

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA

IVSON VASCONCELOS COSTA

ATUAÇÃO DO TSE NO COMBATE A ATAQUES CONTRA A DEMOCRACIA:
ANÁLISE DO LIMITE ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ATAQUE
INSTITUCIONAL A PARTIR DA ATUAÇÃO DO TSE

MACEIÓ - AL

2024

IVSON VASCONCELOS COSTA

ATUAÇÃO DO TSE NO COMBATE A ATAQUES CONTRA A DEMOCRACIA:
ANÁLISE DO LIMITE ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ATAQUE
INSTITUCIONAL A PARTIR DA ATUAÇÃO DO TSE

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de
Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. M.e. Thiago Rodrigues de Pontes Bomfim.

MACEIÓ - AL

2024

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária: Taciana Sousa dos Santos – CRB-4 – 2062

C837a Costa, Ivson Vasconcelos.

Atuação do TSE no combate a ataques contra a democracia : análise do limite entre liberdade de expressão e ataque institucional a partir da atuação do TSE / Ivson Vasconcelos Costa. – 2024.

56 f.

Orientador: Thiago Rodrigues de Pontes Bomfim.

Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) –
Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió,
2024.

Bibliografia: f. 53-56.

1. Eleições. 2. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). 3. Liberdade de expressão. 4. Atos antidemocráticos – Combate. 5. Princípio da proporcionalidade. 6. Fake news. I. Título.

CDU: 342.8

Folha de Aprovação

IVSON VASCONCELOS COSTA

**ATUAÇÃO DO TSE NO COMBATE A ATAQUES CONTRA A DEMOCRACIA:
ANÁLISE DO LIMITE ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ATAQUE
INSTITUCIONAL A PARTIR DA ATUAÇÃO DO TSE**

Esta monografia de conclusão de curso de graduação em Direito, apresentada no dia 27/02/2024 à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, obteve a devida aprovação perante a seguinte banca examinadora.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. M.e. Thiago Rodrigues de Pontes Bomfim

Presidente: Prof. M.e. Tácito Yuri de Melo Barros

Membro: Andrey Bruno Cavalcante Vieira

Maceió - AL.

Fevereiro/2024.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao bom senhor **Jesus** por em tudo me sustentar e prover cada detalhe em minha vida:

Ele nos libertou do império das trevas e nos transportou para o reino do Filho do seu amor, no qual temos a redenção, a remissão dos pecados. Este é a imagem do Deus invisível, o primogênito de toda a criação; pois, **nele, foram criadas todas as coisas**, nos céus e sobre a terra, as visíveis e as invisíveis, sejam tronos, sejam soberanias, quer principados, quer potestades. Tudo foi criado por meio dele e para ele. Ele é antes de todas as coisas. **Nele, tudo subsiste.** (Colossenses 1. 13 - 17)

Por isso, vos digo: não andeis ansiosos pela vossa vida, quanto ao que haveis de comer ou beber; nem pelo vosso corpo, quanto ao que haveis de vestir. Não é a vida mais do que o alimento, e o corpo, mais do que as vestes? Observai as aves do céu: não semeiam, não colhem, nem ajuntam em celeiros; contudo, vosso Pai celeste as sustenta. Porventura, não valeis vós muito mais do que as aves? Qual de vós, por ansioso que esteja, pode acrescentar um côvado ao curso da sua vida? E por que andais ansiosos quanto ao vestuário? Considerai como crescem os lírios do campo: eles não trabalham, nem fiam. Eu, contudo, vos afirmo que nem Salomão, em toda a sua glória, se vestiu como qualquer deles. Ora, se Deus veste assim a erva do campo, que hoje existe e amanhã é lançada no forno, quanto mais a vós outros, homens de pequena fé? Portanto, não vos inquieteis, dizendo: Que comeremos? Que beberemos? Ou: Com que nos vestiremos? Porque os gentios é que procuram todas estas coisas; pois vosso Pai celeste sabe que necessitais de todas elas; **buscai, pois, em primeiro lugar, o seu reino e a sua justiça, e todas estas coisas vos serão acrescentadas.** Portanto, não vos inquieteis com o dia de amanhã, pois o amanhã trará os seus cuidados; basta ao dia o seu próprio mal. (Mateus 6.24 - 34)

Agradeço aos meus pais (**Ivson de Almeida Costa e Suely Vasconcelos Costa**) por todo o suporte e cuidado desde sempre, certamente muito se sacrificaram para que eu chegasse até aqui.

Agradeço à minha namorada, **Beatriz Brasil**, seu suporte e carinho tornam a caminhada muito mais suave e o desejo de casar contigo me motivou a escrever estas páginas e a me tornar um homem melhor em todas as áreas, para que em tudo possamos viver para a Glória do nosso Senhor.

Agradeço à **Prof. Dra. Juliana Jota**, por, ao ter detectado fragilidades em meu TCC na primeira tentativa de apresentação, ter oferecido parecer sugerindo a apresentação em período posterior e apontado diretrizes para ajuste, adequação e amadurecimento do trabalho. Foi de imprescindível ajuda. Seu comprometimento profissional é inspirador.

Por fim, agradeço aos irmãos em Cristo Jesus pelas orações, especialmente aqueles do **Pequeno Grupo Coram Deo**, da IPF, que semana após semana ouviram pedidos de oração por (TCC, OAB e Vida Devocional), suas orações certamente me ajudaram a conciliar essas coisas.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o contexto da eleição brasileira de 2022 tomando como ponto de partida o modus operandi de divulgação de conteúdo e sistemas de manipulação de informações que se consolidaram no pleito eleitoral a partir das eleições de 2016 nos EUA e 2018 no Brasil. Além disso, busca-se investigar a competência do TSE para tratar do tema e as medidas tomadas, especialmente se estas foram legítimas e adequadas. Trata também do choque entre liberdade de expressão e combate a atos antidemocráticos a partir da análise de decisões e fundamentos do Direito à Liberdade de Expressão. Por fim, intentamos estudar o Princípio da Proporcionalidade, com vistas a vislumbrar a hermenêutica capaz de guiar o julgador frente a conflitos de princípios fundamentais, bem como extrair do Princípio parâmetros para verificar como tais conflitos devem ser tratados e se assim procedeu o TSE. A hipótese que pretendemos testar é que o TSE combatia um problema legítimo, mas, em sua atuação, por vezes extrapolou sua função institucional, deixando de comprovar um juízo de sopesamento válido a partir de fundamentações robustas, o que é fundamental para uma correta aplicação do Princípio da Proporcionalidade. A título de resultados ficou evidente como ataques institucionais e notícias falsas podem corroer a democracia, bem como que o TSE é competente para fazer cumprir a legislação eleitoral. Além disso, dado o caráter fundamental do direito à liberdade de expressão ficou evidente que seu cerceamento por parte do TSE, em alguns dos casos, deixou de seguir o caminho lógico de sopesamento proposto pelo princípio da proporcionalidade. Isso representa também risco à democracia, sob a justificativa de sua própria proteção. A metodologia da pesquisa foi de natureza exploratória, relacionando conceitos-chave do tema e como um afeta o outro, a partir do estudo de fontes secundárias: revisão de literatura, jurisprudência e legislação. O tratamento de dados foi majoritariamente qualitativo.

Palavras-chave: Eleições; Liberdade de Expressão; Fake News; TSE; Democracia; Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the context of the 2022 Brazilian election, taking as a starting point the modus operandi of content dissemination and information manipulation systems that emerged during the electoral process since the 2016 U.S. elections and the 2018 Brazilian elections. Additionally, it seeks to investigate the competence of the TSE (Superior Electoral Court) in addressing the issue and the measures taken, especially whether they were legitimate and appropriate. It also addresses the clash between freedom of expression and the fight against antidemocratic acts through the analysis of decisions and foundations of the Right to Freedom of Expression. Finally, the study aims to examine the Principle of Proportionality, with the goal of understanding the hermeneutics capable of guiding the judge in the face of conflicts between fundamental principles. It also aims to extract parameters from the Principle to verify how such conflicts should be addressed and whether the TSE acted accordingly. The hypothesis to be tested is that the TSE was addressing a legitimate problem but, in its actions, sometimes exceeded its institutional role, failing to establish a valid balancing judgment based on robust reasoning, which is crucial for the correct application of the Principle of Proportionality. As for the results, it became evident how institutional attacks and fake news can corrode democracy, as well as the competence of the TSE in enforcing electoral legislation. Moreover, given the fundamental nature of the right to freedom of expression, it became clear that its restriction by the TSE, in some cases, deviated from the logical path of balancing proposed by the principle of proportionality. This also represents a risk to democracy, given the need for its own protection. The research methodology was exploratory, relating key concepts of the topic and how one affects the other, through the study of secondary sources: literature review, jurisprudence, and legislation. The data treatment was predominantly qualitative.

Keywords: Elections; Freedom of Speech; Fake News; TSE; Democracy; Principle of Proportionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	ANÁLISE CONTEXTUAL DOS RISCOS À DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA	9
2.1	Registros das Eleições de 2016 nos EUA	11
2.2	Processo Eleitoral de 2018 no Brasil.....	13
3	COMPETÊNCIA DO TSE, MEDIDAS ADOTADAS NO COMBATE À DESINFORMAÇÃO E SUAS POSSÍVEIS CONTROVÉRSIAS NOS PLEITOS ELEITORAIS DE 2018 E 2022	16
3.1	Competência do TSE para julgar matérias relativas aos atos antidemocráticos	16
3.2	Medidas adotadas no combate à desinformação e suas possíveis controvérsias.....	19
4	LIBERDADE DE EXPRESSÃO	23
4.1	Liberdade de Expressão no ordenamento jurídico brasileiro	26
4.2	Decisões do Tribunal Superior Eleitoral que norteiam o entendimento sobre os limites da Liberdade de Expressão e Decisões aparentemente exageradas no contexto de combate a atos antidemocráticos.....	28
5	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CAMINHO PARA O EQUILÍBRIO ENTRE OS VALORES DEMOCRÁTICOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	40
5.1	Raízes históricas do Princípio da Proporcionalidade e sua concepção no ordenamento jurídico brasileiro	42
5.2	Elementos do Princípio da Proporcionalidade e como sua aplicação propicia fundamentações jurídicas coerentes na busca do equilíbrio entre valores democráticos e a Liberdade de Expressão	46
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1 INTRODUÇÃO

A democracia e sua defesa são temas da mais alta importância, haja vista que a História mundial tem demonstrado as atrocidades que governos autoritários podem perpetrar. Desse modo, cabe destacar que nem todo ataque à democracia se dá de maneira clara e evidente, por ataques armados e outras formas ilegais de tomada do poder, como no caso de Pinochet no Chile. Muitas vezes, a democracia se desgasta gradativamente e utilizando-se de seus próprios mecanismos, exemplo disso é a chegada ao poder pela via eleitoral de líderes autoritários como Chávez e o próprio Hitler, como estacam Levitsky e Ziblatt em “Como as Democracias morrem”¹.

Os autores da obra focam na escalada antidemocrática que ganhou força nos EUA por volta de 2016. Fenômeno que ocorreu também no Brasil a partir de 2018 e se mostrou muito intenso nas eleições de 2022. Nesse contexto, o TSE buscou agir como protetor da democracia, no combate à desinformação e à propagação de conteúdos atentatórios à democracia, punindo indivíduos que praticassem tais atos. O objetivo desse trabalho é analisar essa atuação, seus limites Constitucionais e as ferramentas que o ordenamento jurídico pátrio elenca para resolver os conflitos que emanam da questão, como o aparente conflito que se levanta entre liberdade de expressão e ataque institucional. Desse modo cabe-se o estudo das decisões do TSE, assim como, da doutrina sobre liberdade de expressão e dos meios constitucionais de resolução de conflito entre direitos fundamentais.

Ademais, observa-se que é fundamental que os mecanismos de defesa à democracia sejam efetivados, mas o limite para tais mecanismos é a própria democracia, haja vista que seu uso desponderado e injustificado para proteger a democracia de suposta ameaça pode vir a se tornar ele mesmo uma ameaça. A necessidade de tal análise se dá a partir da percepção de que havia sim, durante as eleições de 2022, uma demanda clara de combate a mecanismos estruturados que atentavam à democracia, seja através da disseminação de notícias falsas ou discursos que motivavam atos contra as instituições. Ora, é evidente que um povo nutrido de informações falsas e incentivado a atentar contra as instituições não tem liberdade para de fato exercer e desfrutar da democracia, nesse

¹ LEVITSKY, Steven e ZIBLATT Daniel. **Como as democracias morrem** – 1.ed. – Rio de Janeiro – Zahar, 2018

sentido, é claro que é válida a tentativa do TSE de tentar promover a paridade de armas entre os candidatos.

Entretanto, quando o mecanismo de defesa à democracia tem potencial lesivo a bens jurídicos tão relevantes como a liberdade de expressão é fundamental que haja uma justificativa muito bem fundamentada para seu uso em cada caso. Logo, o presente trabalho tem como razão de ser justamente essa busca por entender se o poder estatal foi usado de maneira ponderada e justificada, a dimensão do risco que se combatia e do risco que um combate desmedido e livre dos freios constitucionais pode gerar.

Em meio a tais conflitos buscaremos examinar a doutrina do Princípio da Proporcionalidade como possível meio de guiar o julgador a buscar a efetivação da Constituição mesmo quando duas de suas garantias parecem colidir. Assim como, investigaremos os pressupostos sobre os quais foram fundamentadas as decisões do TSE em relação aos contextos eleitorais de 2018 e 2022 à luz de tal princípio, com vistas a verificar se houve exageros.

Para tanto, utilizaremos de metodologia da pesquisa de natureza exploratória, relacionando conceitos-chave do tema e como um afeta o outro, a partir do estudo de fontes secundárias: revisão de literatura, jurisprudência e legislação. O tratamento de dados foi majoritariamente qualitativo.

2 ANÁLISE CONTEXTUAL DOS RISCOS À DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

A democracia, por sua própria raiz etimológica² pode ser definida como sistema de governo no qual o poder emana do povo, a palavra deriva de *dēmokratía*, termo grego que se constitui da junção de *demos*(povo) com *kratos*(poder). Tal sistema condensa anos de evolução histórica dos Direitos Humanos e do que viria a se consolidar como Direito Constitucional.

