaltar as decisões proferidas na ADI-MC 2.321, Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 10.6.2005 e AO 991, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 24.10.2003, esta última, nos seguintes termos:

“Decidiu o Supremo, na linha de pensamento da Corte constitucional alemã, (...), que a argüição de suspeição revela-se incabível no âmbito do processo objetivo de controle normativo abstrato de constitucionalidade. No tocante ao impedimento, este pode ocorrer se o julgador houver atuado no processo como requerente, requerido, Advogado-Geral da União ou Procurador-Geral da República. (...). No voto que proferiu quando do julgamento da ADI 2.370/CE, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence esclareceu, forte em precedentes da casa (ADI 55, Gallotti, 13.5.89; ADI 2.243, Marco Aurélio, 16.8.2000) que o Supremo Tribunal Federal não admite, no processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, nem impedimentos, que não sejam os de formal participação na relação processual, nem de suspeição”.

Finalmente, registro julgamento mais recente, em que o Min. Dias Toffoli propôs questão de ordem para reafirmar que *“em controle sob perfil objetivo, não atrai, via de regra, os institutos do impedimento e da suspeição, próprios que são dos processos em que há defesa de interesses e posições”*, de modo que não restou impossibilitada a sua participação no julgamento da ADI 2.238, de minha relatoria, em que Sua Excelência havia atuado como Advogado-Geral da União e em que se impugnavam diversos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (ADI 2238, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 31-08-2020 PUBLIC 01-09-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-228 DIVULG 14-09-2020 PUBLIC 15-09-2020).

ADI 7261 / DF

DO MÉRITO

Inicialmente, rememoro que tenho defendido, no âmbito desta Suprema Corte, o direito à liberdade de expressão e o combate à censura prévia.

Nesse sentido, registro, ilustrativamente, o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.451, da qual fui relator e em que se impugnava norma eleitoral que, entre outros pontos, vedava às emissoras de rádio e televisão a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

Naquela oportunidade, ponderei que 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, motivo pelo qual votei pela inconstitucionalidade do ato impugnado. Eis a ementa do referido julgado:

“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

ADI 7261 / DF

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)

Observo, contudo, que, ao fundamento da liberdade de expressão, o que tem ocorrido tanto no Brasil quando no mundo é uma disseminação de informações sabidamente falsas com o intuito de afetar a higidez do processo eleitoral.

Sobre esse ponto, tenho insistentemente repetido que liberdade de expressão não é liberdade de agressão a pessoas ou a instituições democráticas. Portanto, não é possível defender, por exemplo, a volta de um ato institucional número cinco, o AI-5, que garantia tortura de pessoas, morte de pessoas e o fechamento do Congresso Nacional e do

ADI 7261 / DF

Poder Judiciário. Nós não estamos em uma selva!

Igualmente, não se pode pretender que a liberdade de expressão legitime a disseminação de informações falsas que correm o processo democrático e retiram do eleitor o livre poder de autodeterminação no processo eleitoral.

Como bem ponderou o Min. Edson Fachin em seu voto, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral já assentaram que não se pode utilizar de um dos fundamentos da democracia, a liberdade de expressão, para atacá-la. Assim, 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.

Foi justamente nessa conjuntura que se editou a Resolução 23.714, enquanto mecanismo de democracia defensiva e de combate à desinformação.

Ao apreciar o pedido de mérito da presente Ação Direta, o Min. FACHIN o indeferiu, fazendo as seguintes ponderações:

“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.

(...)

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

ADI 7261 / DF

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, recalcando 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).

(...)

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”.

Em consonância com o voto do relator, registro o julgamento, no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, da Tutela Provisória Antecipatória 39, Rel. Min. Nunes Marques, Red. P/ acórdão Min. Edson Fachin, em que a Corte assentou que não pode partido político, candidato ou agente político eleito invocar normas constitucionais e direitos fundamentais para erodir a democracia constitucional brasileira.