Cada dimensão de direitos humanos contribui para a formação da noção de democracia, sejam os direitos de primeira dimensão, ditos negativos, característicos por limitarem o arbítrio dos governantes, sejam os de terceira, que tutelam os direitos coletivos. Tal estrutura normativa formou-se para proteger a humanidade das atrocidades

² ALVES, Igor. **Democracia**. Disponível em: <https://www.significados.com.br/democracia/> .

que ocorreram e ocorrem em regimes totalitários, assim como para criar ambiente fértil para a consolidação dos Direitos Fundamentais, como extrai Ferreira dos Santos da Obra de Habermas:

Ademais, segundo Jürgen Habermas, a democracia representativa expressa a autonomia política dos cidadãos, propiciando maior proteção aos direitos humanos. Isso porque os direitos humanos obtêm nova roupagem por meio do sistema positivo, ou seja, o reconhecimento e a proteção jurídica por meio da soberania popular. Por conseguinte, as ideias de direitos humanos e soberania popular determinam a autoconfiança normativa dos Estados constitucionais democráticos até hoje, sendo a democracia instrumento que robustece os direitos do homem.³

A ordem democrática, entretanto, é constantemente posta em risco, seja através de movimentos abruptos e notadamente ilegais, seja através de mecanismos ainda não regulados em relação a certos contextos, e, portanto, supostamente legais, como o uso de redes sociais para a propagação de campanhas eleitorais. Tal uso de mecanismos ainda não devidamente regulados marcou as eleições de 2016 nos EUA e de 2018 no Brasil, logo, elas estabelecem o paradigma de risco e preocupação para as eleições de 2022. Isso ocorre pois, nos citados processos eleitorais, foi grande o poder que as mídias sociais exerceram na formação de pensamento da sociedade. Diferentemente do que alguns imaginam, as redes sociais não necessariamente são um ambiente neutro, se houver uma atuação organizada para alimentar indivíduos exclusivamente com informações (muitas vezes falsas) que condicionem seu voto e gerem ódio pelas partes adversas isso é claramente um risco à democracia e parece ter ocorrido em 2016 e 2018, como veremos a seguir.

Para Ituassu, Lifschitz, Capone e Mannheimer⁴, ocorrem alguns aspectos comuns entre as duas eleições citadas, isso se dá devido ao processo de americanização, ou seja, influência norte-americana sobre sistemas políticos ao redor do mundo. Dentre esses pontos em comum está a atuação hipermediática das campanhas, isto é, o fato de que nos veículos de mídia estão focados os principais esforços para angariar votos, os quais são pensados não em relação às grandes massas, mas de forma individualizada, levando em conta o perfil particular de cada eleitor. Isso é possível, nas palavras dos autores, pois “no

³ HABERMAS Apud FERREIRA DOS SANTOS, Carlos Eduardo. **Riscos à democracia e mecanismos de proteção**. R. Trib. Reg. Fed. 1ª Região, Brasília, DF, ano 34, n. 2, 2022. p. 3. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/392/218>.

⁴ ITUASSU, Arthur;LIFSCHITZ, Sergio;CAPONE, Letícia e MANNHEIMER, Vivian - **DE DONALD TRUMP A JAIR BOLSONARO: democracia e comunicação política digital nas eleições de 2016, nos Estados Unidos, e 2018, no Brasil**. 2019. Disponível em: http://compolitica.org/novo/anais/2019_gt4_Ituassu.pdf.

contexto dessas campanhas, a propaganda computacional é descrita, por Woolley e Howard, como uma prática comunicativa com algoritmos, automação e curadoria humana para gerenciar e distribuir informação e desinformação nas redes digitais.”⁵.

Assim, fica evidente que os avanços tecnológicos permitem que o pensamento dos eleitores seja moldado por meio de conteúdos que os alcançam em enxurrada, visto que produzidos de maneira autônoma; estes, tem grande aceitação, uma vez que através do mapeamento efetuado pelos algoritmos, levam-se em conta as predileções do receptor, ou seja, é um conteúdo personalizado e não tem compromisso com a verdade, visto que produzidos e compartilhados em grande quantidade e em plataformas para as quais a legislação que regula a disseminação de inverdades ainda é incipiente.

Tal contexto deve ser cuidadosamente analisado com a finalidade de que se entenda exatamente o que as decisões do TSE no combate à desinformação, as quais serão estudadas adiante, estavam buscando combater, para que assim, o objetivo de análise da constitucionalidade e adequação de tais medidas seja devidamente amparado pelo arcabouço social no qual elas foram emitidas.

Para tanto, visto que o fenômeno em comento tem suas raízes nos EUA, iniciaremos o estudo pela realidade de tal país para só então tratar do contexto brasileiro.

2.1 Registros das Eleições de 2016 nos EUA

A famosa pergunta de Persily “*Can democracy survive internet?*” (A democracia poderá sobreviver à internet?)⁶ nomeia trabalho no qual o autor examina exatamente quão profundos foram os impactos das redes nas eleições presidências dos EUA em 2016. Quanto ao tema, são muito pertinentes os tópicos analisados por Ituassu, Lifschitz, Capone e Mannheimer⁷, quais sejam: o foco da campanha, dark posts, automação, individualização psicológica dos alvos e notícias falsas.

No que diz respeito ao foco da campanha, fora inédito na história dos Estados Unidos da América até 2016 uma centralidade tão grande das redes sociais em uma campanha política, o que se pode perceber pelo chefe de campanha escolhido, Brad

⁵ WOOLLEY E HOWARD apud Idem.

⁶ PERSILY, N. **Can democracy survive internet?** In: Journal of Democracy, vol. 28, n. 2, abril, 2017

⁷ Ob. Cit.

Parscale, amplamente conhecido por sua atuação no meio digital. Ituassu, Lifschitz, Capone e Mannheimer demonstram isso com os seguintes dados:

A estratégia esteve focada na importância do Facebook, inclusive em relação a anúncios na televisão. Enquanto a campanha Hillary Clinton gastou US\$ 258 milhões em anúncios de TV, a plataforma Trump investiu menos da metade disso, US\$ 100 milhões. No Facebook, estima-se que a equipe de Parscale foi capaz de publicar até 100 tipos diferentes de anúncios direcionados no espaço de 24 horas.⁸

Os dark posts são aqueles que não fazem parte do projeto oficial de campanha, logo, uma vez difundidos nas redes, dificilmente podem ter sua origem identificada e responsabilidade cobrada, o que corrobora a impunidade em relação a excessos.

A automação, por sua vez, torna o volume de conteúdos a favor de um candidato exorbitante, isso claramente impactou as eleições de 2016, visto que

“segundo relatório do Oxford Internet Institute (OII), a proporção das mensagens automáticas de Trump em relação às disparadas pela campanha de Hillary Clinton foi de 5 para 1. Como afirmam Woolley e Guilbeault, campanhas, candidatos e usuários já fazem uso de robôs nas eleições há quase uma década, mas o pleito de 2016, nos Estados Unidos, foi um marco no uso de automação política e propaganda computacional em ambiente eleitoral. Com base em uma amostra de 17 milhões de tweets, os autores demonstram como os bots foram capazes de ocupar posições centrais na mediação da informação no Twitter durante as eleições.”⁹

Tal automação permite que se burlem as limitações legislativas sobre o impulsionamento de campanha, por exemplo, visto que os conteúdos parecem estar sendo propagados de maneira orgânica. O que é injusto, uma vez que há uma modalidade de impulsionamento pago nas redes sociais e previsões legislativas que as tutelam em muitos países, o que garantiria aos receptores entender que aquele conteúdo está sendo financiado, sem isso, quando diversas mensagens que corroboram um pensamento tem aspecto de orgânicas, a visão de realidade dos indivíduos é conduzida nesse sentido sem nenhum alerta sobre tal indução, como aponta Ruediger¹⁰ em seu estudo sobre o tema.

Já a individualização psicológica dos alvos, livre tradução de *individual psychological targeting* foi outro marco da campanha de Trump, o qual teve como fato amplamente conhecido sua associação com a empresa Cambridge Analytica, notória nesse tipo de mapeamento, o qual permite que os eventuais eleitores recebam conteúdos que levam em conta suas preferências e os faz sentir que o candidato emissor da

⁸ Ob. Cit. p. 7.

⁹ WOOLLEY e GUILBEAULT apud Idem.

¹⁰ RUEDIGER, M. A. (Coord.) **Bots e o Direito Eleitoral Brasileiro**. Vol. 2. Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2018.

propaganda abarca suas necessidades e valores, o que pode e tem sido utilizado como instrumento de manipulação, baseando-se, inclusive, em notícias falsas para alcançar seu objetivo.

Tais notícias falsas estão intimamente ligadas com o tópico anterior, automação, e são utilizadas para criar esse sentimento de empatia ou algo em sentido completamente oposto, através da destruição da reputação do candidato adverso, e foram de grande impacto nas eleições de 2016, conforme os seguintes dados:

Allcott e Gentzkow calculam que as mídias sociais corresponderam à origem de mais de 40% dos acessos aos sites de fake news durante o pleito. Além disso, estima-se que houve pelo menos 40 milhões de compartilhamentos de notícias falsas no Facebook durante essas eleições, com três vezes mais notícias falsas pró-Trump que pró-Clinton. Da mesma forma, as notícias falsas pró-Trump foram quatro vezes mais compartilhadas que as notícias falsas pró-Clinton.¹¹

Ora, diante de tal panorama não se pode negar o impacto que tal uso sistêmico dos meios de comunicação podem ter no resultado de uma eleição se não houver o mínimo de controle com vistas em tornar o pleito igualitário para os candidatos. Para tanto, é fundamental que observemos o contexto brasileiro e verifiquemos se esse padrão se repete no país.

2.2 Processo Eleitoral de 2018 no Brasil

O cenário das eleições presidenciais de 2018 no Brasil sofreu grande influência do *modus operandi* que parece ter influenciado tão fortemente o resultado das eleições nos EUA em 2016. O uso das mídias digitais já se fazia presente nas eleições nacionais há anos, entretanto, em 2018, esse também passou a ser o foco da campanha, especialmente do candidato que veio a vencer o pleito. A permissão do “impulsioneamento de conteúdo” pela Lei 9.504/97, editada pelo Congresso Nacional em 2017, com a possibilidade de doações de pessoas físicas para esse feito corroborou para o escalonamento das narrativas que Jair Bolsonaro vinha construindo em suas redes sociais há anos.

Foi expressiva, por exemplo, a movimentação do candidato no Twitter, apesar de essa não ter sido a plataforma mais explorada; tal movimentação foi criada com claros indícios de automação, como aponta Ruediger:

¹¹ ALCOTT, H. e GENTZKOW apud ITUASSU, Arthur; LIFSCHITZ, Sergio; CAPONE, Letícia e MANNHEIMER, Vivian - **DE DONALD TRUMP A JAIR BOLSONARO: democracia e comunicação política digital nas eleições de 2016, nos Estados Unidos, e 2018, no Brasil**. 2019. p. 9. Disponível em: http://compolitica.org/novo/anais/2019_gt4_Ituassu.pdf

Em um relatório publicado durante as eleições, entre o primeiro e o segundo turno do pleito presidencial, as interações provocadas por robôs no Twitter chegavam a 10,4%, com 13,8% entre os apoiadores de Bolsonaro. Os robôs em prol do candidato movimentaram 70,7% das interações automatizadas no momento, no Twitter. Nesse ponto da eleição, havia uma média de 1,5 milhão de tweets por dia sobre os candidatos. Entre 10 e 16 de outubro, houve 852,3 mil publicações de robôs, 602,5 mil na base de apoio de Bolsonaro.¹²

Para além disso, a disseminação de Fake News também foi grande marca da estratégia eleitoral do então candidato. No Brasil, não foi tão usado o microdirecionamento de conteúdos eleitorais, de acordo com as preferências de cada usuário das redes, o que ocorreu na verdade foi a construção, ao longo de anos, de uma narrativa que enaltecia o então candidato como única alternativa a um sistema supostamente não só falido, mas maléfico. Fake News como a da intenção de candidatos adversos em distribuir “*Kit Gay*”(suposto material didático que enaltecia a homossexualidade) nas escolas ou mesmo a de que as urnas eletrônicas não são seguras foram de grande importância para criar uma atmosfera de “única opção viável” para muitos eleitores, mas para a maioria foi além disso, criando-se sob o candidato uma aura messiânica de salvador do Brasil.

Nesse diapasão, Faria¹³ entende que as raízes desse processo remontam às campanhas virais que incentivaram o impeachment da então presidente Dilma Rousseff. Para o autor a eleição de 2022 foi fortemente influenciada por um processo de construção narrativa a partir de postagens e notícias disseminadas digitalmente que enalteciam o vencedor da referida eleição e punham em cheque tudo e todos que pudessem fazer oposição a tal objetivo, sejam adversários políticos ou mesmo o próprio sistema eleitoral pátrio, aos moldes do que houve nos EUA.

Para tanto, o WhatsApp parece ter sido o grande recurso utilizado para a disseminação dessas propagandas eleitorais e notícias falsas que funcionavam como tal, houve um misto de trabalho voluntário e pago, como aponta notícia do Jornal folha de

¹² RUEDIGER apud apud ITUASSU, Arthur;LIFSCHITZ, Sergio;CAPONE, Letícia e MANNHEIMER, Vivian - **DE DONALD TRUMP A JAIR BOLSONARO: democracia e comunicação política digital nas eleições de 2016, nos Estados Unidos, e 2018, no Brasil.** 2019. p. 10. Disponível em: http://compolitica.org/novo/anais/2019_gt4_Ituassu.pdf

¹³ FARIA, Hygor Tikles de. **Desinformação e abuso de poder de comunicação no Processo Eleitoral: “efetividade de direitos”**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais, Universidade de Itaúna. Itaúna, MG. 2023.

São Paulo¹⁴ que afirma que empresários brasileiros estavam bancando ilegalmente uma campanha a favor de Bolsonaro pelo WhatsApp, com contratos de até 12 milhões de reais.

Apesar de uma notícia jornalística não ser fonte robusta o suficiente para imputar tais atos de modo cabal, enquanto processos judiciais não apuram a questão de maneira contundente, ela serve para demonstrar quão grave pode ser para a democracia se tais atos foram de fato praticados e o vierem a ser novamente perpetrados sem o monitoramento devido que viesse a garantir paridade aos candidatos e um ambiente livre para análise das propostas de cada um por parte dos cidadãos, sem os ruídos interpretativos que conteúdos impulsionados com objetivo de cooptá-los podem causar.

Esse contexto foi amplificado e acirrado nos anos que se seguiram, criando a clara necessidade de intervenção no sentido de garantir a ordem democrática, assim como, o manutenção das instituições pátrias, que vinham sendo amplamente atacadas, até mesmo com inúmeras mensagens a intervenções populares forçadas, o que, inclusive, aconteceu em Janeiro de 2023.

Quanto a isso, Faria¹⁵ observa mais um ponto de contato entre o contexto norte-americano e o contexto pátrio, para o autor não só os métodos de campanha foram similares, mas também a estratégia de desacreditar a justiça eleitoral após a derrota nas urnas, que provocaram os atentados ao Capitólio em Washington, D.C., nos EUA e na Praça dos Três Poderes em Brasília. Ambos os incidentes demonstram o poder corrosivo das notícias falsas nas democracias, visto que foram causados por informações que atentavam contra a regularidade do sistema eleitoral. Tal situação levou inclusive o TSE a criar uma página desmentindo as principais notícias falsas a respeito do processo eleitoral¹⁶.

Para tanto, o Tribunal Superior Eleitoral tinha motivos suficientes para se preocupar com as eleições de 2022 e agir no sentido de garantir sua lisura. Cabe-nos agora analisar sua atuação.

¹⁴ CAMPOS MELLO, P. **Empresários bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp**. Folha S. Paulo, 18 out 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancamcampanha-contr-o-pt-pelo-whatsapp.shtml> . Acessado em: agosto de 2022.

¹⁵ Ob. Cit.

¹⁶ TSE. **Fato ou Boato: Justiça Eleitoral desmentiu as principais fake news sobre o processo eleitoral em 2022**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Outubro/fato-ou-boato-justica-eleitoral-desmentiu-as-principais-fake-news-sobre-o-processo-eleitoral-em-2022> . Acessado em 27/11/2023.

3 COMPETÊNCIA DO TSE, MEDIDAS ADOTADAS NO COMBATE À DESINFORMAÇÃO E SUAS POSSÍVEIS CONTROVÉRSIAS NOS PLEITOS ELEITORAIS DE 2018 E 2022

A justiça Eleitoral, instaurada pelo Código Eleitoral de 1932, é um grande marco para a história do Brasil, visto que passo fundamental para iniciar o rompimento da perpetuação do poder político na mão de poucas famílias e assim iniciar uma real democratização no país a partir de uma fiscalização do processo eleitoral mais independente, sob a tutela desse ramo da justiça.

Desde então, os institutos que sustentam a justiça eleitoral foram se tornando cada vez mais robustos, tornando o Tribunal Superior Eleitoral, órgão máximo da justiça eleitoral, verdadeiro fiscal da lisura do processo democrático. Cabe-nos entretanto, antes de analisar sua atuação para combater os riscos anteriormente citados, verificar a extensão da competência da corte e sua possibilidade de fazê-lo.

3.1 Competência do TSE para julgar matérias relativas aos atos antidemocráticos

Como aponta Castro, desde o primeiro código eleitoral brasileiro a Justiça Eleitoral recebeu, além das atribuições contenciosas inerentes a todo órgão judiciário,

“a competência específica prevista no artigo 14º, consistente em ‘fixar normas uniformes para aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entender necessárias’. Já em 1950, o terceiro código eleitoral nacional trazia em seu artigo 12º a competência de ‘expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código’ ”.¹⁷

Quanto aos atuais fundamentos de tal competência, o vigente Código Eleitoral, Lei n. 4.737 de 15 de julho de 1965 delimita:

Art. 1º Este código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para sua fiel execução.

Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste código;¹⁸

¹⁷ CASTRO, Paulo Renato Vieira. **Aspectos da Competência Regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral**. Universidade Federal de Santa Catarina. Julho, 2012. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/189135/Formata%20a7%20a3o_TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

¹⁸ BRASIL. **Código Eleitoral** - Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965.

Logo, fica evidente o poder regulamentador do Tribunal Superior Eleitoral. Castro extrai de Torquato Jardim, inclusive, que esse último dispositivo pode ser interpretado da seguinte maneira:

A norma confere extenso poder regulamentar ao Tribunal Superior Eleitoral, e com ela afasta-se a possibilidade de lacuna ou antinomia normativa. Afasta-se, de igual modo, a ocorrência de fato ou circunstância, política ou administrativa, que não possa, de pronto, ser submetida à normatividade eleitoral.¹⁹

Para tanto, fica nítido que a lógica por trás da competência do TSE para regular matérias referentes ao processo eleitoral por meio de instruções e portarias é fundamentada no fato de que o legislador não é capaz de prever todas as situações que podem afrontar a lisura do processo, logo, em defesa à democracia, o TSE é competente para combater tais afrontas, mas não de maneira completamente irrestrita, é claro.

Além disso, o artigo 105 da Lei das Eleições – Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997 – delimita a competência regulamentar do TSE da seguinte maneira:

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

Para tanto, é evidente que as resoluções são atos normativos dos tribunais editados com o intuito de fazer cumprir-se a legislação eleitoral, como demarca Djalma Pinto:

[...] são atos normativos dos tribunais que objetivam tornar factível a aplicação da legislação, interpretar e disciplinar matéria, no âmbito do Direito Eleitoral, visando ao aprimoramento do processo eletivo. **Devem manter harmonia com a lei eleitoral e com a Constituição. Não lhes cabe usurpar a competência do legislador, a quem compete a produção de lei, regulando a matéria eleitoral.**²⁰

Desse modo, visto que os atos que visam impactar de modo ilegal no resultado das eleições afrontam diretamente o cumprimento da legislação eleitoral, é sim da competência do Superior Tribunal Federal emitir resoluções a esse respeito, nos limites da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ora, não há que se falar em um contexto de produção e disseminação organizada de notícias falsas ou mesmo propagação automatizada de propaganda eleitoral nas redes sociais com vistas em fazê-las parecerem uma verdade universal sem se vislumbrar afronta à legislação eleitoral e à paridade de armas entre os candidatos, logo, o TSE deve sim buscar coibir o que for ilegal com a celeridade regulamentar que lhe foi conferida institucionalmente.

¹⁹ JARDIM Apud. Ob. Cit.

²⁰ PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral – Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal – Noções Gerais**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 31.

Quanto à Carta Magna, um dos problemas que se deve enfrentar sobre ela em relação à matéria em tela é a ausência de delimitação clara da competência do TSE na Lei Fundamental. Lacerda, entretanto, encontra solução para a aparente ausência de base constitucional sob o seguinte prisma:

Embora, inicialmente, a Constituição vigente não tenha cuidado de forma explícita da matéria, o constituinte derivado foi contundente, conferindo ao Tribunal Superior Eleitoral a competência normativa. Mesmo que a Constituição seja omissa, através de uma interpretação conjunta do seu art. 121 – que remete à Lei Complementar a competência dos Tribunais Eleitorais – com o art. 23, IX, do Código Eleitoral, infere-se a acumulação das competências jurisdicional e normativa da Justiça Eleitoral.²¹

Isto que se coaduna com o status de Lei Complementar Material do Código eleitoral, que se dá em razão do fenômeno da recepção. Para tanto, quando o art. 121 da Constituição Federal delimita que a Competência dos Tribunais, inclusive os Eleitorais, será delimitada por Lei complementar, o Constituinte valida previamente a até aqui já comentada decisão do Código Eleitoral por conferir competência ao TSE para fazer cumprir a legislação eleitoral.

Nesse contexto, entretanto, cabe-nos analisar os limites da competência regulamentar do TSE. Para esse feito novamente nos são muito úteis as reflexões de Castro²², para o autor, com base em Nunes Leal, um dos pontos sensíveis do tema é a possibilidade do TSE, em sua função regulamentadora, extrapolar os limites que o legislador originário delimitou, visto que este, que se utiliza de técnica legislativa válida, é quem deve guiar a atuação do TSE, que se limita a dar cumprimento a tais leis, é o que enfatiza López Zilio:

[...] é fundamental que haja a adequação e compatibilidade do conteúdo da resolução com o regramento legal vigente, e nunca o extravasamento do poder regulamentador, ainda que de modo indireto, com a burla ao conteúdo legislativo, sob pena, inclusive, de ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2 da Constituição Federal)²³

Castro²⁴, inclusive, elenca exemplos na história de do TSE de uma atuação que foi além das suas prerrogativas. Aponta para tanto a Resolução n. 16.402/90, a qual buscava regulamentar a propaganda eleitoral e acabou criando tipo penal que não existia na

²¹ LACERDA, Paulo José M.; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix. **O poder normativo da Justiça Eleitoral**. João Pessoa: Sal da Terra, 2004. p. 60.

²² LEAL Apud. Ob. Cit.

²³ ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral: Noções Preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais**. p. 22 Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

²⁴ Ob. Cit.

legislação penal eleitoral, assim como, a Resolução n. 20.993/02, que tratava do registro de candidatos para o pleito no ano de 2022 e através da qual o TSE extrapolou a Lei das Eleições ao estipular restrições indevidas.

O autor propõe também a subdivisão em limite temporal, ou seja, referente ao prazo correto para a edição das regulamentações em comento, conforme art. 105 da Lei n. 9.504/97: “Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito”, limite formal, que trata do caráter de instrução da regulamentação e material, o qual diz respeito ao objetivo das medidas, que deve ser sempre dar cumprimento à legislação eleitoral, como vimos anteriormente.

Ademais, há discussão se as regulamentações do TSE sofreriam efeito do princípio da anualidade, disposto no art.16 da CRFB/88, o que não nos parece razoável enquanto elas se limitarem a dar cumprimento à legislação que respeitou tal princípio, visto que a segurança jurídica e a previsibilidade não restariam atingidas.

Construído tal panorama sobre a competência do TSE, iremos agora analisar as medidas adotadas durante as eleições de 2022 e suas possíveis controvérsias.

3.2 Medidas adotadas no combate à desinformação e suas possíveis controvérsias

Como destacam Borges dos Santos e Vargas e Silva²⁵, a própria Constituição parte do pressuposto de que à legislação infraconstitucional caberia a criação de dispositivos que protegessem a ordem democrática no feito eleitoral:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:[...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a

²⁵ BORGES DOS SANTOS, Cássio André e VARGAS E SILVA, Fabiana Montenegro Valente: **Combate às Fake News no âmbito de atuação do Tribunal Superior Eleitoral**. Revista Vertentes do Direito / e-ISSN 2359-0106/ vol 09. N.02-2022. Disponível em:

<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/14672/20661> .

normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta - Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994. **(grifo nosso)**²⁶

Nesse diapasão, os autores destacam como importante dispositivo a Resolução nº 23.671/21, a qual alterou a Resolução nº 23.610 do TSE, de 18 de dezembro de 2019, esta dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral e que passou a tratar, em sua Seção II, arts. 9º e 9º-A, sobre a desinformação.

Art. 9º A utilização, na propaganda eleitoral, de qualquer modalidade de conteúdo, inclusive veiculada 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 9.504/1997, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal. (Redação dada pela Resolução nº 23.671/2021)

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. (incluído pela Resolução nº 23.671/2021)

Entretanto, o Art.9º - A foi revogado pela Resolução nº 23.714, de 20 de Outubro de 2022 do TSE, a qual dispõe sobre o enfrentamento à desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral:

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. (grifo nosso)

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

Tais dispositivos, apesar de se compreender o risco que a disseminação de notícias falsas causa à ordem democrática, pressupõem demasiado poder ao TSE, qual seja a possibilidade da retirada de conteúdos do ar por decisão fundamentada, isso gera justo

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

receio de limitação à liberdade de expressão e levantam-se uma série de preocupações, como salienta Schneider:

Qual o critério objetivo para definir o que é fato sabidamente inverídico?

Qual o critério objetivo para definir o que é fato verídico, mas gravemente descontextualizado?

Qual é o parâmetro para definir qual fato está contextualizado?

Qual é o parâmetro para definir o que é uma grave descontextualização de uma média ou leve descontextualização?

Qual o critério objetivo para definir quais fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados atingem, ou não, a integridade do processo eleitoral?

Com base nessa resolução, não se estaria institucionalizando um Poder Moderador, constituído por um único órgão do Poder Judiciário, ou, pior, a um único agente público, que passa a deter a competência/atribuição para definir o que é um fato verídico ou inverídico, dentro do processo eleitoral? Definir também qual fato está, ou não, contextualizado? Qual fato inverídico, ou verídico, mas descontextualizado, atinge a integridade do processo eleitoral?²⁷

Ora, como não há a resposta para nenhum desses questionamentos na Resolução, examinando-a isoladamente, não seria absurdo temer que cerceamentos de conteúdos pudessem vir a ser feitos pelo arbítrio do julgador do TSE. Tal situação representaria ofensa direta ao direito à liberdade de expressão, tema que estudaremos com mais detalhamento no capítulo seguinte, entretanto, o STF entende que não há inconstitucionalidade na resolução em si:

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 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

²⁷ SCHNEIDER DA SILVA, Régis. **A expressão do direito de ser livre: uma análise da Resolução nº 23.714/2022 do TSE à luz de preceitos nucleares da ordem democrática**. Artigo publicado no site jus.com.br. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/101519/a-expressao-do-direito-de-ser-livre-uma-analise-da-resolucao-n-23-714-2022-do-tse-a-luz-de-preceitos-nucleares-da-ordem-democratica> .

impugnada, há que se adotar atitude de deferência em relação à competência do Tribunal Superior Eleitoral de organização e condução das eleições gerais.²⁸

O Tribunal entende que diante de uma ofensa clara às normas eleitorais seria esvaziado o direito à liberdade de expressão, mas é justamente nesse ponto que reside a preocupação, ou seja, na ausência de balizas claras para que o julgador eleitoral se limite a restringir apenas as práticas realmente ilegais.

Além disso, outra controvérsia diz respeito ao devido processo legal e à ampla defesa, direitos elencados no artigo 5º, LIV, LV, da Constituição Federal que protegem os cidadãos de decisões arbitrárias do Estado, mas que não foram tratados na Resolução ou na decisão do STF. Para além dessas questões, que são importantes, o foco central da questão é a possibilidade de um órgão limitar, sozinho, a liberdade de discurso da população, uma vez que a história da humanidade nos dá indícios suficientes do quão perigoso isso é, pelo que aponta Schneider:

O discurso democrático não deve ser submetido ao crivo exclusivo de um Poder sobre as demais instituições do Estado. Ainda que correto, esse crivo seria, invariavelmente, arbitrário e ofensivo ao princípio democrático. Não se quer excluir a competência constitucional do Poder Judiciário de apreciação de lesão ou ameaça a direito, mas alertar que todas as competências constitucionais devem ser exercidas em respeito aos elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito.²⁹

Para tanto, a democracia, em prol dela mesma, pode se tornar instrumento de limitação da liberdade, ou seja, o custo da defesa da democracia pode se tornar a própria democracia. Logo, o dilema que se levanta é se há mácula à Liberdade de Expressão, pelo que no capítulo seguinte estudaremos suas bases e pressupostos no Direito Constitucional Brasileiro, bem como analisaremos casos de aplicação da Resolução em tela e se houve alguma lesão injusta a direito. Posteriormente, analisaremos o princípio de interpretação constitucional da Proporcionalidade, visto que parece-nos que a fundamentação das decisões, tratada pelo parágrafo primeiro do artigo 2º da Resolução nº 23.714, é a chave para a resolução das controvérsias anteriormente citadas.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um Direito Fundamental protegido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente em seu artigo 5º, incisos IV:

²⁸ (ADI 7261 MC-Ref, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 22-11-2022 PUBLIC 23-11-2022)

²⁹ Ob. Cit.

“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;” e IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”.

Tal direito enquadra-se no grupo de direitos humanos de primeira geração, ou seja, aqueles que protegem o indivíduo do arbítrio do estado e teve sua consolidação na Carta Magna em função do momento histórico que antecedeu sua promulgação, ou seja, a ditadura militar, regime marcado pelo desrespeito às liberdades individuais, especialmente a liberdade de expressão, visto que apontar as falhas do regime imposto passou a ser motivo de perseguição. Para tanto, o constituinte de 1988 foi veemente na proteção da liberdade de expressão, uma vez que esse direito é fundamental para a consolidação e manutenção da ordem democrática.

Mas tal direito não se limita a um aspecto negativo, na verdade, tem ampla ligação com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Brasileira, visto que ela se concretiza quando o indivíduo pode livremente refletir e expressar essas reflexões. Além disso, esse processo protege a sociedade do império de doutrinas totalitárias, garantindo que elas sejam livremente avaliadas e questionadas, daí ser tão célebre a frase que comumente se imputa ao escritor e filósofo francês Voltaire: “Posso não concordar com uma palavra do que dizes, mas defenderei até a morte seu direito de dizê-las”. Tal reflexão condensada em enunciado demonstra quão crucial é tal direito para a construção de uma sociedade livre e plural.

Para tanto, diante do contexto de decisões do TSE que parecem evocar o conflito entre liberdade de discurso e proteção à ordem democrática é fundamental que estudemos de maneira profunda o Direito à Liberdade de Expressão, seus fundamentos e limites, com vistas a estabelecer bases sólidas para que se possa entender o que é pleno exercício desse direito e o que o extrapola, pois só delimitado esse entendimento a atuação do TSE poderá ser analisada como devida ou repressiva a tal direito de expressão. Inclusive, as próprias interpretações da corte sobre o tema são importantes para a interpretação sistemática do tema, pelo que também serão estudadas.

Quanto à fundamentação doutrinária de tão amplo e complexo direito, Laurentiis e Thomazini³⁰ destacam três como as principais teorias, quais sejam:

Teoria da Verdade: Essa tese, defendida por Oliver Wendell Holmes, é baseada na ideia de livre mercado proposta por John Stuart Mill. Segundo a teoria, a livre troca de ideias e o confronto de umas com as outras definiria e destacaria o que fosse verdade, vez que a reflexão coletiva poderia rapidamente identificar ideias falsas. Tal teoria encontra dificuldades quando pensamos em sua aplicação prática, visto que parece ingênuo imaginar que as ideias tratadas como marginais por esse mercado intelectual teriam o mesmo nível de proteção das prediletas.

Além disso, trata de maneira muito rasa sobre os parâmetros para a possibilidade de limitação dessa liberdade, apontando meramente que seriam extremos os casos, como perigo para o país. Outra importante falha da teoria é pressupor que esse ambiente de troca de ideias seria um ambiente neutro, visto que mercados nunca são neutros, em relação às informações, por exemplo, o próprio nível de acesso a elas na sociedade é muito diverso, ademais, grupos poderiam utilizar-se de estratégias para manipular o pensamento de setores mais vulneráveis da sociedade, o que se mostra tão comum nas redes sociais atualmente, pelo que a teoria se mostra ineficaz para lidar com as demandas atuais ou mesmo as de qualquer tempo.

Teoria da Autonomia: Diferentemente da teoria anteriormente exposta, esta teoria, defendida por Ronald Dworkin, não tem seu foco na busca pela verdade, mas na liberdade de expressão em si mesma. A teoria defende que sem a liberdade de expressão, direito fundamental para a participação cidadã de todos os indivíduos, não há que se falar em igualdade civil ou sociedade realmente democrática, visto que a participação de todos na formação do juízo moral da sociedade são fundamentais para sua construção.

Quanto ao objeto de proteção, essa teoria também é muito mais ampla, visto que não busca defender apenas uma suposta verdade testada enquanto tal pela sociedade, mas todo tipo de discurso, assim, expressões artísticas ou de qualquer natureza também estão protegidas. Ademais, a teoria busca ser não consequencialista, ou seja, não mede a

³⁰ LAURENTIIS, Lucas Catibe De e THOMAZINI, Fernanda Alonso. **Liberda de Expressão: Teorias, Fundamento e Análise de Casos.** Revista Direito e Práxis, 2020.
Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/XjtMWwY7WnnvZg4Q7mgX3G/?format=html#> .

possibilidade de restrição de discurso por suas consequências, mas pela natureza do discurso enquanto tal, de modo que não haveria que se falar em ponderação segundo essa teoria. Nesse sentido, Dworkin defende que os indivíduos devem ser agentes morais independentes e que o Estado em nada deve interferir em sua construção de opinião:

“Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual.”³¹

Tal teoria também parte do pressuposto de que uma liberdade plena se concretiza quando a população tem acesso a todos os tipos de discurso, inclusive aqueles que o Estado poderia vir a cercear. Quanto a isso, tal teoria é alvo de diversas críticas, visto que certos tipos de discurso, por sua própria natureza, degradam a sociedade e corroem a liberdade de discurso alheia, por perpetuar máculas históricas que fragilizam determinados grupos sociais, como falas racistas e discursos de ódio de maneira geral.

Além disso, existem as práticas intencionalmente focadas em induzir o pensamento alheio, como vimos a título de contextualização. Há também, entretanto, que se levar em conta que padrões pouco claros que definam o que é um discurso que de fato perpetue tais valores nefastos podem levar à censura, o que também põe em risco a ordem democrática. Nesse sentido, tentar superar os problemas da teoria em comento sem a devida fundamentação e coerência pode ser tão corrosivo quanto sua falta de controle. Tais reflexões parecem serem, pelo menos em parte, abarcadas pela próxima teoria:

Teoria Democrática: Defendida por Alexander Meiklejohn, essa teoria parte do pressuposto de que em um sistema de governo democrático o poder emana do povo e que isso não quer dizer que a população é soberana para fazer o que quiser, mas que há um pacto implícito de que todos devem cumprir as regras predefinidas, inclusive aquelas ligadas à liberdade, para que na tentativa de libertar os homens não se acabe fazendo-os escravos. Tal teoria foi desenvolvida com base no ordenamento jurídico dos EUA, pelo que se deve citar sua primeira emenda, que trata de liberdade de expressão:

“O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou

³¹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 2005. p.26.

de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”.³²

O autor da teoria argumenta que a limitação da possibilidade de cercear a liberdade de expressão é geral e irrevogável, o que se faz claro pelo texto, mas também aponta, de maneira um pouco mais controversa, que o que se impede é a limitação da liberdade de expressão, não da expressão em si. Quando pensamos, por exemplo, em expressões de difamação ou calúnia, por exemplo, a questão pode ficar menos nebulosa, visto ser óbvio que os Estados devem cercear esse tipo de expressão, uma vez que ferem direitos alheios sem nenhuma justificativa plausível.

Para o autor, o que de fato a primeira emenda defende não é qualquer tipo de falatório, mas o direito dos indivíduos de se expressarem sem que haja nenhum juízo prévio sobre o que dirão, mas, uma vez proferida a expressão, ela pode ser julgada na medida de suas possíveis ofensas a bens jurídicos ofendidos. O foco principal dessa teoria é proteger o autogoverno da população e, portanto, o processo eleitoral, mas ela também falha em traçar limites claros para que se avaliem expressões atentatórias contra a ordem democrática.

Feito tal panorama, passemos a analisar como tal direito se desenvolve no Brasil, suas bases constitucionais e o que tem se construído a título de jurisprudência a respeito do tema mais recentemente.

4.1 Liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro

Como vimos anteriormente, nenhuma das teorias clássicas sobre a liberdade de expressão supre todas as demandas do tema, visto que, como já começamos a analisar, certas posturas que à primeira vista podem parecer fruição desse direito muitas vezes o extrapolam e põem em risco a própria democracia. Desse modo, é necessário que estudemos a fundamentação e os limites da Liberdade de Expressão no ordenamento jurídico nacional à luz das concepções atuais sobre o tema.

Inicialmente é necessário observar que a Liberdade de expressão se insere em um amplo contexto de Direitos Fundamentais elencados pela Carta Magna e sem os quais ela não subsiste, visto que eles são interdependentes. Além disso, como destaca Fernanda

³² EUA. *Primeira Emenda à Constituição dos EUA*. Tradução Livre

Tôrres³³, a Liberdade de Expressão se enquadra em um conjunto relacionado às liberdades de comunicação, que compreende: “a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação.”. A autora capta bem a noção sistêmica da constituição, a qual tem lastro, no que diz respeito às liberdades de comunicação, não apenas no já citado Art.5º, mas também nos artigos 220 a 224 da CRFB/88, especialmente nos seguintes dispositivos:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.³⁴

Desse modo, vemos quão contundente é a Constituição em proteger o indivíduo em suas diversas manifestações, o que, atualmente, não se observa meramente através de regras, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy³⁵ trata tal direito como verdadeiro Princípio Constitucional, que deve guiar a hermenêutica dos demais dispositivos em sua aplicação no caso concreto. Sob tal perspectiva, tais princípios também podem entrar em colisão, o que para o autor pode ser resolvido pela ponderação, método que estudaremos no capítulo seguinte. Mas, por hora, cabe destacar que a limitação à liberdade de expressão é uma exceção e que deve ser muito bem fundamentada, não se apoiando meramente em conceitos jurídicos indeterminados como a defesa do “interesse público”.

Assim, tendo em mente essa complexa teia de princípios que se relacionam, é evidente que o limite para eles são os outros, a própria Constituição, e que ela pode inclusive demandar à ordem infraconstitucional regulamentar questões nesse sentido, é o que acredita também Tôres quando aponta a obra de Fernandes:

“Nesses termos, para a doutrina dominante, falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional

³³ TORRÊS, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. Revista do Senado Ano 50 Número 200 out./dez. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/50/200/ri_v50_n200_p61.pdf.

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

³⁵ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é **limitada por outros direitos e garantias fundamentais** como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antissemitismo, apologia ao crime etc...)” (grifo nosso)³⁶

Nesse diapasão, parece-nos, a princípio, razoável que as Resoluções do TSE possam ser instrumentos úteis na concretização de uma liberdade de expressão plena, mas que não venha a prejudicar outros princípios constitucionais, o que continuaremos a analisar para verificar se foi o que houve nos casos concretos.

A observância dos casos concretos, inclusive, para Miguel Reale³⁷, é fundamental quando se trata de limites à liberdade de expressão, vez que os valores que o abuso de tal liberdade poderia ferir quando extrapolada e o próprio direito de expressão são tão caros e fundamentais ao ordenamento jurídico pátrio que hierarquizá-los de maneira objetiva seria impossível. Para tanto, guiados pelos demais princípios constitucionais, o julgador deve decidir com base no caso concreto.

4.2 Decisões do Tribunal Superior Eleitoral que norteiam o entendimento sobre os limites da Liberdade de Expressão e Decisões aparentemente exageradas no contexto de combate a atos antidemocráticos

Entre 2018 e 2022 foi crescente a movimentação jurisprudencial no sentido de combater atentados antidemocráticos, como a disseminação de Fake News, o que se justifica pelos diversos motivos já elencados. Braga e Alarcon³⁸, em estudo de conteúdo pormenorizado sobre a jurisprudência do TSE no período, levantaram os seguintes dados:

Quanto à presença do termo “Fake News” nos julgados: o estudo constatou que em 54% das decisões o termo foi utilizado como temática central, ou seja, em 102 decisões. Já em 46% delas, foi citado para justificar a decisão, o que diz respeito a 87 das decisões, conforme tabela a seguir, retirada do estudo em comento:

³⁶ FERNANDES apud. Ob. Cit.

³⁷ Reale Júnior, M. (2011). **Limites à liberdade de expressão**. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 11(2), 374–401. Recuperado de <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/arti> .

³⁸ Braga, S. S., & Alarcon, A. de O. (2023). **Sociedade da (des)informação: uma análise longitudinal da jurisprudência e das decisões do TSE sobre fake news nas eleições (2018-2022)**. *Revista Justiça Do Direito*, 37(1), 6-35. <https://doi.org/10.5335/rjd.v37i1.14941> .

Tabela 03 – Presença do termo “fake news”

Item	Frequência (N)	Porcentagem (%)
Termo "fake news" como temática central	102	54
Termo "fake news" é citado para justificar o teor da decisão	87	46
Total	189	100

Tais dados demonstram como o TSE percebeu as profundas implicações que a disseminação desenfreada de notícias falsas tem na ordem democrática. Pelo que a temática passou a ser central no vocabulário e nas decisões do tribunal.

Além disso, o estudo analisou as principais sanções aplicadas, constatando que 40% delas foram referentes à aplicação ou manutenção de multas, 36% a remoção de conteúdos, 20% a identificação de usuários e houve um caso de cassação de mandato, o que representa 4% das decisões, conforme tabela a seguir:

Tabela 04 – Principais sanções aplicadas

Item	Frequência (N)	Porcentagem (%)
Aplicação de multa	10	40
Remoção/suspensão do conteúdo	9	36
Identificação de usuário	5	20
Cassação de Mandato	1	4
Total	25	100

Desse modo, podemos notar quão sérias tem sido as sanções aplicadas pelo tribunal, especialmente pelo notável número de decisões que promoveram a remoção ou suspensão de conteúdos. Tais sanções não se amparam, muitas das vezes, em legislação clara e específica, mas no poder regulamentador que, como já vimos, o constituinte outorgou aos órgãos judiciários, o que, além de gerar certa insegurança jurídica, cria um clima de poder demasiado nas mãos de um tribunal, o que ganha contornos ainda mais intensos quando analisados os dados seguintes.

No que diz respeito ao tipo de decisão proferida, se acórdão ou monocrática, o estudo registrou que de 189 decisões, 8 foram deliberadas em colegiados e 181 foram decisões monocráticas, conforme tabela:

Tabela 05 – Tipo de decisão proferida.

Item	Frequência (N)	Porcentagem (%)
Acórdão	8	4,2
Decisão monocrática	181	95,8
Total	189	100

Esses dados, além de fundamentar as preocupações anteriormente citadas, visto que apontam que a maioria das decisões não teve a proteção intrínseca às decisões dos colegiados, os quais têm diversas mentes aptas a defender as garantias individuais e que se freiam e contrapesam mutuamente, podem ter como um de seus fatores a necessidade de celeridade nas decisões, questão que se torna ainda mais difícil pela ausência de legislação específica sobre a matéria. Entretanto, há que se destacar o perigo que pode representar para a ordem democrática se, em função da celeridade com vistas à efetividade, direitos como o devido processo legal e a ampla defesa forem usurpados, o que se deve analisar caso a caso se vem ocorrendo.

Nesse sentido, vale destacar que o Art. 3º da Resolução nº 23.714/2022, o qual aponta que a Presidência do TSE poderá estender as decisões proferidas pelo Plenário do tribunal para outras situações idênticas, é outro ponto que gera receio, pois apesar de gerar efetividade pode ter o condão de privar indivíduos das citadas garantias processuais se mal fundamentado.

Desse modo, para que a atuação do Tribunal Superior Eleitoral fique mais clara, bem como seu entendimento sobre Liberdade de Expressão e sua relação com os demais direitos fundamentais, é necessário que analisemos algumas decisões do Tribunal:

Recurso na Representação Nº 0601028-18.2018.6.00.0000 – Brasília/DF³⁹:

Como aponta Lucinda⁴⁰, no caso, a Coligação “O povo feliz de novo” ingressou com Representação no Tribunal Superior Eleitoral contra a Rádio Panamericana S. A. (mais

³⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso na Representação. Eleições 2018. Recurso Inominado. Representação. Vídeo veiculado na internet. [...]. Recurso na Representação nº 0601028-18.2018.6.00.0000-Brasília/DF. Plenário. Recorrente: Coligação O Povo Feliz de Novo (PT/PCdoB/PROS) . Recorrida: Rádio Panamericana S/A. . Relator: Min. Carlos Horbach. Brasília, 20 de setembro de 2018. Disponível em: <https://inter03.tse.jus.br/sjurpesquisa/pesquisa/actionBRSSearchServers.do?tribunal=TSE&livre=direito de resposta&ufProcesso=df> . Acesso em: 12 fev. 2022.

⁴⁰ LUCINDA, Tamires Valente. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E FAKE NEWS: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**. 2022. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/16589/1/62000022.pdf> . p. 146.

conhecida pelo nome de Rádio Jovem Pan). A coligação aponta que foram desferidas injúrias contra o então candidato Fernando Hadad, pleiteando o direito de resposta. Após a negativa monocrática do Ministro Carlos Horbach, a Coligação ingressou com agravo regimental, informando que o candidato foi chamado de “boi de piranha, cavalo e capacho” e que houve incitação ao crime quando um dos apresentadores, tratando sobre os responsáveis pelo marketing político da campanha, afirmou: “Tem que achar o ninho deles para matar...matar todos”.

O relator, ao analisar o mérito, entendeu que as palavras foram proferidas em tom humorístico, pelo que resguardadas dentro dos limites da liberdade de expressão. O ministro também aponta para o Respe nº169-96/SE, de relatoria do Ministro Luiz Fux, o qual defende que a liberdade de expressão tem preferência diante das demais liberdades, visto que esta é fundamental para a democracia e para o processo eleitoral, vez que promove o debate e o contato com ideias diversas.

O ministro Alexandre de Moraes, alinhado com o relator, entendeu que há clara diferença entre críticas ácidas e sarcasmo e ofensa e incitação ao crime, pelo que entendeu que os pedidos configurariam mácula à liberdade de expressão.

A decisão é importante por destacar o entendimento da corte em relação à defesa da liberdade de expressão, a qual encontra em manifestações de cunho humorístico ou metafórico salvaguarda, visto que termos nesse contexto, quando desprovidos de intencionalidade e potencial objetivamente lesivo a outros indivíduos se limitam a isso, exercício da liberdade de expressão. Entretanto, como veremos adiante, o Ministro Alexandre de Moraes parece ter mudado de entendimento, vez que em julgados mais recentes tem proibido a veiculações de conteúdos que para muitos estão no âmbito da liberdade de expressão, em relação a instituições ou mesmo a projetos de lei, por entender que seu ataque feriria a democracia. Nesse sentido, vale destacar quão problemática é a mudança de entendimento radical de cortes superiores no Brasil, seja o TSE ou mesmo o STF, o que não é raro de acontecer sem a devida fundamentação e gera flagrante insegurança jurídica. Antes de analisar tal questão, entretanto, cabe-nos observar o seguinte julgado:

Recurso na Representação Nº 0601765-21.2018.6.00.0000⁴¹:

⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso na Representação. Eleições 2018. Recurso inominado. Representação. Fake news. [...]. Recurso na Representação nº 0601765- 21.2018.6.00.0000-Brasília/DF. Plenário. Recorrente: Fernando Haddad e outra. Recorrido: Alexandre de Andrade França Vitor; Eduardo

Neste caso, Fernando Haddad e a Coligação “O povo feliz de novo” ajuizaram Representação no Tribunal Superior Eleitoral contra Google Brasil Internet Ltda., Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., Twitter Brasil Rede de Informação Ltda. e “Pessoas responsáveis pelas publicações listadas no rol de pedidos”, sob a justificativa de que houve a divulgação de notícias falsas sobre o plano de governo da Coligação, pelo que requereram a remoção dos links contendo as supostas notícias falsas de forma liminar, direito de resposta e aplicação de multa aos supostos responsáveis.

Inicialmente a remoção dos links foi deferida liminarmente, por se reconhecer inverídico o conteúdo, entretanto, após o fim das eleições, o então relator, Ministro Sérgio Banhos, julgou improcedente a aplicação da multa. Além disso, julgou prejudicado o direito de resposta e a remoção dos links da internet, por perda superveniente do objeto, o que tornou sem efeito a liminar deferida.

Haddad e a Coligação interpuseram recurso sob a alegação de que o pedido de remoção dos links não havia perdido o objeto com o fim do pleito eleitoral, visto que os danos gerados pelas informações falsas seriam gerados enquanto seus links estivessem disponíveis. Além disso, argumentaram que, como a Justiça Eleitoral já havia decidido pela falsidade das informações, permitir sua circulação configuraria anuência.

O ministro Admar Gonzaga foi o relator do recurso, a recorrida Google afirmou não ser responsável pelos conteúdos veiculados por terceiros, enquanto Facebook se pronunciou no sentido de não opor resistência ao recurso e os demais réus permaneceram silentes. O voto do Ministro relator apontou que a justiça eleitoral deve interferir o mínimo possível no debate eleitoral, sob pena de ao não fazê-lo macular a liberdade de expressão e incorrer em censura. Apontou também o relator que segundo o art. 33, § 6º da Res.-TSE nº 23.551/2017, em vigor à época, “findo o período eleitoral, as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet deixarão de produzir efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo por meio de ação judicial autônoma perante a justiça comum”, motivo pelo qual entendeu que após o pleito eleitoral deveria sim deixar de produzir efeitos.

Os demais ministros, em sua maioria, entenderam que a redação do texto legislativo em comento é clara e que de fato o interesse jurídico da questão competente à justiça eleitoral

Augusto Vilela Pantaleão e outros. Relator: Min. Admar Gonzaga. Brasília, 2 de abril de 2019. Disponível em: <https://inter03.tse.jus.br/sjurpesquisa/pesquisa/actionBRSSearchServers.do?tribunal=TSE&livre=Facebook&ufP rocesso=df>. Acesso em: 12 fev. 2022.

é a interferência no pleito, pelo que, passado este, realmente caberia à justiça comum a retirada definitiva de conteúdos do ar e eventual reparação de danos.

O Ministro Alexandre de Moraes, entretanto, foi voz dissonante, votando a favor do provimento do recurso. Para o ministro, não se poderia retirar os efeitos da decisão liminar em razão de “determinações burocráticas”, o que caracterizaria retirada da proteção à honra em lugar de lhe dar maior efetividade, além disso, destacou que uma retirada de efeitos da suspensão do conteúdo por parte do tribunal geraria uma presunção de veracidade ao conteúdo para a sociedade. Apesar de voto vencido, haja vista que o recurso não teve provimento, o voto e os pressupostos no qual se baseiam o ministro, que viria a se tornar presidente do TSE, merecem especial destaque.

Tratar a delimitação de competências do ordenamento jurídico como mera “determinação burocrática” é postura no mínimo alarmante, visto que o devido processo legal é princípio tão caro para a Constituição da República de 1988. Tal princípio protege os indivíduos de decisões arbitrárias dos governantes e do poder judiciário, garantindo-lhes julgamento pelo ramo da justiça competente e todos os meios que lhe assegurem a ampla defesa. No caso em tela, o Ministro entende que o fato de o conteúdo ter sido declarado falso seria o suficiente para manter a decisão liminar para além do período eleitoral, o que não achamos cabido, visto que além de macular o aspecto formal do processo, representaria a possibilidade de uma justiça que vem ganhando condão de decisões céleres e monocráticas, como vimos no estudo quantitativo sobre a jurisprudência do tribunal citado, decidir sobre aspectos cada vez mais próximos à vida comum, sem proteção às garantias devidas dos indiciados.

O Ministro também fundamenta sua argumentação de modo finalístico:

“Agora volta a veiculação da falsidade, nós sabemos quais as repercussões disso em um dia, dois dias, uma semana, a honra novamente jogada às traças. Voltam ainda outros blogs dizendo que o Tribunal Superior Eleitoral cancelou, portanto a notícia era verdadeira.”⁴²

Ora, como já evidencia a doutrina penalista, a busca de identificar a condição sem a qual um resultado não ocorreria, ou, no caso em tela, tomar uma medida fundamentando-a no que poderia ocorrer a partir de determinado fato, é proposição inacabável e pouco produtiva, além de perigosa, visto que, ao fundamentar uma decisão vislumbrando meramente como a sociedade vai se comportar a partir do fato e como ela deveria se comportar, se pode

⁴² Idem.

“justificar” que se decida qualquer coisa, ou seja, fundamentação a partir de meras conjecturas não é fundamentação real, por isso se faz tão importante o respeito às balizas, freios e contrapesos legislativos, inclusive a necessidade de fundamentação das decisões.

Nos anos seguintes a esse julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes continuou a tomar sérias posturas em relação ao combate à disseminação de notícias falsas, inclusive depois do período eleitoral, uma de suas decisões merece nossa atenção e se insere no Âmbito do Inquérito 4.781 Distrito Federal, popularmente conhecido como Inquérito das Fake News, o qual tem o seguinte objetivo:

“O objeto deste inquérito, conforme despacho de 19 de março de 2019, é a investigação de notícias fraudulentas (**fake news**), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a **honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal**, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.” (grifo nosso)⁴³

Logo, percebemos que o Inquérito tem por razão de ser a defesa institucional, visto que desde meados de 2018 intensificaram-se, por exemplo, os ataques em relação ao STF, o que certamente se fez através do uso de Fake News, mas há de se observar que a mera crítica, mesmo que contundente, à atuação de determinado órgão jamais pode ser cerceada meramente por ser uma crítica.

Nesse contexto, no dia 02 de maio de 2023 o Ministro Alexandre de Moraes determinou o seguinte:

1) GOOGLE, META, SPOTIFY e BRASIL PARALELO procedam a **REMOÇÃO INTEGRAL, em no máximo 1h00 (uma hora), de TODOS OS ANÚNCIOS, TEXTOS E INFORMAÇÕES veiculados, propagados e impulsionados a partir do blog oficial da GOOGLE com ataques ao PL 2630**, inclusive aqueles que se referem como “PL DA CENSURA”, “COMO O PL 2630 PODE PIORAR A SUA INTERNET”, “O PL 2630 PODE IMPACTAR A INTERNET QUE VOCE CONHECE”, sob pena de multa de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) por hora de descumprimento por cada anúncio. As empresas, em 48 (quarenta e oito) horas deverão remeter relatório circunstanciado sobre os anúncios realizados e valores investidos, bem como os termos sugeridos pelo buscador Google relativos ao assunto; (grifo nosso)

⁴³ BRASIL. <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acessado em 17/08/2023.

2) GOOGLE E META apontem e **expliquem, em 48 (quarenta e oito) horas os métodos e algoritmos de impulsionamento e induzimento à busca sobre “PL da Censura”**, bem como os critérios de: 2.1) Impulsionamento do site próprio chamando de “PL da Censura” em desacordo com suas próprias regras de autorregulação; 2.2) Ter anunciado sem rótulo META ADS na Meta, contra o PL 2630; 2.3) Indicação de fontes hiper partidárias na primeira página de busca, como referido no estudo da UERJ (“Em meio às recomendações de fontes da mídia de legado e sites oficiais, o Google também tem redirecionado usuários para sites nocivos e hiper partidários na primeira página dos resultados de busca”); 2.4) Indicação na página inicial de pesquisas uma mensagem de alerta para todos os usuários, afirmando que o PL iria “aumentar a confusão entre o que é verdade e mentira no Brasil”; 2.5) Buscas relativas ao “PL 2630, no período de 20/5/2023 a 2/5/2023. (grifo nosso)

4) GOOGLE, META, SPOTIFY e BRASIL PARALELO **informem quais as providências reais e concretas – enviando protocolos e documentos que comprovem as alegações – que realizam para PREVENIR, MITIGAR e RETIRAR práticas ilícitas no âmbito de seus serviços e no combate à desinformação de conteúdos** gerados por terceiros, principalmente aqueles direcionados por algoritmos, impulsionados e que gerem publicidade cuja distribuição tenha sido realizada mediante pagamento ao provedor de redes sociais ou por contas inautênticas e redes de distribuição artificial, dos seguintes assuntos(...). (grifo nosso)

DETERMINO, por fim, que a Polícia Federal, no prazo de 5 (cinco) dias, **REALIZE OS DEPOIMENTOS DOS PRESIDENTES OU EQUIVALENTES DAS EMPRESAS GOOGLE, META, SPOTIFY e BRASIL PARALELO**, para que esclareçam – entre outras questões que a autoridade policial entender necessárias – as razões de terem autorizado a utilização dos mecanismos narrados na presente decisão que podem, em tese, constituir abuso de poder econômico, bem como, eventualmente, caracterizar ilícita contribuição com a desinformação praticada pelas milícias digitais nas redes sociais. (grifo nosso).⁴⁴

A decisão aponta como fundamento estudo da Universidade Federal do Rio de Janeiro, não referenciado no corpo da decisão, que supostamente aponta que Google, Meta, Spotify e Brasil Paralelo anunciam e veiculam anúncios contra o PL 2630 (PL das Fake News) de forma opaca e burlando seus próprios termos de uso. Tal Projeto de Lei é fruto da já tratada escalada do combate às notícias falsas no judiciário brasileiro e busca responsabilizar as empresas responsáveis por redes sociais pelo conteúdo falso disseminado em suas plataformas.

A decisão aponta que, segundo o estudo mencionado, essas plataformas têm em anúncios publicitários sua maior fonte de renda, pelo que se demanda transparência para a verificação do quanto dessa renda vem de patrocínio a notícias falsas. Aponta também que o Google vem influenciando seus usuários sobre a temática sugerindo a terminologia “PL da censura”, por exemplo.

⁴⁴ BRASIL. https://infograficos-est.valor.com.br/pdf/INQ_4781_GOOGLE_02052023.pdf . Acessado em 17/08/2023.

A decisão aponta inserir-se no bojo da defesa do poder judiciário e do Estado de Direito, uma vez que trata como “real”, “perigosa” e “evidente” a instrumentalização dos provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada para ampla gama de práticas criminosas nas redes sociais. Destaca também que em 1º de março de 2023 houve reunião do Ministro presidente com as empresas Google, Youtube, Twitter, Facebook Brasil, Kwai, Tik Tok, Twitch e Telegram Messenger, pelo que estas estariam plenamente cientes da situação.

Em seguida, o Ministro faz ressalvas quanto à liberdade de expressão, destacando que:

“Será **inconstitucional**, conforme ressaltai no julgamento da ADI 4451, toda e **qualquer restrição, subordinação ou forçosa** adequação programática da liberdade de expressão e dos meios de comunicação a mandamentos normativos cerceadores, **pretendendo diminuir a liberdade de opinião e de criação artística e a livre multiplicidade de ideias, com a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico**, indispensável ao regime democrático;”⁴⁵

Em seguida, destaca o papel fundamental da liberdade de expressão para a construção da democracia, entretanto, aponta não só seu aspecto negativo, ou seja, o que não se pode restringir, mas também seu aspecto positivo, qual seja, o da vedação ao anonimato e da responsabilização civil e criminal, com base inclusive, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

“O exercício do direito [à liberdade de pensamento e de expressão] não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: ^a o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas” (art. 13). O referido artigo estabelece ainda a necessidade de proibição de “toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”⁴⁶

Para tanto, o Ministro ressalta que o direito à Liberdade de expressão não pode ser utilizado como escudo para proteger agressões e práticas antidemocráticas. Entende, assim, que os provedores de redes sociais devem ter as mesmas responsabilidades de outros veiculadores de informações, visto que a internet não é um ambiente alheio ao direito e suas obrigações, proteções e vedações, motivo pelo qual reafirma a necessidade de legislação sobre a matéria e de se defender o Projeto de Lei em questão.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ DECRETO Nº 678, DE 06 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) apud. Idem.

A partir de então, o Ministro passa a expor os dados do referido estudo da UERJ que justificariam as responsabilizações anteriormente tratadas, destacando o seguinte trecho do trabalho:

“As plataformas estão usando todos os recursos possíveis para impedir a aprovação do PL 2630 porque o que está em jogo são os bilhões arrecadados com publicidade digital que atualmente não possuem nenhuma regra, restrição ou obrigação de transparência, deixando anunciantes e consumidores vulneráveis aos seus interesses econômicos. Se o PL 2630 não for aprovado, as big techs conseguem manter a assimetria regulatória que existe no mercado e, portanto, manter suas vantagens competitivas frente aos outros meios de comunicação que também vivem de publicidade”⁴⁷.

Outro ponto importante levantado pelo Ministro com base no estudo diz respeito à falta de transparência de empresas como o Google no que diz respeito ao funcionamento dos algoritmos e o quanto eles são influenciados pelo patrocínio de informações, pelo que se relata que buscas por “pl 2630” no dia 29 de abril estavam resultando na exposição para os usuários de anúncio da própria plataforma com título “PL da censura”. Nesse contexto, faz sentido que se busque conscientizar os usuários sobre a influência que propagandas pagas exercem na sua percepção da realidade, bem como que se busque, diante da devida técnica legislativa, protegê-los através da obrigatoriedade de que as empresas apresentem informações importantes sobre o custeamento e impulsionamento de informações, com vistas a manter o senso crítico e em última instância a saúde da democracia.

Entretanto, devemos manter salvaguardados os direitos das plataformas de se pronunciarem contra o Projeto de Lei, para que ele seja melhorado e cada vez mais atenda aos anseios sociais, inclusive. Nesse sentido, parece-nos rápida e descuidada a primeira determinação da decisão, qual seja, “REMOÇÃO INTEGRAL, em no máximo 1h00 (uma hora), de TODOS OS ANÚNCIOS, TEXTOS E INFORMAÇÕES veiculados, propagados e impulsionados a partir do blog oficial da GOOGLE com ataques ao PL 2630”, isso porque sua abrangência não permite que de fato se possa falar em uma responsabilização posterior, vez que a impossibilidade de analisar cada conteúdo e fundamentar individualmente sua decisão muito a aproxima da censura prévia, inclusive por haver a condenação à retirada de conteúdo e só em seguida a solicitação de informações importantes para a cognição do juízo, como os relatórios que foram solicitados. Feita esta reflexão, passemos aos seguintes pontos expostos na decisão.

⁴⁷ Idem.

A decisão em comento também trata, fundamentada no citado mas não referenciado estudo da UERJ, de anúncio do Brasil Paralelo, o qual supostamente se encontrava como primeiro resultado da busca “pl2630”, entretanto, as informações sobre quanto foi gasto com o anúncio estão ocultas, visto que não foi cadastrado como peça política, mas como mera notícia, o que parece sim caracterizar manobra para burlar as normas de transparência da plataforma. Além disso, relata que anúncios sobre o Projeto de Lei também foram veiculados no Spotify, contrariando a política da plataforma, que se propõe a não permitir conteúdos pagos que tratem de política. Mais uma vez, parece-nos deveras drástica a decisão pela retirada em massa dos conteúdos, visto que a clara sinalização de que são conteúdos pagos por alguém para aparecerem ali em detrimento de outros já resolveria a problemática tratada no que diz respeito à plataforma Brasil Paralelo, é inclusive a conclusão lógica que se extrai do citado estudo que fundamenta a decisão.

Com isso, entretanto, em nada menosprezados o perigo à democracia que representa a não indicação de conteúdos notadamente políticos como tal, o que ganha especial destaque para os conteúdos eleitorais, visto que regras específicas tratam do financiamento de tais conteúdos e inclusive dos períodos nos quais podem ser disseminados, logo, “etiquetá-los” de maneira diversa para burlar tais mecanismos feriria a paridade entre os candidatos, assim, gerando mácula para todo o pleito eleitoral.

Outro ponto em questão é o suposto direcionamento dos candidatos, por parte do Google, a sites hiper partidários na primeira página de busca, os quais tratam da matéria do Projeto como “censura generalizada” e “perda da liberdade de expressão”, além disso, *youtubers* contrários ao Projeto também estariam sendo sugeridos com prioridade e o próprio Youtube estaria influenciando seus criadores de conteúdo a se posicionarem contra o Projeto por meio de páginas de gerenciamento interno que os alertava dos riscos que acreditavam recair sobre a classe em eventual aprovação. Tais proposições parecem-nos realmente sérias, mas a mera citação delas a partir de estudo único sem referência clara não configura lastro probatório robusto que venha a justificar medida veemente como a retirada de diversos conteúdos do ar, neste ponto parece-nos flagrante o desrespeito ao parágrafo primeiro do artigo 2º da Resolução nº 23.714, que delimita que as decisões do TSE em relação à suspensão de conteúdos no âmbito do combate à desinformação devem ser fundamentadas.

Para o Ministro, tais condutas podem configurar abuso de poder econômico às vésperas da votação do projeto de lei, o que configuraria tentativa ilegal de moldar a opinião

pública a interesses particulares, premissa que não achamos absurda, na verdade, muito plausível, o grande receio deste trabalho é que se o combate e a investigação da questão for feito de maneira autoritária, grandes prejuízos podem ser causados à democracia em função da sua suposta proteção.

Quanto a isso, vale destacar decisão recente no curso do mesmo inquérito em comento, na qual todas as contas digitais do produtor de conteúdo Bruno Monteiro Aiub, mais conhecido como Monark, foram excluídas sob a alegação de descumprimento de ordem judicial no sentido de não mais “atacar” a atuação do STF e do Ministro Alexandre de Moraes. Figura controvertida, Monark costuma transmitir ideias pouco produtivas e às vezes ofensivas a muitos grupos, suas convicções não nos interessam no presente trabalho, mas sim o processo Kafkiano⁴⁸ que parece se impor contra ele. Claro, o conteúdo do que está sendo dito é fundamental para que se verifique se justa ou não a medida tomada para limitá-lo, mas especialmente aí reside o problema, aparentemente não são bem fundamentadas as decisões, as quais tem impactos graves em relação à liberdade de expressão e também em relação à livre iniciativa e direito de trabalho, visto que o produtor de conteúdo se encontra sem nenhuma plataforma para poder exercer sua profissão. Desse modo, parece contraditória a atuação do Ministro que tratava como inconstitucional “qualquer restrição...pretendendo diminuir a liberdade de opinião”, visto que tirou de alguém não menos que todas as formas atualmente viáveis em alcance e importância de sustentar sua opinião, bem como sua subsistência.

Diante desse contexto, parece-nos que há uma crise de fundamentação e de capacidade para se lidar com a convergência de importantes princípios constitucionais, pelo que se passa a estudar no capítulo seguinte o Princípio da Proporcionalidade, importante meio, a nosso ver, de combater tal situação, mantendo os direitos de todos os envolvidos. A técnica hermenêutica busca a ponderação entre valores constitucionais conflitantes com vistas a guiar os julgadores diante dos casos concretos, para tanto, é importante que estudemos seus pressupostos e meios de aplicabilidade para não só verificar se houve o respeito devido a todos os direitos envolvidos nas decisões anteriormente estudadas como também estabelecermos uma possível via de resolução da controvérsia apresentada, qual seja através da aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

⁴⁸ Relativo a Franz Kafka (1883-1924), escritor de língua alemã nascido em Praga, à sua obra ou ao seu estilo.

5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CAMINHO PARA O EQUILÍBRIO ENTRE OS VALORES *DEMOCRÁTICOS* E A *LIBERDADE DE EXPRESSÃO*

Na introdução de sua obra sobre Teoria da Argumentação Jurídica⁴⁹, Robert Alexy trata do problema da fundamentação das decisões jurídicas, o autor aponta que muitas das decisões jurídicas não são fundamentadas em uma premissa lógica. Quanto a isso, Alexy aponta quatro possíveis causas para essa situação: (1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflito entre as normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram regulamentação jurídica, vez que não se adequam suficientemente a nenhuma norma válida existente e (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma. Tal reflexão elucida o contexto das decisões que temos analisado e especialmente os pontos 2 e 3 nos interessam, visto que diante do conflito entre combate a atos antidemocráticos e liberdade de expressão, temática insuficientemente regulamentada em relação aos meios digitais, nos deparamos com carência de fundamentação robusta nas decisões, como temos analisado.

O autor continua seu estudo sobre a questão da fundamentação das decisões e percebe que a ausência de hierarquia entre as diferentes teorias de Hermenêutica contribui para essa carência de uma fundamentação coerente nas decisões judiciais, destaca também que até em técnicas hermenêuticas sistêmicas, que levam em conta as normas não apenas enquanto regras mas também enquanto princípio duas questões devem ser enfrentadas: como se podem obter esses princípios e como se dá sua aplicação, visto que

“os **princípios permitem exceções** e **podem entrar em conflito** ou contradição; eles não têm pretensão de exclusividade; seu significado real só se desenvolve através de um processo tanto de **complementação quanto de limitação recíproca** e eles precisam de princípios subordinados e valorações particulares com conteúdo material independente para sua realização concreta.”. (grifo nosso)⁵⁰

Tal afirmativa é uma perfeita condensação da problemática que estamos a enfrentar, justamente como se dá essa limitação recíproca entre os importantes princípios em tela, ou seja, a liberdade de expressão e a ordem democrática e sua proteção, os quais, como todo princípio, não são absolutos, mas permitem exceções, especialmente quando em conflito com outro direito fundamental. Diante desse contexto é que se faz essencial o estudo do Princípio da Proporcionalidade, o qual se propõe a oferecer ao julgador uma metodologia de

⁴⁹ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schid Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. - 3.ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.19.

⁵⁰ Idem.

sopesamento que o leve a efetivar e proteger todos os direitos envolvidos em uma situação de conflito entre eles, tanto quanto se mostre possível no caso concreto.

Quanto a isso, o estudo de Buechele⁵¹ nos é muito útil, ele extrai de Paulo Bonavides que o Princípio da Proporcionalidade "se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo", ou seja, o princípio busca adequar a mútua existência de dois direitos conflitantes e o faz por meios também adequados dentro do ordenamento jurídico, por isso, vale dizer que excessos do uso de seu poder pelo judiciário não é prerrogativa admitida por tal princípio, visto que configuraria meio inadequado dentro do ordenamento jurídico. Márcia Haydée não poderia expressar o tema de maneira mais clara, para ela, o princípio da proporcionalidade é:

"uma verdadeira garantia constitucional que tem uma dupla função: protege os cidadãos contra os abusos do poder estatal e **serve de método interpretativo de apoio para o juiz** quando este precisa resolver problemas de compatibilidade e de conformidade na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais" (grifo nosso)⁵²

Destaca-se, desse modo, também, o caráter de adequação dos meios utilizados pelo poder público aos fins a que almeja, bem como, a proibição aos excessos, o que tem ampla relação com os objetivos iniciais do princípio da proporcionalidade e seu ambiente histórico de criação, qual seja, a passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, no qual os fins não justificam, necessariamente, os meios. Para tanto, o Princípio da Proporcionalidade tem em seu DNA a proteção do indivíduo frente ao arbítrio estatal. Barroso⁵³, por sua vez, destaca que o princípio tem ampla conexão com o princípio do devido processo legal, consagrando-se modernamente com a cláusula do *due process of Law* na Constituição Norte-Americana. Raquel Denize Stumm⁵⁴, por sua vez, observa aspectos ainda mais amplos dessa construção histórica, para a autora o princípio é um verdadeiro imperativo substancial do Estado de Direito, impondo exercício moderado do poder pelo Estado, esse status foi adquirido principalmente após a segunda guerra mundial, quando ficou ainda mais claro para todos o perigo de governos totalitários, assim, o princípio, que tem origem jurídico-penal, passou a ser importante para todas as áreas do direito.

⁵¹ BONAVIDES apud. TAVARES BUECHELE, Paulo Arminio. **O princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. UFSC. 1997. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106454/321102.pdf> . p. 126.

⁵² CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, p.87.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 198.

⁵⁴ STUMM, Raquel Denize. Ob. Cit., p. 120-1.

Desse modo, fica claro o viés protetivo do princípio, o qual se justifica historicamente. Para tanto, devemos observar as raízes e fundamentos do Princípio, com vistas a verificar se o TSE atuou de acordo com ele, como a jurisprudência nacional tem o recebido e o que uma observância atenta ao Princípio geraria de diferente na atuação da corte. Cabe-nos agora, antes de observar como ele se desenvolve no direito brasileiro, observá-lo sob a ótica do ordenamento jurídico norte-americano e alemão, os quais exercem grande influência no ordenamento pátrio quanto à temática e implementaram o Princípio em seus ordenamentos muito antes do Brasil.

5.1 Raízes históricas do Princípio da Proporcionalidade e sua concepção no ordenamento jurídico brasileiro

No direito norte-americano o princípio, tratado como razoabilidade, remonta à sua colonização, período em que se criou profunda desconfiança em relação ao parlamento inglês, visto que os colonos, por muitas vezes, viam seus direitos afrontados, especialmente aqueles ligados à propriedade, assim, o princípio foi forjado no país com objetivo de reforçar a força jurisprudencial visando restringir atuações desponderadas do legislador, como salienta Suzana Barros:

"O meio técnico hábil - o controle da constitucionalidade das leis - associado ao *due process of law* consignado nas emendas quinta e décima - quarta da Constituição vêm garantindo, ao longo da história do *judicial review*, a mais ampla proteção - mas não perfeita - dos direitos fundamentais na América do Norte. Inspirado na *common law*, que garantiu aos juízes americanos maior desenvolvimento do direito por meio da prática jurisprudencial, e sob a influência do jusnaturalismo, que tem o Direito como ideal de justiça e limite à atuação do Estado intervencionista, o modelo americano de controle vem permitindo refrear o arbítrio do legislador e do administrador, pela sindicância da razoabilidade dos atos governamentais"⁵⁵

Destaca Barroso⁵⁶ que esse princípio, em tal ordenamento, se subdivide em dois, o *Procedural Due Process*, que trata basicamente da aplicação do direito ao contraditório e à ampla defesa, e o *Substantive Due Process* que fortifica o judiciário no sentido de possibilitar maior espaço para exame dos atos do poder público e possibilita o exame da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. De modo que somente presentes essas condições admite-se limitação a algum direito individual. Para tanto, no direito norte-americano é evidente quão fortemente o

⁵⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 55.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 200.

princípio está ligado à proteção da ordem democrática no sentido de exigir que posturas restritivas de direitos por parte do Estado sejam fortemente fundamentadas.

Já no direito Alemão, o contexto histórico, marcado pela ascensão do nazismo de Hitler, demonstrou que uma boa constituição não é o bastante para garantir os direitos fundamentais, sendo imperioso que o judiciário tenha mecanismos legais para suprimir atos executivos e/ou legislativos que os ameace. O art. 19 da atual Constituição Alemã, por exemplo, traz uma possibilidade de revisão de atos legislativos discricionários pelo judiciário, destacando que leis que venham a restringir direitos não podem ser genéricas e não limitadas a um caso particular:

Artigo 19 [Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial] (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, **um direito fundamental possa ser restringido por lei** ou em virtude de lei, **essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular**. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente. (...)

(4) **Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial**. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase.⁵⁷

Para tanto, extrai-se que as restrições não devem onerar o particular além do necessário para alcançar os fins desejados, verdadeira vedação aos excessos. Assim, mais uma vez nos deparamos com a preocupação de que medidas muito abrangentes, como as adotadas pelo TSE até então examinadas, podem ser contraditórias e em ordenamentos alienígenas possivelmente inadmissíveis. Entretanto, a Lei Fundamental alemã não exclui a possibilidade de restrição a direitos fundamentais:

Artigo 18 [Perda dos direitos fundamentais] Quem, **para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião**, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 §1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), **perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão**.⁵⁸

Tal dispositivo mostra como o direito alemão compreende a natureza sistêmica e entrelaçada dos direitos fundamentais, permitindo a supressão de exageros que ponham em risco o próprio estado de direito. Mas tal supressão deve ser ela mesma bem fundamentada, não genérica e com extensão específica. Assim, notamos a semelhança entre o ordenamento

⁵⁷ Deutscher Bundestag. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 1949. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen; revisor jurídico: Urbano Carvelli Bonn. 2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

⁵⁸ Idem.

americano e alemão no sentido que trazem ao judiciário o papel de combater exageros injustificados na supressão de direitos. Pelo que se depreende que seria incabível em tais ordenamentos o próprio judiciário suprimir direitos sem embasamento em lei clara ou uma fundamentação adequada com base em princípios do direito, como, pelo menos em certa medida, parece ter ocorrido quando o TSE limitou conteúdos de maneira abrangente e com rasa fundamentação.

No ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, o princípio não foi formalizado enquanto tal, mas decorre do próprio espírito da Constituição e de diversas de suas normas. O parágrafo 2º do Art. 5º delimita que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”, o que denota a premissa básica do princípio da proporcionalidade: direitos fundamentais não são mutuamente excludentes, eles devem coexistir de maneira harmoniosa.

Além disso, princípios estampados na Carta magna como o devido processo legal(art. 5º, LIV) e a reserva legal(art. 5º, II) apontam diretamente para o princípio da proporcionalidade, visto que o devido processo legal assegura a possibilidade de averiguação dos direitos envolvidos e qual deles deve prevalecer em caso de conflito, enquanto a reserva legal garante que direitos só serão suprimidos depois de sua necessidade ter sido cuidadosamente averiguada pelo legislador. Quanto a tais princípios constitucionais que consubstanciam o Princípio da Proporcionalidade no direito brasileiro e outros que no bojo constitucional o fazem, destaca Suzana de Toledo Barros⁵⁹ ainda os remédios constitucionais e as ações de controle de constitucionalidade. Para a autora o Princípio da Proporcionalidade é conclusão lógica da construção dos direitos fundamentais na Constituição e de seus mecanismos de proteção.

Para tanto, fica claro que está plenamente consagrada no ordenamento jurídico brasileiro a ideia de proporcionalidade, pelo que não há justificativa para o TSE agir sem observar os ditames da tal princípio. Corrobora com essa ideia a construção jurisprudencial pátria, de modo que diversos julgados do STF se baseiam no princípio, dentre eles Buechele⁶⁰ destaca como pioneira a decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 18.331 (Rel. Min. Ozimbo Nonato, 21.09.51). Nela, trata-se da excessiva majoração de imposto

⁵⁹ Ob. cit., p. 89-90.

⁶⁰ Ob. Cit. p. 161.

sobre cabines de banho instituído por lei do município de Santos/SP, conforme excerto do voto do Relator:

"O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele **somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho**, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um **poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso**, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado" (grifo nosso).⁶¹

Visto que ainda não fundamentado na doutrina pátria o Princípio da Proporcionalidade, o Ministro o reproduziu implicitamente fundamentando sua decisão na doutrina francesa do "desvio de poder", pelo que entendeu que a atuação estatal desviou-se do seu objetivo pelo excesso, prejudicando a liberdade profissional no município, um claro juízo de proporcionalidade frente ao caso concreto. A partir desse julgado, segundo Suzana de Toledo⁶², a Suprema Corte passou a se guiar por esse princípio em muitos momentos, mas ele passou, de fato, a ser reconhecido como expresso em nosso sistema jurídico a partir do julgamento da Representação n. 930-DF (Relator para o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, 05.05.76), que tratava da irregularidade de lei regulamentadora da profissão de corretor de imóveis, a qual determinava para o exercício da profissão a necessidade de registro no respectivo Conselho, pelo que o relator apresentou o seguinte voto:

"Não há dúvida de que as **leis regulamentárias não podem destruir as liberdades consagradas como invioláveis e fundamentais**. Qual deve ser a forma como deve atuar o legislador quando sanciona normas limitativas dos os direitos individuais? A mesma pergunta pode referir-se ao administrador quando concretiza atos particulares. Se o Estado democrático exibe o valor inestimável democrático, com caráter absoluto, como a **pessoa humana, aqui se chega à primeira regra para qualquer classe de limitações. A pessoa humana antes de tudo**. Tendo em mira este suposto fundante, é como deve atuar com caráter razoável a regulamentação policial. A Jurisprudência e a lógica jurídica instituíram quatro princípios que regem este fazer: **1º) a limitação deve ser justificada; 2º) o meio utilizado, isto é, a quantidade e o modo da medida, deve ser adequado ao fim desejado; 3º) o meio e o fim utilizados devem manifestar-se proporcionalmente; 4º) todas as medidas devem ser limitadas. A razoabilidade se expressa com a justificação, adequação, proporcionalidade e restrição das normas que se sancionem**"⁶³

Em tal voto o Ministro mostrou de maneira clara a aplicação do princípio da proporcionalidade em cada um de seus elementos, os quais estudaremos individualmente em seguida, bem como, estabeleceu o controle judiciário de medidas legais que regulamentem

⁶¹ Revista Forense apud. Idem.

⁶² Ob. cit., p. 107.

⁶³ Idem.

matérias em ofensa a direitos individuais, pelo que concluiu, em porção seguinte de seu voto, que como o livre exercício profissional é direito consagrado no ordenamento pátrio não pode ser negado, no muito disciplinado, mediante critérios de razoabilidade, o que deve ser analisado pelo judiciário com vistas a verificar se as restrições são adequadas e justificadas.

No caso em tela a restrição foi imposta pelo legislativo e o Ministro defende que o Judiciário deve apreciar se razoável e proporcional, pelo que podemos mais uma vez observar o caráter de proteção contra o arbítrio estatal inato ao princípio em favor dos direitos individuais. Quanto a tal apreciação do que seria razoável e proporcional, os elementos do princípio da proporcionalidade constroem um caminho para tal análise, pelo que os estudaremos com o intuito de verificar se tal caminho foi seguido pelo TSE e, em caso negativo, se seria ele uma solução para a problemática tratada até aqui.

5.1 Elementos do Princípio da Proporcionalidade e como sua aplicação propicia fundamentações jurídicas coerentes na busca do equilíbrio entre valores democráticos e a liberdade de expressão

Para tanto, com vistas na aplicação do Princípio da Proporcionalidade em busca de fundamentações jurídicas coerentes, devemos observar os elementos, ou subprincípios, do Princípio da Proporcionalidade, os quais guiam a aplicação do princípio, são eles: a **adequação** entre os meios utilizados e os fins desejados; a **necessidade** de utilização desses meios (partindo do pressuposto que nenhum outro menos gravosos aos demais direitos envolvidos na questão poderia alcançar os mesmos resultados); e a razoabilidade da medida, que diz respeito à **proporcionalidade em sentido estrito**, os quais passaremos a analisar.

Adequação de Meios: Para Bonavides⁶⁴, esse subprincípio busca verificar se determinada medida representa o meio correto de se alcançar certo fim quando se tem como foco o interesse público. Desse modo, é fundamental que a medida seja apta a cumprir o fim a que se intenta. Assim, a adequação dos meios aos fins, para Suzana Barros⁶⁵, trata do fato de que qualquer medida restritiva de direitos que não seja apta a cumprir a finalidade idônea a que se propõe é inconstitucional. Sob tal fundamento, Buechele entende que o juiz diante de um caso de conflito entre direitos fundamentais deve proceder da seguinte maneira:

A postura do juiz diante do caso concreto, em situações como a acima descrita (controle de constitucionalidade de lei restritiva de direito fundamental), deverá, em primeiro plano, ser a seguinte: a) **descobrir a razão que motivou o legislador a**

⁶⁴ Ob. Cit.

⁶⁵ Ob. cit., p. 74.

proceder àquela limitação; b) concluindo existir autorização constitucional para que o legislador agisse da forma como agiu - ou seja, para criar a restrição normativa -, caberá ao magistrado aferir se tal medida eleita é idônea, apta, capaz de alcançar o fim consignado na Lei Maior.⁶⁶

Desse modo, o autor nos fornece exemplo vívido de ideias que devem nortear o julgador quanto à aplicação desse subprincípio da Proporcionalidade. Apesar de tratar de contexto diferente do analisado neste trabalho, a noção de que o julgador deve verificar a razão da limitação em consonância com a permissão constitucional para ela é plenamente aplicável ao contexto das céleres decisões do TSE em período eleitoral.

Esse aspecto de existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins é tratado por Barroso⁶⁷ como “razoabilidade interna”, ao passo que o autor trata como “razoabilidade externa” a adequação daquela medida com os demais direitos fundamentais que fazem parte do ordenamento jurídico. Para tanto, frente à disseminação de notícias falsas, por exemplo hipotético, a proibição ao uso da internet seria medida apta a reduzir seus efeitos, sem dúvida, mas no âmbito da “razoabilidade interna” confrontaria o requisito da proporcionalidade dos meios, por ser medida completamente desproporcional aos perigos em tela, já no âmbito da “razoabilidade externa”, se macularia uma série de direitos relacionados à liberdade que a Constituição protege.

Para tanto, deixando os exemplos hipotéticos e retomando nossos olhos para os julgados anteriormente expostos relativos ao cerceamento de conteúdos por parte do TSE em defesa institucional, percebemos que as medidas tomadas alcançavam sim os objetivos desejados, mas não restou claro, na maioria das decisões, graças à rasa fundamentação apresentada nestas, se foi resguardada essa compatibilidade lógica, bem como, a adequação com os demais valores constitucionais.

Necessidade (Exigibilidade): Esse subprincípio delimita que, depois de verificada se a medida em questão é capaz de assegurar o direito a que se objetiva defender, deve-se observar se a imposição do legislador é realmente necessária naquele instante e se, dentre outras possibilidades de atuação, aquela é a mais eficaz e menos gravosa, ou seja, a que menos entra em rota de colisão com outros direitos constitucionais.

⁶⁶ Ob. Cit., p. 146.

⁶⁷ Ob. Cit., p. 206.

Paulo Bonavides encontra em Xavier Philippe ⁶⁸máxima simples e eficiente para o entendimento do subprincípio em tela: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”, assim, o subprincípio pode ser chamado também de escolha do meio mais suave. Para tanto, notamos exagero do TSE nos casos relativos à remoção de conteúdos que deixavam de mencionar sua vinculação política, pois obrigar os responsáveis a apontar tal vinculação já resolveria a questão e seria cerceamento menor que a remoção do conteúdo em si.

Proporcionalidade em Sentido Estrito: Aqui destaca-se a ponderação propriamente dita, trata-se de verificar se de fato é aceitável que a restrição em tela seja efetivada, se realmente vale a pena restringir um direito em relação a outro, o que só se pode fazer se observados os subprincípios anteriormente mencionados. Barroso⁶⁹ trata a questão realmente como uma relação custo-benefício da medida em relação aos danos que serão causados e os resultados que serão obtidos. Bonavides⁷⁰, por sua vez, destaca que quem aplica o princípio se depara ao mesmo tempo com uma obrigação e uma interdição, obrigação em relação ao uso dos meios adequados e interdição em relação a meios desproporcionais. Já Suzana de Toledo Barros⁷¹ aponta que o subprincípio guia a necessidade de uma igualitária distribuição de ônus entre os direitos em conflito, mas sua aplicação depende de juízo de valoração por meio da técnica de ponderação de bens. A autora destaca também que muitos apontam a dificuldade em analisar, comparar e medir valores de direitos em conflito.

Apesar do teor pessimista da autora, a aplicação do princípio da proporcionalidade, que demanda sim intenso estudo e labuta cognitiva, é meio fundamental para se construir uma fundamentação jurídica eficiente, visto que seguir cada uma das etapas de seus subprincípios obriga o julgador a passar por reflexões importantes que o levam a fugir dos excessos e proteger os princípios constitucionais em conflito na maior medida possível. Além disso, a demonstração de que tais subprincípios foram seguidos em decisões judiciais consubstanciaria decisões mais bem fundamentadas e corroboraria no combate aos excessos, por propiciar o devido exame dos pressupostos nos quais se amparam as decisões e se são válidos.

Inclusive, como destaca Robert Alexy⁷², o caráter principiológico das normas é premissa fundamental para que se entenda o princípio da proporcionalidade, visto que a

⁶⁸ Ob. Cit., p. 361.

⁶⁹ Ob. Cit., p. 208-9.

⁷⁰ Ob. Cit.

⁷¹ Ob. Cit.

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**; tradução: Virgílio Afonso da Silva. - 2.ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.118.

possibilidade de sopesamento e adequação são consequências lógicas da ideia de que existem normas que não são de subsunção rígida como as regras e em situações concretas podem se adequar com outras normas que venham a conflitar com elas.

Além disso, o autor destaca que muitas das vezes a crítica que se faz ao Princípio da Proporcionalidade por sua suposta excessiva subjetividade é apressada, visto que todas as técnicas interpretativas possuem subjetividade. Mais que isso, Alexy⁷³ nos apresenta contornos mais objetivos da teoria, que se apresentam através da dita Lei do Sopesamento: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Essa lei restringe o julgador a só limitar um princípio se em defesa de outro e na medida da importância da defesa desse outro princípio. Segundo o autor, a lei nos rememora que não há que se falar em princípio absoluto, mas relativos, visto que a importância de cada princípio não é mensurada a partir dele próprio, mas a partir da relação com os demais princípios.

Tal caráter principiológico das normas exerce papel fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, na lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha, os princípios:

“são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que firmam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares **que informam e conformam o Direito** que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas-mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional(...)” (grifo nosso)⁷⁴

Assim, fica clara a importância dos princípios para o direito, dada sua abrangência e capacidade de não só oferecer a base para o ofício legislativo quanto as linhas mestras a serem levadas em conta pelo Julgador ao aplicar o Princípio da Proporcionalidade, o qual possui inata função interpretativa, ao passo que contribui para a orientação hermenêutica na análise dos casos concretos.

Tal possibilidade de uso do Princípio da Proporcionalidade enquanto parâmetro de interpretação encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como demonstra o julgamento do Habeas Corpus n. 72.580-SP⁷⁵, no qual o princípio foi critério de ponderação entre dois interesses aparentemente controvertidos, o direito à ampla defesa do

⁷³ Idem. p.167.

⁷⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 25.

⁷⁵ Ementário do STF, n. 1.861, p. 89.

réu, frente à decisão do juiz de ouvir apenas suas oito primeiras testemunhas arroladas, e o poder-dever do estado de impulsionar o processo penal e defendê-lo de medidas protelatórias, pelo que a corte decidiu que não houve mácula desmedida ao direito de defesa, entendendo que a medida adotada pelo juiz foi adequada, necessária e real, com fundamento no Princípio da Busca da Verdade Real e no Princípio da Proporcionalidade.

Desse modo, tendo em mente a complexa e interligada teia de direitos fundamentais, o Princípio da Proporcionalidade tem caráter de meio concretizador do convívio pacífico e efetivação (tanto quanto possível) de tais direitos, como se pode extrair do pensamento de Bonavides:

“partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma de Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direito fundamentais - todas se colocam no mesmo plano - chega-se de **necessidade ao Princípio da Concordância Prática**, cunhado por Konrad Hesse, como uma **projeção do princípio da proporcionalidade**, cuja **virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais**, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião” (grifo nosso)⁷⁶

O princípio destacado pelo autor, o da Concordância Prática, trata justamente da necessidade que diante de conflitos entre princípios constitucionais em uma situação concreta, ambos os direitos em questão sejam tão efetivados tanto quanto possível, daí seu nome, visto que defende que se leve além da teoria a ideia de convívio harmônico de todos os direitos protegidos pela Constituição.

Para tanto, faz-se notório que o Princípio da Proporcionalidade é consagrado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, como viés hermenêutico apto a guiar o legislador na tarefa de analisar casos concretos que discutem conflito entre direitos fundamentais, permitindo-o, mediante análise dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, efetivar os direitos constitucionais tanto quanto se mostre possível e, através da fundamentação robusta que esse rito de análise demanda, manter as decisões livres de excessos e, em caso de excessos, torná-los facilmente enquadráveis e passíveis de controle de constitucionalidade. O que, mais uma vez, parece-nos que não foi observado por muitas das decisões do TSE, questão que muitos podem entender que se justifica pela necessidade de uma atuação célere por parte do Tribunal frente aos riscos iminentes à democracia, tese que não parece fazer sentido quando se observa a figura maior, pela qual percebemos que desde

⁷⁶ Ob. Cit., p. 387.

2018 o Tribunal vem, apesar de fazê-lo frente a ameaças reais a outros direitos, cerceando direitos sem a devida fundamentação jurídica e respeito às prerrogativas que o Próprio Princípio da proporcionalidade estabelece para conter possíveis tiranias e qualquer tipo de atuação estatal que limite os Direitos Individuais de forma ilegal.

Feita tal ponderação, é importante também que nos debruçemos sobre algumas críticas que recebe o Princípio da Proporcionalidade, as quais giram em torno do receio de que tal princípio, ao possibilitar ao judiciário um juízo de escolha entre normas de mesma hierarquia, venha a minar as funções típicas de cada poder e o Estado Democrático de Direito como um todo.

Buechele⁷⁷ destaca que uma das críticas trata a utilização do princípio como cerceamento da atividade do legislador, supostamente único apto a exercer o juízo de ponderação intrínseco ao processo legislativo. Entretanto, parece-nos que tal crítica não merece vigorar, vez que o legislativo não é capaz de acompanhar as mudanças sociais na velocidade em que elas se desenvolvem, para tanto, tal vácuo legislativo sempre vai resultar em choque de direitos. Exemplo claro disso é o caso em tela, no qual desde 2016 se percebe, mais nitidamente, o perigo da disseminação de notícias falsas no meio digital e até agora o legislador pátrio não foi capaz de se pronunciar legislativamente de maneira a abrandar a situação de incerteza frente ao embate de direitos conflituosos, como se percebe pelo trâmite longo e dificultoso do Projeto de Lei 2630, chamado PL das Fake News, o qual busca estabelecer certas regulamentações para as empresas provedoras de redes sociais.

Além dessa teoria em oposição ao princípio, o autor destaca que um segundo ramo entende que uma decisão fundamentada no princípio da proporcionalidade seria, na verdade, uma decisão baseada na vontade da autoridade julgadora, visto que, para tal linha de entendimento, os critérios de razoabilidade não podem ser sólida e cientificamente definidos. Destaca também o entendimento que Bonavides extrai de Gentz:

“o frequente uso do princípio tende todavia a transformá-lo num chavão rígido ou num mero apelo geral à justiça, tão indeterminado que de nada serve para a decisão de um problema jurídico, abrindo assim a porta, acrescenta, ‘a um sentimento incontrolável e descontrolado de justiça que substitui as valorações objetivas da Constituição e da lei por aquelas subjetivas do juiz’ ”.⁷⁸

⁷⁷ Ob. Cit. p. 181.

⁷⁸ GENTZ Apud. Ob. Cit., p. 390.

Tal teoria, entretanto, deixa de levar em conta que as próprias normas constitucionais não tem o grau de concretude desejado, pelo que se demanda a interpretação do aplicador para sua concretização. Cabe destacar também que se assim não fosse o direito jamais acompanharia a sociedade em suas constantes mudanças, daí também a importância do caráter principiológico das normas. Além disso, os subprincípios do Princípio da Proporcionalidade, anteriormente estudados, são clara barreira a esse juízo de íntima convicção por parte do julgador, vez que exigem uma decisão fundamentada em critérios de adequação, razoabilidade e proporcionalidade que visam uma interpretação conforme da Constituição, ou seja, são impedidas medidas que violem o espírito Constitucional e a limitação a direitos que se exerce é restringida por um rito avaliativo da situação em questão estabelecido pelo princípio. Assim, diferente de problemático por sua subjetividade, o Princípio se mostra instrumento necessário para tratar dos conflitos entre os preceitos eminentemente dotados de certo grau de subjetividade da Constituição. Para tanto, por estar intimamente relacionado com o Princípio da Concordância Prática, na verdade, o Princípio da Proporcionalidade não afeta a atividade legislativa, antes, a fortalece, por permitir que os direitos protegidos pelo legislador sejam tão garantidos quanto possível em casos concretos de conflito entre tais direitos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a análise feita nesse trabalho é evidente que a democracia se mostra sim ameaçada pelos atos antidemocráticos disseminados nas redes sociais, dado seu grande potencial de construir um arcabouço informacional com muita aparência de verídico e, por meio deste, manipular pessoas em favor do interesse de quem pode financiar os mecanismos para tal atuação.

Pudemos observar também quão contundente vem sendo a atuação do Tribunal Superior Eleitoral para tentar proteger o Estado Democrático de Direito desse mal. Entretanto, a matéria do combate a atos como a disseminação de notícias falsas encontra diversas dificuldades, as quais foram anteriormente averiguadas e podem se resumir com o choque em relação à liberdade de expressão dos indivíduos, direito fundamental também essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Diante disso, compreendemos que o TSE age em sua competência ao buscar fazer cumprir a legislação eleitoral, mas se suas resoluções derem margem a decisões que suprimam direitos em favor de outros sem a devida fundamentação, há exagero e ilegalidade, o que parece ter ocorrido em parte das decisões mencionadas.

Nesse contexto, observamos no Princípio da Proporcionalidade importante instrumento de sopesamento entre direitos fundamentais em colisão para guiar o julgador bem como a interpretação Constitucional. A partir dos ritos propostos por tal Princípio, assim como por suas justificativas, parece-nos que, por vezes, a atuação do TSE deixou de segui-lo completamente, tomando decisões abrangentes, por exemplo, que deixam de analisar cuidadosamente os casos concretos e assim oferecer a fundamentação jurídica necessária para a restrição de direitos.

É evidente que o tema é complexo e o presente trabalho não pretende exauri-lo ou mesmo concluir definitivamente se a atuação estatal está sendo excessiva, até porque o mal que se combate é sim seríssimo, mas o que se considera por fim é a necessidade de reflexão e busca por fundamentações robustas em relação aos perigos que permeiam a sociedade e, até mesmo, em relação às propostas para sua resolução, tarefa que por meio deste trabalho esperamos ter contribuído em iniciar para todos os leitores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCOTT, H.; GENTZKOW, M. **Social Media and Fake News in the 2016 Election**. Journal of Economic Perspectives, Vol. 31, n. 2: 211-236, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schid Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. - 3.ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.19.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**; tradução: Virgílio Afonso da Silva. - 2.ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.118.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 206

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 74.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 553.

BORGES DOS SANTOS, Cássio André e VARGAS E SILVA, Fabiana Montenegro Valente: **Combate às Fake News no âmbito de atuação do Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/14672/20661> .

BRAGA, S. S., & ALARCON, A. de O. (2023). **Sociedade da (des)informação: uma análise longitudinal da jurisprudência e das decisões do TSE sobre fake news nas eleições (2018-2022)**. *Revista Justiça Do Direito*, 37(1), 6-35. <https://doi.org/10.5335/rjd.v37i1.14941> .

BRASIL. <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf> . Acessado em 17/08/2023.

CAMPOS MELLO, P. **Empresários bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp**. Folha S. Paulo, 18 out 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancamcampanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml> . Acessado em: agosto de 2022.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, p.87.

CASTRO, Paulo Renato Vieira. **Aspectos da Competência Regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral**. Universidade Federal de Santa Catarina. Julho, 2012. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/189135/Formata%c3%a7%c3%a3o_TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y .

DECRETO Nº 678, DE 06 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm .

Deutscher Bundestag. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 1949. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen; revisor jurídico: Urbano Carvelli Bonn. 2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 2005.

Ementário do STF, n. 1.861, p. 89.

FARIA, Hygor Tikles de. **Desinformação e abuso de poder de comunicação no Processo Eleitoral: “efetividade de direitos”**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais, Universidade de Itaúna. Itaúna, MG. 2023.

FERREIRA DOS SANTOS, Carlos Eduardo Apud. HABERMAS. **Riscos à democracia e mecanismos de proteção**. R. Trib. Reg. Fed. 1ª Região, Brasília, DF, ano 34, n. 2, 2022. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/392/218> .

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 106.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. 7 Auflage. Frankfurt: Suhrkamp, 2019. p. 123-124

ITUASSU, Arthur;LIFSCHITZ, Sergio;CAPONE, Letícia e MANNHEIMER, Vivian - **DE DONALD TRUMP A JAIR BOLSONARO: democracia e comunicação política digital nas eleições de 2016, nos Estados Unidos, e 2018, no Brasil**. Disponível em: http://compolitica.org/novo/anais/2019_gt4_Ituassu.pdf .

JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral Positivo**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. _____ . Processo e Justiça Eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 30, n. 119, jul./set. 1993.

LAURENTIIS, Lucas Catibe De e THOMAZINI, Fernanda Alonso. **Liberda de Expressão: Teorias, Fundamentos e Análise de Casos**. Rev. Direito e Práx., 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/XjtMWwY7WnnnvZg4Q7mgX3G/?format=html#> .

LEVITSKY, Steven e ZIBLATT Daniel. **Como as democracias morrem** – 1.ed. – Rio de Janeiro – Zahar, 2018.

LUCINDA, Tamires Valente. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E FAKE NEWS: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**. 2022. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/16589/1/62000022.pdf> . p. 146.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free Speech: And its relation to self-government**. New York: Harper & Brothers, 1948.

PERSILY, N. **Can democracy survive internet?** In: Journal of Democracy, vol. 28, n. 2, abril, 2017.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral – Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal – Noções Gerais**. São Paulo: Atlas, 2003.

Reale Júnior, M. (2011). **Limites à liberdade de expressão**. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 11(2), 374–401. Recuperado de <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/arti> .

Revista Forense. Rio: Forense, n. 145, p. 164.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 25.

RUEDIGER, M.A. **Redes sociais nas eleições 2018**. Policy Paper 1, 2018c. Disponível em: https://observa2018.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Redes-Sociais-nasElei%C3%A7%C3%B5es18_corrigido.pdf .

SCHNEIDER DA SILVA, Régis. **A expressão do direito de ser livre: uma análise da Resolução nº 23.714/2022 do TSE à luz de preceitos nucleares da ordem democrática**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/101519/a-expressao-do-direito-de-ser-livre-uma-analise-da-resolucao-n-23-714-2022-do-tse-a-luz-de-preceitos-nucleares-da-ordem-democratica> .

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 181.

TAVARES BUECHELE, Paulo Arminio. **O princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. UFSC. 1997. p. 126. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106454/321102.pdf> .

TORRÊS, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. Revista do Senado Ano 50 Número 200 out./dez. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf .

WOOLLEY, S.C.; GUILBEAULT, D. **United States: Manufacturing Consensus Online**. In WOOLLEY, S.C.; HOWARD, P.N. (Eds.) **Computational Propaganda: Political Parties, Politicians, and Political Manipulation on Social Media**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral: Noções Preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.