Com efeito, não se deve confundir o livre debate público de ideias e a livre disputa eleitoral com a autorização para disseminar desinformação, preconceitos e ataques ao sistema eletrônico de votação, ao regular andamento do processo eleitoral, ao livre exercício da

ADI 7261 / DF

soberania popular e à democracia. Transcrevo a ementa do referido julgado:

“TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE. MEDIDA CAUTELAR. NÃO REFERENDO. DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DA DEMORA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE PROVIMENTO DO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACERTO DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. PERIGO DA DEMORA INVERSO. PROCESSO ELEITORAL. NOTÍCIAS FALSAS. SEGURANÇA JURÍDICA. ELEIÇÕES. 1. Havendo perigo da demora em sentido inverso, decorrente da ausência de probabilidade de provimento do agravo em recurso extraordinário contra decisão do TSE, não há que se conceder a tutela provisória. 2. **Não pode partido político, candidato ou agente político eleito invocar normas constitucionais e direitos fundamentais para erodir a democracia constitucional brasileira.** 3. **Não se deve confundir o livre debate público de ideias e a livre disputa eleitoral com a autorização para disseminar desinformação, preconceitos e ataques ao sistema eletrônico de votação, ao regular andamento do processo eleitoral, ao livre exercício da soberania popular e à democracia.** 4. **A jurisprudência reiterada do TSE e do Supremo Tribunal Federal reconhecem que não há liberdade de expressão, nem imunidade parlamentar, que ampare a disseminação de informações falsas por redes sociais e na internet.** Ausência de inovação jurisprudencial a respeito dessas temáticas. 5. Tutela provisória não referendada”.

(TPA 39 MC-Ref, Relator(a): NUNES MARQUES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 12-09-2022 PUBLIC 13-09-2022)

A liberdade de expressão não ampara a disseminação de informações falsas por redes sociais e na internet.

ADI 7261 / DF

Nesse exato sentido, a resolução aprovada pelo Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, tem como objetivo prestigiar a segurança jurídica, conferindo coerência, bem assim efetividade e agilidade a decisões colegiadas já proferidas sobre determinados conteúdos – idênticos – que se replicam em diferentes endereços eletrônicos, característica peculiar da Internet e das mídias sociais. Se um determinado conteúdo já veio a merecer glosa e remoção por força de decisão colegiada do Tribunal Superior Eleitoral, a sua eventual replicação em endereços eletrônicos outros – para além daquele em que originalmente veiculado – é natural que outros endereços que venham a hospedar o conteúdo em causa, contemporâneos ou não à decisão, podem e devem ser abrangidos pelo julgado, ainda que por força de decisão complementar extensiva de efeitos.

Garante-se, dentro da absoluta razoabilidade, a necessária segurança jurídica e a obrigatória igualdade.

Insista-se, trata-se de uma elementar questão de segurança jurídica, de coerência, de efetividade e de celeridade, máxime em meio a campanhas eleitorais de modo a assegurar paridade de armas e a própria higidez do processo.

A desinformação – entendida como uma ação comunicativa fraudulenta, baseada na propagação de afirmações falsas ou descontextualizadas com objetivos destrutivos – conflita com valores básicos da normativa eleitoral, na medida em que impõe sérios obstáculos à liberdade de escolha dos eleitores e, adicionalmente, à tomada de decisões conscientes. Compromete, portanto, a normalidade do processo político, dada a intenção deliberada de suprimir a verdade, gerando desconfiança, com conseqüente perda de credibilidade e fé nas instituições da democracia representativa.

Dentro desse panorama, a Resolução TSE veio para preservar as condições de normalidade do pleito, eliminando os riscos sociais associados à desinformação, a partir da disseminação generalizada de notícias falsas, prejudicando a aceitação pacífica dos resultados, em manifesta lesão à soberania popular (art. 1º, parágrafo único, c/c art. 14,

ADI 7261 / DF

caput e § 9º, da Constituição) e à estabilidade do processo democrático.

Assim, a divulgação consciente e deliberada de informações falsas sobre a atuação da Justiça Eleitoral ou das autoridades ou servidores que a compõem, atribuindo-lhes, direta ou indiretamente, comportamento imoral ou ilícito, implica a promoção de desordem informativa que prejudica, substancialmente, a democracia, atraindo, por exemplo, em tese, a prática do crime previsto no art. 296 do Código Eleitoral.

Consequentemente, abrange toda e qualquer espécie de desordem informativa que tenha aptidão para dificultar, com base na propagação de informações distorcidas, a missão da JUSTIÇA ELEITORAL de organizar eleições regulares, com resultados bem absorvidos pela população.

Do cenário pós-primeiro turno, é evidente a produção de um conjunto de manifestações públicas sabidamente inverídicas, indutoras de ataques institucionais com teor incendiário, realizadas por diferentes atores que poluem o debate público e alimentam o extremismo nas plataformas digitais.

A propagação generalizada de impressões falseadas de natureza grave e antidemocrática, que objetivam hackear a opinião pública, malferem o direito fundamental a informações verdadeiras e induzem o eleitor a erro, cultivando um cenário de instabilidade que extrapola os limites da liberdade de fala, colocando sob suspeita o canal de expressão da cidadania.

Nesse cenário, o Estado deve reagir de modo efetivo e construtivo contra os efeitos nefastos da desinformação.

A resolução, portanto, tratou da sistematização de soluções respaldadas pelo ordenamento e que cumprem, na linha do que já fora feito pelo inciso IV do § 5º do art. 39 da Lei nº 9.504, de 1997 – que proíbe, taxativamente, a publicação ou impulsionamento de conteúdos eleitorais na data do pleito –, para compatibilizar os ideais de justiça e liberdade também no ambiente digital.

Diante do exposto, ACOMPANHAMENTO integralmente o eminente Relator, Ministro EDSON FACHIN, e, confirmando os termos do acórdão que indeferiu o pedido cautelar, julgo IMPROCEDENTE a presente Ação

ADI 7261 / DF

Direta de Inconstitucionalidade.

É o voto.

19/12/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.261 DISTRITO FEDERAL

| | |
|--------------------|--|
| RELATOR | : MIN. EDSON FACHIN |
| REQTE.(S) | : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA |
| INTDO.(A/S) | : TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL |
| AM. CURIAE. | : COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DOM PAULO EVARISTO ARNS - COMISSÃO ARNS |
| ADV.(A/S) | : LUCAS MORAES SANTOS |
| ADV.(A/S) | : THIAGO GOMES VIANA |
| ADV.(A/S) | : REBECA LAIS DE JESUS COSTA |
| AM. CURIAE. | : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP |
| ADV.(A/S) | : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA |

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Senhor Presidente, acolhendo o escoreito relatório elaborado pelo eminente Ministro Edson Fachin, permito-me apenas rememorar brevemente que estamos a analisar, nesta assentada, em julgamento de mérito, 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, sustenta 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

ADI 7261 / DF

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 Tribunal Superior Eleitoral 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. Ratificando o entendimento adotado na apreciação da medida cautelar, o ilustre Relator julga improcedente o pedido alicerçando-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, inter-relacionando 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*

ADI 7261 / DF

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".

Brevissimamente sumariada a controvérsia, passo a me manifestar.

6. Antecipo, desde logo, que, renovando a mais elevada e respeitosa vênua às compreensões em sentido diverso, **mantenho a divergência parcial em relação ao ilustre Relator, ratificando o entendimento já manifestado por ocasião da apreciação do referendo à medida cautelar deferida por Sua Excelência, entendendo ser o caso de julgar parcialmente procedente o pedido inicial.**

7. Replicando a mesma metodologia já empregada na apreciação da medida cautelar, centrarei a análise inicial no exame dos pontos de divergência, circunscrita aos 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

ADI 7261 / DF

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.

8. 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)

9. 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.

10. 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;

ADI 7261 / DF

11. Registra-se que o aludido dispositivo congênere 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, o qual, em 06/03/2023, devolveu para julgamento, sendo posteriormente incluído na pauta da sessão virtual iniciada em 22/09/2023 e, nessa mesma data, destacado para julgamento presencial.

12. Em que pese a pendência de desfecho dessa ADI, certo é que, naquela primeira 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”*.

13. 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”*.

14. 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

ADI 7261 / DF

exegese do comando legal com o Texto Constitucional.

15. 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.”

16. 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*”.

17. 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*.

18. 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.

19. 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

ADI 7261 / DF

perfil, conta ou canal criado em mídia social.

20. Progredindo no raciocínio, especificamente em direção ao escopo da norma em questão, me parece 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.

21. 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.

22. 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.**

23. 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.

ADI 7261 / DF

24. 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 4.815/DF, oportunidade na qual, a propósito de eventuais manifestações que abusem do direito fundamental à liberdade de expressão, a eminente Relatora, e. Ministra 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”*.

25. 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”*.

26. 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.

ADI 7261 / DF

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 acadêmica, 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.”

27. Vale lembrar, no ponto, dentre tantos outros posicionamentos igualmente paradigmáticos deste Supremo Tribunal Federal, o quanto assentado no bojo da ADPF n° 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

ADI 7261 / DF

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

ADI 7261 / DF

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 parilha 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**

ADI 7261 / DF

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

28. Em idêntica direção, no âmbito da ADI n° 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”*.

29. 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

ADI 7261 / DF

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).

30. 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.

31. 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*

ADI 7261 / DF

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)

32. 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

ADI 7261 / DF

a síntese percucientemente elaborada pelo Min. Edson Fachin no voto já proferido na mencionada ADPF n° 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 **aprimazia *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)

33. Pois bem. Com espeque em tais balizas interpretativas, no caso

ADI 7261 / DF

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 Tribunal Superior Eleitoral, privar toda a população brasileira de acesso a serviços das plataformas de redes sociais.

34. 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).

35. 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

ADI 7261 / DF

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.

36. Nesses termos, não me animo 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.

37. Postas essas afirmações de fundo especificamente quanto aos pontos de divergência, entendo pertinente renovar, também nesta assentada, as preocupações já manifestadas em relação aos demais termos do objeto desta ação direta, pois, embora não me conduzam a dissentir, no particular, da posição apresentada, buscam trazer subsídios ao inafastável aperfeiçoamento, ou mesmo superação, do que se pretende com um “*arco de experimentação regulatória*”.

38. Dito de outra forma, **feitas as colocações relativas aos arts. 4º e 5º, as quais me levam a julgar o pedido procedente nesse ponto e, por consequência, manifestar-me pela inconstitucionalidade desses**

ADI 7261 / DF

dispositivos; passo a tecer algumas considerações acerca das demais questões sob julgamento, nada obstante esteja a acompanhar, nessa parte, o voto do eminente Relator.

39. Em homenagem à colegialidade e aos argumentos do e. Ministro Edson Fachin, mantenho a compreensão já manifestada em assentada anterior quanto a 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.”

40. **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, 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 manifestação de voto ora submetida à apreciação, levada às últimas consequências, essa providência normativa terminaria por dispensar a utilidade de tramitação do PL nº 2.630/2020 no Congresso Nacional, que visa à regulação de plataformas de mídias sociais, haja vista a margem de conformação**

ADI 7261 / DF

imputada à Corte Eleitoral.

41. 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 Tribunal Superior Eleitoral 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**

ADI 7261 / DF

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).

42. 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

ADI 7261 / DF

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.”

43. **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 Tribunal Superior Eleitoral 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”.

ADI 7261 / DF

44. 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.

45. 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)

ADI 7261 / DF

46. 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.

47. 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 Resolução TSE nº 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.”

48. 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,

ADI 7261 / DF

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)

49. 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

ADI 7261 / DF

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)

50. 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

ADI 7261 / DF

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)

51. 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*”.

52. 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 Tribunal Superior Eleitoral voltados a disciplinar o processo eleitoral em curso.

53. **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.

ADI 7261 / DF

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

55. Com base em tais razões, renovando as mais elevadas vênias aos que comungam de compreensão diversa, **mantendo a compreensão já manifestadas por ocasião do julgamento do referendo à medida cautelar, divirjo, em parte, do eminente Relator para julgar parcialmente procedente o pedido inicial, reconhecendo, portanto, a inconstitucionalidade dos arts. 4º e 5º da Resolução TSE nº 23.714, de 2022.**

É como voto Senhor 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*

ADI 7261 / DF

citizens)

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.261

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

AM. CURIAE. : COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DOM PAULO
EVARISTO ARNS - COMISSÃO ARNS

ADV.(A/S) : LUCAS MORAES SANTOS (49849/DF)

ADV.(A/S) : THIAGO GOMES VIANA (10642/MA)

ADV.(A/S) : REBECA LAIS DE JESUS COSTA (23642/MA)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO
PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S) : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (12500/DF)

Decisão: O Tribunal, por maioria, ratificando os termos da decisão que indeferiu o pedido de medida cautelar, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, e, em vista do referendo da cautelar pelo Plenário desta Corte e do julgamento de mérito ora proferido, restou prejudicado o agravo regimental interposto no eDoc 7, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Ministro André Mendonça. Plenário, Sessão Virtual de 8.12.2023 a 18.12.2023.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça e Cristiano Zanin.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário