

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Jade dos Santos Alves

**OWEN FISS ENCONTRA ALEXANDRE DE MORAES: ANÁLISE DAS DECISÕES
DO TSE RESTRITIVAS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO
ELEITORAL DE 2022**

Porto Alegre

2023

JADE DOS SANTOS ALVES

**OWEN FISS ENCONTRA ALEXANDRE DE MORAES: ANÁLISE DAS DECISÕES
DO TSE RESTRITIVAS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO
ELEITORAL DE 2022**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Profª Dra. Roberta Camineiro Baggio

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Profª Dra. Juliane Sant'Ana Bento

Profª Dra. Roberta Camineiro Baggio

Prof. Dr. Rodrigo Luz Peixoto

CIP - Catalogação na Publicação

dos Santos Alves, Jade

Owen Fiss encontra Alexandre de Moraes: análise das decisões do TSE restritivas à liberdade de expressão no contexto eleitoral de 2022 / Jade dos Santos Alves. -- 2023.

104 f.

Orientadora: Roberta Camineiro Baggio.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. liberdade de expressão. 2. disputa eleitoral. 3. crise política. 4. Tribunal Superior Eleitoral. 5. regulação estatal. I. Camineiro Baggio, Roberta, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Tavama e Caio, pelo amor recíproco e incondicional, pela imensa dedicação a nossa família e pela coragem na construção de um mundo onde todas as pessoas possam viver plenamente suas potencialidades. Vocês são meus maiores exemplos de carinho, respeito, sensibilidade e lucidez. Se eu não fosse filha de vocês, pediria para ser.

A minha irmã Zíngara, meu par, meu espelho, minha parceira desde que eu me conheço por gente. Você tem toda minha admiração e ternura.

Aos meus amigos da faculdade e de fora dela, do colégio e dos bares, da música e do trabalho, do centro acadêmico e da cidade, meu muitíssimo obrigada por tornarem toda a jornada da graduação mais divertida e acolhedora. Amor eterno por vocês. Um beijo apertado para Izi, Mariel, Jessica e Marília. Prometo que agora terei mais tempo para os nossos rolês.

Ao meu amor Julian, que acompanhou de perto esta caminhada de final de graduação e deixou tudo mais docinho e aconchegante. Obrigada por sempre me lembrar da importância da matéria prima.

Um abraço especial aos meus amigos do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária, especialmente do GAP, grupo do qual faço parte desde o primeiro semestre da graduação. Com vocês eu aprendi a ser implacável na luta por dignidade: a utilizar o direito como escudo e a política como lança.

Aos meus amigos e colegas da Artigo 19, meu carinho e admiração por vocês aumenta a cada dia que passa. Um agradecimento especial a equipe de Direção e do Centro de Referência Legal: Denise, Barbara, Taynara, Raquel e Dandara, obrigada pela gentileza em compartilhar seus conhecimentos comigo.

A toda equipe da Themis e às Promotoras Legais Populares, meus grandes exemplos diários da construção de um feminismo comunitário.

Por fim, agradeço aos professores e professoras de quem fui aluna, por contribuírem para minha formação enquanto estudante, trabalhadora e cidadã.

A revolução começa agora
Onde o povo fez história
E a escola não contou
Marco dos heróis e heroínas
Das batalhas genuínas
Do desquite do invasor
[...]

Eu vim cobrar igualdade
Quero liberdade de expressão
É a rua pela vida, é a vida do irmão
Baixada em ato de rebelião
Eu vim cobrar igualdade
Quero liberdade de expressão
É a rua pela vida, é a vida do irmão
Baixada em ato de rebelião

Desfila o chumbo da autocracia
A demagogia em setembro a marchar
Aos renegados, barriga vazia
Progresso agracia quem tem pra bancar

Ordem é o mito do descaso
Que desconheço desde os tempos de Cabral
A lida, um canto, o direito
Por aqui o preconceito tem conceito estrutural

Pela mátria soberana, eis povo no poder
São Marias e Joanas, os Brasis que eu quero ver
Deixa Nilópolis cantar
Pela nossa independência, por cultura popular
Deixa Nilópolis cantar
Pela nossa independência, por cultura popular

Ô, abram alas ao cordão dos excluídos
Que vão à luta e matam seus dragões
Além dos carnavais, o samba é que me faz
Subversivo, Beija-Flor das multidões

**Samba-Enredo 2023 – Brava Gente! O Grito dos Excluídos No Bicentenário da Independência.
G.R.E.S. Beija-Flor de Nilópolis (RJ)**

RESUMO

Durante o período eleitoral de 2022 houve um aumento significativo de conflitos envolvendo liberdade de expressão e de imprensa, acesso à informação, desinformação e disseminação de *fake news*, instando as instituições a deliberar muito rapidamente sobre seus contornos e limites constitucionais. Assim, o Tribunal Superior Eleitoral, ao lado do Supremo Tribunal Federal, ganhou ainda mais relevância enquanto instituição responsável por realizar e fiscalizar as eleições em âmbito nacional, além de julgar casos de conflitos de direito eleitoral. Nesse sentido, este trabalho busca analisar as decisões do TSE relativas a restrições à liberdade de expressão durante o período de campanha eleitoral de 2022, à luz das contribuições da teoria de Owen Fiss e do entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito do tema.

Palavras-chave: liberdade de expressão; disputa eleitoral; crise política; Tribunal Superior Eleitoral; regulação estatal.

SUMMARY

During the 2022 election period there was a significant increase in conflicts involving freedom of expression and the press, access to information, disinformation and the spread of fake news, urging institutions to deliberate very quickly on their constitutional contours and limits. Thus, the Superior Electoral Court, along with that of the Federal Supreme Court, gained even more relevance as an institution responsible for conducting and supervising elections at the national level, in addition to judging cases of conflicts of electoral law. In this sense, this paper seeks to analyze the decisions of the TSE regarding restrictions on freedom of expression during the 2022 election campaign period, in the light of the contributions of the theory of Owen Fiss and the understanding of the Inter-American Commission on Human Rights on the subject.

Keywords: freedom of expression; electoral dispute; political crisis; Superior Electoral Court; state regulation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros
ABRAJI – Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CONTCOP – Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade
CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
FCC – Federal Communications Commission
FECA – Lei Federal de Campanha Eleitoral
FENAJ – Federação Nacional dos Jornalistas
FISTEL – Fundo de Fiscalização das Telecomunicações
FNDC – Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação
HC – Habeas Corpus
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira
MPF – Ministério Público Federal
NEA – National Endowment for the Arts
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
ONU – Organização das Nações Unidas
PGR – Procuradoria Geral da República
PRF – Polícia Rodoviária Federal
RCL – Reclamação Constitucional
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TRE – Tribunal Regional Eleitoral
TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. ESTADO, PROTEÇÃO E REGULAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DE OWEN FISS E O ENTENDIMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIRETOS HUMANOS

2.1 Contribuições da teoria de Owen Fiss para regulação da liberdade de expressão

2.2 Liberdade de expressão no entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: pedra angular da democracia e do pluralismo

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL E O CONTEXTO DE DISPUTA ELEITORAL

3.1 O direito à liberdade de expressão na legislação brasileira e a capacidade protetiva e regulatória estatal

3.2. O aumento da disputa conceitual sobre liberdade de expressão no contexto de crise política das eleições de 2022

3.2.1 Fenômenos que contribuíram para o crescimento da polarização política e ideológica na sociedade brasileira

3.2.2 A disputa conceitual pela liberdade de expressão durante o governo Bolsonaro e durante as eleições de 2022

4. ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL RESTRITIVAS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PERÍODO ELEITORAL DE 2022

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão e o acesso à informação vêm sofrendo ataques no Brasil e no mundo, com intensas violações do direito à protesto e à manifestação, ao livre pensamento e à liberdade de expressão artística, de acordo com o relatório publicado pelo V-Dem Institute, organização de pesquisa internacional que estuda e mede a qualidade das democracias ao redor do mundo. Segundo o relatório, em 2022, o Brasil ocupou a 89ª posição entre 161 países, e passou a ser considerado um Estado de liberdades restritas, caindo 58 posições entre 2015 e 2021 (V-DEM, 2022). O Relatório Global de Expressão, publicado pela Artigo 19, organização internacional que atua para a promoção da liberdade de expressão e do direito ao acesso à informação no Brasil e no mundo, destacou que as violações de liberdade de expressão se intensificaram no período eleitoral, com o mês de outubro de 2020 tendo concentrado 20% dos casos de violação do ano todo (ARTIGO19, 2021).

Ainda, nos últimos quatro anos, houve um aumento expressivo de ataques à imprensa livre, de violência contra jornalistas (ABRAJI, 2022) e de disputas sobre discurso de ódio, desinformação e disseminação de *fake news* e controle da mídia, intensificados pelo período eleitoral de 2022. Houve também um aumento da judicialização de casos envolvendo conflitos de liberdade de expressão contra jornalistas e figuras públicas, em uma tentativa explícita de silenciamento destes atores através do aparato do Judiciário.

Somam-se a esse cenário a intensificação da polarização política e ideológica, o avanço da crise econômica e o aumento do ataque às liberdades e garantias fundamentais, com o desmonte estratégico dos instrumentos e espaços de participação social. Com o avanço da tecnologia, surgem também novos desafios para a moderação de conteúdo em plataformas e para a governança da inteligência artificial, tornando o ambiente jurídico da liberdade de expressão e do acesso à informação ainda mais desafiador.

A partir do início do período de campanha eleitoral para o cargo de chefe do executivo brasileiro, este quadro de polarização se tornou ainda mais intenso na sociedade, com a ascensão da nova extrema direita conservadora (ROCHA, 2019) que, em uma combinação entre radicalismo de mercado e conservadorismo programático visa romper com os pactos democráticos de 1988 a partir de uma agenda anti-sistêmica.

Debates em torno da garantia à liberdade de expressão retornaram à arena pública com foco em direitos humanos, intolerância, democracia e redes sociais, sendo invocado sob diferentes óticas e por espectros políticos opostos. Com as eleições de 2022, a disputa sobre os limites da liberdade de expressão se acirraram ainda mais. É neste cenário social, jurídico e político que a presente monografia está inserida, aspectos que serão melhor abordados ao longo do capítulo dois.

Cabe pontuar que este trabalho está inserido no pressuposto do Estado Democrático de Direito, sendo a liberdade de expressão e o acesso à informação imprescindíveis para a existência e para o fortalecimento da democracia, a partir de uma perspectiva de proteção dos direitos humanos e de promoção da igualdade e da liberdade. No Brasil, a liberdade de expressão e o acesso à informação estão expressamente protegidos no art. 5º da Constituição Federal, que garante a liberdade de manifestação do pensamento e das mais variadas expressões. Estes direitos também são assegurados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, todos ratificados pelo Brasil.

A Constituição Federal de 1988, após duas décadas de ditadura cívico-militar, reafirmou de forma categórica a garantia da liberdade de expressão e do acesso à informação – em sua dimensão individual e coletiva –, como um passo fundamental para o retorno da democracia e da valorização de debate público. A despeito de sua vital importância para a consolidação e para o aprimoramento da recente democracia, a liberdade de expressão, passou a ser vista, em larga medida, apenas como uma garantia da liberdade individual. O Marco Civil da Internet, a declaração de inconstitucionalidade da antiga Lei de Imprensa (ADPF 130), a Lei Geral de Proteção de Dados, as alterações na legislação eleitoral e os julgados recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Eleitoral dão contornos complexos à liberdade de expressão no Brasil nas últimas décadas.

Nesse ínterim, este trabalho de conclusão busca analisar, a partir das contribuições da teoria de Owen Fiss e do entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, se as decisões do Tribunal Superior Eleitoral restritivas à liberdade de expressão durante o período eleitoral de 2022 foram adequadas, suficientes e proporcionais às garantias que se propôs proteger, considerando as particularidades do momento de crise política e de crise das instituições do país.

Enquanto hipótese, levanta-se a desproporcionalidade do TSE na aplicação de medidas de restrição à liberdade de expressão durante o período eleitoral de 2022, aliado a uma postura combativa do STF com a intenção de enfrentar discursos falaciosos, discriminatórios e ditos antidemocráticos.

Para conduzir esta investigação, utilizar-se-á de métodos dedutivos e argumentativos, com base em pesquisa doutrinária, jurisprudencial e bibliográfica sobre o tema. Analisar-se-á qualitativamente decisões de pedidos de direito de resposta do Tribunal Superior Eleitoral restritivas à liberdade de expressão durante período eleitoral de 2022 à luz da teoria de Owen Fiss e do entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para compreender, primordialmente, i) se as decisões do TSE restritivas à liberdade de expressão no período eleitoral foram adequadas, proporcionais e suficientes à garantia que se propôs proteger. Para desvelar este problema central, buscar-se-á responder também ii) se as decisões do TSE restritivas à liberdade de expressão no período eleitoral estão de acordo com as contribuições da teoria de Owen Fiss sobre a relação do Estado e da liberdade de expressão; e iii) se as decisões do TSE restritivas à liberdade de expressão no período eleitoral estão de acordo com o entendimento da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos;

2. ESTADO, PROTEÇÃO E REGULAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DE OWEN FISS E O ENTENDIMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A liberdade de expressão é um tema transversal da tradição do pensamento ocidental, em particular, na vertente do pensamento democrático e liberal moderno. Em verdade, o estudo das liberdades sempre foi um tema central para os clássicos do liberalismo, como Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill, que dedicaram grande parte de suas obras para o debate da liberdade de expressão a partir dos processos políticos que os rondavam, especialmente, a Revolução Francesa e a Revolução Industrial. Não obstante, é a partir do século XX que os conflitos de interesse ao redor da liberdade de expressão ganham complexidade e as demandas envolvendo a

liberdade de expressão se massificam nos tribunais, ao mesmo tempo em que o debate jurídico e acadêmico procura compreender seu papel e configurá-lo.

Atualmente, no âmbito das teorias democráticas, esse papel é entendido de maneira ligeiramente distinta por diferentes correntes, ainda que todas fundamentem sua magnitude na própria democracia. A teoria deliberativa, por exemplo, percebe que a legitimidade das instituições democráticas é um produto da constante relação entre decisões de governantes e opinião de governados e, portanto, a opinião pública é, em parte, resultado da ação dos meios de comunicação em fornecer informação não capturada por interesses políticos ou de mercado. Já na teoria participativa, o papel dos meios de comunicação não está associado a informação que esses podem transmitir, mas ao real poder de vocalizar demandas presentes na sociedade, mas ausentes nas arenas de decisão (BARBABELA, 2019).

É fato que não há apenas uma teoria democrática, mas diversas teorias democráticas, haja vista que o próprio conceito de democracia teve sua compreensão alterada ao longo do tempo. Hoje, as propostas democráticas modernas a associam não mais com uma visão de unidade, mas sim com a possibilidade de diversidade (SARTORI, 1987). E é a partir desta visão que a liberdade de expressão esculpe seu papel primordial: a de fortalecer as capacidades do indivíduo de auto representar-se, individualmente e coletivamente.

A liberdade de expressão é importante para o processo político, seja ao garantir o acesso à informação, seja ao garantir o direito político de se expressar das mais diversas formas, seja ao garantir a capacidade de se transformar e responder a novas realidades. E a regulação da expressão, com isso, se torna necessária para construir limites à atuação dos poderes do Estado e do mercado, protegendo a liberdade de expressão, a liberdade de informação e o próprio processo democrático (BARBABELA, 2019).

Ainda que a necessidade de regulação estatal se torne evidente nas teorias democráticas da expressão, a mesma enfrenta inúmeros desafios práticos. Isto pois há uma disjunção entre discurso e ação, muitas vezes não sendo possível delimitar quando acaba uma e começa outra; ou ainda, identificar em qual medida o discurso gera determinada ação. Nas sociedades democráticas, parece certo que a ação preconceituosa deve ser combatida, pois afronta parâmetros básicos de igualdade, todavia, não se sabe ao certo em que medida o discurso gera essa forma de ação. Butler enfatizou este “gap” entre discurso e ação, chegando à conclusão de que “a

possibilidade de uma expressão ser ressignificada em novos contextos depende, em parte, do *gap* existente entre o contexto e a intenção originários do enunciado e os efeitos que ele produz” (BUTLER, 1997).

Este dilema é especialmente trabalhado na vasta obra de Owen Fiss, ao compreender que o Estado não pode cumprir um papel de curador de qualidade do discurso público através de sua regulação, mas sim garantir e fomentar um robusto, aberto e livre debate público. A teoria de Owen Fiss foi especialmente escolhida pela sua abordagem que concebe o Estado em sua dupla dimensão: em sua capacidade de violar a liberdade de expressão, mas também em sua habilidade de promovê-la, que se aproxima da racionalidade jurídica da Constituição Federal de 1988. As contribuições da teoria de Fiss foram citadas em julgamentos paradigmáticos sobre liberdade de expressão no Brasil, como na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, que não recepcionou a antiga Lei de Imprensa. Na oportunidade, os ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Joaquim Barbosa o citaram nominalmente em seus votos.

Adicionalmente, a jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos complementa a teoria de Owen Fiss, na medida em que traz um acúmulo regional à temática do direito de expressão, trazendo a margem inúmeros conflitos para sua melhor elaboração em um longo processo de reflexão jurídica sobre a liberdade de expressão e o acesso à informação, sua relação com a democracia e o interesse público, seus limites e possibilidades de regulação e restrição.

Além destes típicos desafios, o Brasil tem enfrentado uma peculiar crise política nos últimos dez anos, que culminou em uma eleição em 2022 totalmente polarizada, recheada de discursos anti sistêmicos, discursos discriminatórios, desinformação e *fake news* no ambiente de comunicação virtual, além de intensas ondas de manifestações públicas. Nesse contexto, tornou-se ainda mais difícil regular o discurso que deve ser permitido e o discurso que deve ser proibido, para garantir a existência da própria democracia e de suas instituições.

Por estas razões, o presente capítulo buscará a compreensão das contribuições da teoria de Owen Fiss para a regulação da liberdade de expressão, para então, nos próximos capítulos, adentrar na análise do cenário brasileiro. Fiss é jurista e professor renomado que produziu algumas das mais significativas obras contemporâneas sobre o Estado, liberdade de expressão e diversidade na esfera pública. Além disso, apresentar-se-á a visão consolidada do Sistema Interamericano

de Direitos Humanos sobre o tema, haja vista o Brasil estar sob sua jurisdição e tem o dever, portanto, de adequar suas decisões em prol da promoção dos direitos humanos em geral, e para a promoção da liberdade de expressão, em específico, segundo os tratados interamericanos ratificados.

2.1 Contribuições da teoria de Owen Fiss para regulação da liberdade de expressão

Owen Fiss, renomado jurista, doutrinador e professor norte americano, dedicou boa parte de seus estudos às liberdades individuais, dentre elas, a liberdade de expressão. Partindo do paradigma entre uma teoria libertária e uma teoria democrática da expressão, o autor navega profundamente no constitucionalismo estadunidense para compreender os caminhos pelos quais o Estado pode potencializar a liberdade de expressão, protege-la e regula-la. E, ainda, quando o Estado poderá interferir na liberdade de expressão, em qual proporção e para atingimento de quais fins.

A Primeira Emenda americana, por outro lado, parece categórica em sua simplicidade, ao prever que: “o Congresso não editará qualquer lei limitando a liberdade de expressão, ou de imprensa”. A Suprema Corte Americana tem lido tal dispositivo como um comando para delinear uma fronteira estreita em torno da autoridade estatal, limitando-a, ao ressaltar o caráter de direito negativo de Estado em relação a liberdade de expressão.

Para Harry Kalven Jr., importante doutrinador liberal norte americano da Primeira Emenda, muito embora os direitos de liberdade individual devam ser preponderantes, há de se reconhecer os contravalores do Estado em disputas litigiosas. Os contravalores podem ser entendidos como os valores e princípios a serem perseguidos pelo Estado, como a ordem, o bem comum, a igualdade ou até mesmo os costumes de uma determinada sociedade. É comum, todavia, que nos Estados Unidos, ao se deparar entre conflitos de igualdade e liberdade (de expressão), as cortes escolham a liberdade, a partir de uma leitura clássica do liberalismo e da Primeira Emenda (CAHN, 1956).

É possível notar esta tendência da Corte norte americana em julgados como *Buckley v. Valeo*, *R.A.V v. St. Paul*, *Rust v. Sullivan* e *Miami Harold e Pacific Gás &*

Electric. Nestes julgados é possível perceber a prevalência da Primeira Emenda norte americana, em uma interpretação liberal clássica, em relação aos demais direitos ali postos. A Primeira Emenda norte americana, promulgada em 1791, discorre que:

Emenda Constitucional nº 1 - O Congresso não fará lei relativa ao estabelecimento de religião ou proibindo o livre exercício desta, ou restringindo a liberdade de expressão ou de imprensa, ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e dirigir petições ao governo para a reparação de seus agravos. ("U.S. Senate: Constitution of the United States", [s.d.]

Para Fiss, o debate não deve ser tão simplista, entre favorecer a igualdade ou a liberdade, mas sim reconhecer a dificuldade de descobrir um método de escolha entre estes dois valores através da regulação. Em "A Ironia da Liberdade De Expressão", o autor afirma:

Aqueles que favorecem a liberdade frequentemente se referem ao papel que a liberdade de expressão desempenhou assegurando igualdade nos anos 1960, sugerindo que o debate aberto e livre é uma pré-condição para alcançar uma igualdade verdadeira e substantiva. Mas certamente o contrário pode também ser verdade: que uma política verdadeiramente democrática não será alcançada até que condições de igualdade tenham sido inteiramente satisfeitas. (FISS, 1996, pg. 45)

Nesse sentido, compreende ser impossível resolver qualquer conflito entre liberdade e igualdade sem definir um caminho principiológico antes. Sugere ainda que a regulação pode ser vista, por ela mesma, como promovendo, antes que limitando, a liberdade de expressão. Assim, transformando o conflito de liberdade e igualdade em um conflito de liberdade e liberdade: em qual dos caminhos se promoverá de forma mais eficaz a liberdade de expressão e a possibilidade de acesso à informação? Instando a Judiciário a julgar os casos pela ótica do propósito comum: a promoção da liberdade de expressão.

Para os teóricos liberais da Primeira Emenda, como Harry Kalven Jr. e Meiklejohn, conflitos de liberdade de expressão devem ser resolvidos, em regra, com mais discurso, e não com regulação estatal. Pois crê-se que a sociedade como um todo deve ser capaz de promover um bom, plural e agitado debate público e que, individualmente, as pessoas possam ter a liberdade para escolher seu lado. Nesta concepção, não é possível, portanto, se falar em autonomia enquanto o público não tiver acesso a todos os tipos de ideias. E ocorre uma ofensa à sua autonomia quando

o governo restringe o acesso a um discurso, por mais ofensivo ou perigoso que ele seja. Afinal, essa restrição pressupõe que o indivíduo não teria a capacidade de se autodeterminar de acordo com ele, e o governo não pode tirar das pessoas a liberdade de julgar por si mesmas o que consideram bom ou ruim (LAURENTIIS; THOMAZINI, 2020).

O que ocorre, portanto, é que quando há desigualdade material, as pessoas em situação de vulnerabilidade não possuem a mesma capacidade de participar do debate público, pois, tanto a liberdade de discurso é prejudicada como a liberdade de receber e acessar informações de terceiros também o é. Para elucidar sua teoria, Fiss discorre sobre a regulação da pornografia, discurso de ódio e financiamento de campanhas.

Para o autor, nestes casos, o remédio tradicional de mais discurso não funcionaria, haja vista que para os grupos desfavorecidos – neste caso, as mulheres, as minorias políticas e a população em geral, respectivamente – pode se tornar impossível inclusive participar da discussão, ao dizer que:

Afirma-se que o discurso de ódio tende a diminuir a autoestima das vítimas, impedindo assim a sua participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. Mesmo quando essas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras: é como se elas nada dissessem. Essa dinâmica silenciadora tem também sido atribuída a pornografia. [...] Ela compromete a sua credibilidade e as faz sentir como se não tivessem nada com que contribuir à discussão pública. Em um caso ainda mais claro, gastos ilimitados com a política não apenas perpetuam a distribuição desigual da riqueza e colocam os pobres em desvantagem na arena política, mas também podem ter o efeito de silenciá-los. Os ricos podem, por exemplo, dominar de tal forma o espaço publicitário na mídia e outros espaços públicos, que o público, efetivamente, só ouça a sua mensagem. Consequentemente, a voz dos menos prósperos pode ser simplesmente soterrada. (FISS, 1996, pgs. 48-49)

Para Levin, o discurso não regulado sempre privilegia as classes mais favorecidas, pois permite a elas reafirmar as ideias historicamente construídas de objetificação, inferioridade e subordinação e, por esta razão, a regulação faz-se necessária. A autora considera que ao se privilegiar a liberdade de expressão, pode-se chegar a conclusões racistas e sexistas, principalmente quando o direito preterido for o da igual proteção da lei. Nesse sentido, a autora argumenta que discursos de ódio e pornográficos impedem que as pessoas atingidas possam exercer a sua autonomia, sofrendo um efeito silenciador e de subordinação. Para ela, tal forma de

discurso altera a própria percepção do público, pois a difusão do ódio e do preconceito torna os atores menos sensíveis aos danos causados as minorias (LEVIN, 2009).

Isto é, a necessidade da intervenção estatal é baseada não na teoria de que a atividade a ser regulada é intrinsecamente violadora da Primeira Emenda, mas sim na teoria de que a promoção do debate aberto e integral - assegurando que o discurso dos poderosos não comprometa o discurso dos menos poderosos - é um fim permitido ao Estado. Em outras palavras, a promoção de valores democráticos é um fim legítimo.

Destarte, o paradigma da regulação é voltado não apenas para o discurso – qual discurso deve ser necessariamente restringido ou proibido – mas sim para a proteção do interesse coletivo da audiência de poder participar de um debate público aberto e inclusivo. Esta perspectiva supera a estrutura clássica de que o Estado seria um inimigo natural da liberdade de expressão, tornando o Estado um amigo da liberdade de expressão. Nesse sentido, Fiss conclui:

A resistência a essa reversão da dialética tradicional da liberdade é considerável. Em parte, ela é fundada numa leitura absolutista da Primeira Emenda como uma vedação a qualquer regulação estatal do discurso, qualquer que seja ela. Essa visão da Primeira Emenda proclama que nenhuma lei significa nenhuma lei, que por certo é verdade, mas como Alexander Meiklejohn enfatiza, o que a Primeira Emenda proíbe são leis limitando a liberdade de expressão, não a liberdade de falar. A expressão a liberdade de expressão implica uma concepção organizada e estruturada da liberdade, que reconhece certos limites quanto ao que deve ser incluído e excluído. Essa é teoria segundo a qual a regulação do discurso voltada à proteção da segurança nacional ou da ordem pública é às vezes permitida; ela poderia estar igualmente disponível quando o Estado estiver tentando preservar a completude do debate. Com efeito, a Primeira Emenda deveria ser mais permeável a tal regulação, uma vez que ela busca promover os valores democráticos subjacentes à própria Primeira Emenda. (FISS, 1996, pgs. 51-52)

Há de se notar que a Suprema Corte dos Estados Unidos possui entendimento diferente. Em *Buckley v. Valeo* (424 U.S 1, 1976), caso histórico envolvendo a constitucionalidade da Lei Federal de Campanha Eleitoral de 1971 (FECA) e da Lei do Fundo de Campanha Eleitoral Presidencial, a Corte entendeu ser inconstitucional o limite de gastos com campanhas eleitorais na FECA, mesmo na premissa de que tais limitações evitam distorções do debate público.

O processo foi aberto no Tribunal Distrital dos EUA no Distrito de Columbia pelo senador James L. Buckley de Nova York, Eugene McCarthy, candidato presidencial e

ex-senador de Minnesota, e vários outros. Os réus incluíam Francis R. Valeo, Secretário do Senado e membro ex officio da recém-formada Comissão Eleitoral Federal. Os demandantes acusaram o FECA, sob o qual a Comissão foi formada, e a Lei do Fundo de Campanha Presidencial Eleitoral serem inconstitucionais por vários motivos, dentre eles, a violação a liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda.

A Corte concordou em parte com a alegação dos recorrentes, considerando que as restrições às contribuições e despesas políticas representam:

Uma restrição sobre a quantidade de dinheiro que uma pessoa ou grupo pode gastar em comunicação política durante uma campanha necessariamente reduz a quantidade de expressão restringindo o número de questões discutidas, a profundidade de sua exploração e o tamanho do público atingido. Isso porque praticamente todos os meios de comunicar ideias na sociedade de massas de hoje requer o dispêndio de dinheiro (424 U.S, 1976, p. 424).

A Corte determinou, então, que tais restrições ao discurso político só poderiam ser justificadas por um interesse governamental superior (*Buckley v. Valeo*), desconsiderando que tais limitações evitam distorções do debate público.

Nesse sentido, um argumento contrário à intervenção estatal é que eventual limitação de dispêndios econômicos imposta pelo ordenamento jurídico, na prática, reduz as chances de pessoas interessadas nos debates políticos exporem na intensidade desejada seus argumentos e reivindicações nesses fóruns, não havendo quaisquer garantias de que essa restrição promova a efetiva participação de outros indivíduos (MOTA, 2018).

De forma análoga, em *Abrams v. United States* (250 U.S. 616, 1919), o juiz Holmes, da Suprema Corte, trouxe à tona o conceito de livre mercado de ideias políticas (ROWBOTTOM, 2010), segundo o qual, é através conceito desse livre mercado de ideias que se alcança da melhor forma a definição dos bens buscados pelos cidadãos. Segundo esta teoria a livre concorrência de argumentos e opiniões é a ferramenta através da qual a coletividade pode revisar e questionar as decisões tomadas; esse livre mercado, em que se presume uma justa concorrência entre as posições colocadas pelos cidadãos, demanda a ausência de intervenção estatal para que os indivíduos possam escolher quais argumentos podem ser selecionados dentre

as diversas opções a eles oferecidas neste espaço de livre circulação de ideias sem regulação do ordenamento jurídico.

Rowbottom, em seu livro *Democracy Distorted*, questiona a validade da utilização das concepções de um livre mercado econômico para os espaços de debate político e social pois, ao contrário do que ocorre no livre mercado, o debate de ideias não é necessariamente uma competição, mas sim um espaço de conformação das reivindicações da sociedade (ROWBOTTOM, 2010). Para o autor, porém, o poder econômico influencia a capacidade de persuasão de determinada ideia e, ao influenciar na amplitude de comunicabilidade, este determina a liberdade de expressão. Isto é, se quando determinadas parcelas da sociedade não possuem recursos para participação nos processos decisórios existentes em uma democracia, este espaço seguirá controlado pelos setores economicamente dominantes da sociedade, porquanto os grupos marginalizados não terão suas vozes ouvidas no debate público.

Por outro lado, a Corte possui entendimento diverso em relação a restrição ao discurso para temas como difamação, *fighting words* (palavras de luta) e obscenidade.

Em *R.A.V v. St. Paul* (1992), a Corte entendeu que as “palavras de luta” são uma categoria de expressão que estaria dentro do poder do Estado de regular ou mesmo de suprimir, ao julgar a inconstitucionalidade de legislação municipal que proibia uso de símbolos que provocassem ódio, ressentimento ou alarmismo com base em raça, cor, religião ou gênero. A decisão se deu a partir da condenação de adolescentes no tribunal distrital de St. Paul que queimaram uma cruz formada de pés de cadeira no gramado de um casal negro e, para sua defesa, evocaram a garantia da Primeira Emenda. A Suprema Corte julgou pela inconstitucionalidade da legislação municipal, pois a portaria era discricionária em relação ao conteúdo a ser combatido, todavia, garantiu a prerrogativa de regulação e responsabilização das palavras de luta, em decisão histórica:

A razão pela qual palavras de luta são categoricamente excluídas da proteção da Primeira Emenda não é que seu conteúdo comunica qualquer ideia particular, mas que seu conteúdo incorpora um modo particularmente intolerável (e socialmente desnecessário) modo de expressar qualquer ideia que o orador deseje transmitir (505 U.S. 377, 1992, p. 393).

Para a Suprema Corte, então, as palavras de luta não podem ser proscritas na constituição, pois elas não têm relação apenas com seu conteúdo – palavras ou expressões que provocam ódio baseado em gênero ou raça, por exemplo – mas sim pois elas expressam um tipo específico de discurso que comunica ideias de forma ameaçadora (em oposição ao discurso meramente desagradável). Além disso, o princípio da neutralidade de conteúdo, previsto na legislação estadunidense, proíbe o Estado de tentar controlar a escolha das pessoas entre pontos de vista contrapostos, favorecendo ou desfavorecendo um lado do debate, o que corroborou para a declaração de inconstitucionalidade da portaria municipal de St. Paul no presente caso.

Na mesma direção, em *Wisconsin v. Mitchell* (1993), a Corte manteve as penas aumentadas para indivíduos condenados por agressão quando selecionaram sua vítima com base em raça, religião ou outros preconceitos. Em *Virgínia v. Black* (2003), a Corte concordou que queimar uma cruz com a intenção de intimidar é uma forma de discurso desprotegido pela Primeira Emenda.

Isto pressupõe, então, que em alguns casos, o Estado pode atuar desfavorecendo alguns discursos, não a partir de seu conteúdo, mas sim com o fim legítimo de que todos os pontos de vista devam ser apresentados ao público, qualificando e diversificando o debate público de ideias. A saber:

O que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informação integral e sob condições adequadas de reflexão. Da perspectiva da democracia, não deveríamos reclamar, mas aplaudir o fato de que o resultado foi afetado (e presumivelmente melhorado) pelo debate aberto e completo. (FISS, 1996, p. 55)

Ainda assim, é notória a predileção a uma leitura liberal clássica da Primeira Emenda nas Cortes norte americanas, interpretando “a Constituição como criadora de um escudo em volta do orador de rua, protegendo o cidadão da ameaçadora arma do policial. Eles transformaram a Primeira Emenda em uma arma do liberalismo clássico” (FISS, 1996, p. 66). Este entendimento merece ser superado, pois ignora os efeitos silenciadores do próprio discurso, impedindo que a sociedade ouça todos os lados do debate ou até mesmo impedindo ou dificultando que alguns grupos participem do mesmo.

O Estado parece ser o ente mais apropriado para incorporar tal regulação. Isto pois aqueles que tem o controle – do capital, das mídias, da política, da economia – possuem um interesse natural em como os debates são resolvidos. Aliado a esta tarefa do Estado, recai sobre o Judiciário o ônus de regular a ação estatal, através de um questionamento norteador: a regulação melhorará a qualidade do debate, ou terá ela efeito oposto?

Cabe ressaltar que o Estado também pode agir não apenas como um regulador, mas como um alocador, concedendo licenças, realizando contratos e provendo recursos para a cultura e as artes, por exemplo. Muitas dessas funções impactam diretamente a liberdade de expressão e o acesso à informação. O Estado alocador é o responsável pela promoção da diversidade de vozes, cores e corpos na arena pública, a partir de suas políticas de financiamento e difusão. Para o professor Robert Post, a sociedade civil pode ser entendida como uma grande conversação, onde ninguém nem nada está completamente descartado ou fora de cogitação. Deve haver espaço para que os cidadãos definam a agenda pública e sejam livres para redefini-la, mas para que isso aconteça o Estado precisa proteger alguns princípios democráticos (POST, 1995). Fiss avança ao afirmar que “a sociedade é mais que um encontro em praça pública, e o Estado, significativamente mais que um mediador. O Estado é também a corporificação de políticas substantivas individualizadas” (FISS, 1996, p. 56).

Para melhor compreensão desta função estatal, analisaremos a controvérsia gerada pela decisão do *National Endowment for the Arts* (NEA) de apoiar uma exposição do trabalho de Robert Mapplethorpe.

Robert Mapplethorpe foi um fotógrafo nova iorquino que morreu de Aids, em março de 1989, aos 42 anos. Um pouco antes de sua morte, uma grande exposição de sua obra foi organizada pelo Instituto de Arte Contemporânea da Pensilvânia, financiado pelo NEA pela quantia total de US\$ 30.000 dólares. A época, o senador republicano Jesse Helms, da Carolina do Norte, acusou uma série de fotografias da retrospectiva como “asqueirosas” e “lixo”, reclamando sobre o uso de fundos federais no apoio ao projeto, o considerando como uma afronta, em discurso famoso no Congresso, em que bradava: “Robert Mapplethorpe passou os últimos anos da sua vida a promover a homossexualidade; se há senadores que achem que ao dizer isto estou a atacar a estética, a arte, olhem para as fotografias” (BAYLEY; BARBATO, 2016).

As fotografias atacadas continham nudez, representações dos corpos e relações homossexuais sadomasoquistas, estas últimas, severamente atacadas pelo senador e pela parcela conservadora da sociedade. O discurso do senador provocou o cancelamento da mostra em uma grande galeria em Washington D.C, além de provocar duas rodadas legislativas no Congresso (SANTOS, 2020). Assim, o Congresso aprovou uma cláusula ao orçamento do NEA, a fim de impedir que o instituto usasse seus fundos para apoiar arte “obscena” (Act of Oct 23, 1989, 103 Statute 701, 741), termo este com sentido jurídico para a Suprema Corte. Este sentido foi proposto em 1973, em *Miller v. California*, exigindo que a acusação prove que o trabalho proibido, no seu todo, apele para um lascivo interesse em sexo, descreva condutas sexuais de uma forma patentemente ofensiva e seja desprovido de sério valor artístico, político, científico ou literário ” (413 US 15,24-25 1973).

Para a maioria dos constitucionalistas da época, a exposição de Mapplethorpe estaria protegida de processo por obscenidade, de acordo com o parâmetro exigido pelo caso *Miller*, pois sua arte continha “sério valor estético e até mesmo político – como uma expressão da insistente reivindicação da comunidade gay, assolada pela Aids, de que silêncio = morte” (FISS, 1996, p. 65). A emenda proposta pelo senador Helms, no entanto, foi de que o conceito de obscenidade deveria ser lido de forma mais abrangente do que aquele proposto pela Supremo Corte em 1973.

A emenda do senador Helms e a restrição ao NEA causaram uma enorme controvérsia no campo da arte e no campo jurídico, durante toda sua vigência, em 1989, com inúmeros protestos contra a censura e a favor da arte de Mapplethorpe (LUCAS, 2016). A lei expirou ao final do ano fiscal, junto do projeto de orçamento a qual ela estava atrelada. No ano seguinte, o Congresso editou uma nova lei para o NEA, atribuindo uma maior responsabilidade ao presidente do NEA na seleção dos candidatos ao recebimento de verbas. A nova lei, vigente até hoje, contempla o uso permanente de painéis de revisão por pares na distribuição de recursos, mas presume que esses painéis recomendarão mais candidatos do que a expectativa de financiamento, recaindo sobre o presidente a decisão final. Ainda, a lei estabeleceu a não obscenidade – aqui, com o entendimento jurídico de *Miller v. California* – como um critério de elegibilidade. Ainda, prevê que nenhum projeto pode ser considerado inelegível pelo NEA no pressuposto de que este seja obsceno, a menos ou até que o Judiciário conclua isso. Todavia, a referida lei introduziu um novo conceito para a escolha dos candidatos qualificados: a decência. Prevê que “excelência e mérito

artístico são os critérios pelos quais os candidatos são julgados, tendo-se em conta parâmetros gerais de decência e respeito pelas diversas crenças e valores do público estadunidense” (Public Law 101-512, 1990, 104 Statue).

Para Fiss, a nova lei além de não conceituar especificamente o que seria “decência”, abre margem para o Estado – aqui representado pelo NEA –, através de sua função de alocação, sobrepor um discurso sobre o outro, com uma grande tendência aos discursos que contém os valores conservadores e hegemônicos da sociedade na mesma medida em que estaria marginalizando visões alternativas, em nítida contradição a Primeira Emenda, ao afirmar que:

Um vácuo entre a ação regulatória e alocativa é então criado quando da fase de competição e da utilização do critério de decência. Um policial não pode prender um manifestante de rua simplesmente porque este, em seu discurso, está ofendendo padrões gerais de decência; todavia, o presidente do NEA pode privilegiar um agente discursivo (speaker) ou candidato em detrimento de outro em função de o projeto selecionado ser menos gravoso aos padrões gerais de decência. [...] Apesar de o critério de decência poder ser apropriadamente usado, por exemplo, como um critério de desempate no caso de dois projetos de mérito artístico equivalente, ele nunca deverá ser usado de maneira a comprometer a robustez do debate público ou afastar o público de ideias não ortodoxas – o que de fato a exposição de Mapplethorpe poderia acarretar. Tal uso do critério de decência poderia ser permitido pela Lei de 1990, mas não pela Constituição. A Constituição proíbe tais alocações e, como resultado disto, restringe a aplicabilidade da Lei, operando da mesma maneira que na temática da obscenidade. (FISS, 1996, p. 74)

A partir da promulgação da nova lei do NEA, uma discussão teórica ainda mais complexa se inaugurou no campo jurídico: o critério do mérito artístico poderia então, substituir a decência e seus cognatos para ser o único critério de escolha dos candidatos? Esta pergunta partiu da presunção de que a excelência artística como um critério de seleção protegeria adequadamente os valores democráticos. Outra corrente tentou equacionar a liberdade de expressão com a excelência artística, fazendo da última um padrão para a primeira. Assim, esperavam despolitizar o NEA ao utilizar a excelência artística como critério imparcial para o NEA embasar suas decisões. Para Fiss, no entanto, a partir da experiência de questões raciais, com o uso dos chamados critérios meritocráticos – no contexto racial, performance e testes padronizados; aqui, excelência artística – não garantiria necessariamente a imparcialidade (FISS, 1971). A partir da experiência do NEA, discorre que:

No contexto do discurso, a imparcialidade significa que o Estado não serve a um lado de um debate em detrimento do outro. As pessoas, e não o Estado, deveriam escolher entre os pontos de vista contrapostos, e sua escolha não deveria ser manipulada pelo Estado, por meio da distorção do debate público de alguma maneira especial. Entretanto, esse objetivo não pode ser alcançado por meio do uso de um critério aparentemente imparcial como a pedra de toque da constitucionalidade. [...] A Inocência superficial de um critério de alocação não assegura o tipo de imparcialidade que a Primeira Emenda demanda. Todas as alocações do NEA produzirão efeitos no debate público; então, o que é necessário para julgar estas alocações é um padrão para diferenciar os efeitos perniciosos daqueles inofensivos. Acredito que este padrão poderá ser encontrado no entendimento acerca da Primeira Emenda que a vê como uma proteção da autodeterminação coletiva: garantir a integridade e a riqueza do debate público. (FISS, 1996, p. 77)

Ou seja, a aplicação de um critério imparcial – seja ele a excelência artística ou a decência – pode sistematicamente não expor ao público opiniões e debates às quais ele deveria estar exposto a fim de governar a si próprios. Evidentemente, apresentar ao público pontos de vistas diversos e conflituosos trará um impacto no resultado, mas este impacto não ameaça os valores da Primeira Emenda. Pela perspectiva da democracia, apresentar os dois lados de um debate – ainda que isto, por si só, produza um resultado diferente do que apresentar apenas um lado – não deveria ser visto como uma quebra do dever de imparcialidade do Estado (FISS, 1996, p. 77).

Assim, para as decisões finais de financiamento do NEA, o presidente da agência deve-se valer da aplicação da lei à luz da garantia democrática da Primeira Emenda, qual seja, a de deixar o julgamento do mérito das mais variadas ideias para as pessoas. Ademais, deve-se levar em conta o potencial silenciador do discurso, para que as vozes mais poderosas não soterrarem as vozes e produções dos menos poderosos.

Deste modo, o autor sugere uma combinação de critérios como: i) o grau relativo de exclusão de determinados grupos e ideias do discurso público; ii) o grau de necessidade do financiamento para que as ideias cheguem ao conhecimento do público; iii) o potencial silenciador do discurso público sobre outras determinadas manifestações artísticas e culturais.

Este entendimento de Fiss não foi o entendimento da Suprema Corte em *Rust v. Sullivan*, no ano seguinte a promulgação da nova lei do NEA, em 1991 (500 U.S. 173, 1991). O caso, por maioria de cinco a quatro, validou a seção 1008 da Lei de Serviços de Saúde Pública que proibia aqueles que trabalhavam para clínicas de planejamento familiar com financiamento federal de dar às pacientes informações

sobre o procedimento de aborto, ou de atuar em defesa do aborto ao longo de sua carreira (Title X of the Public Health Service Act, 42 U.S). A demanda foi levada a Corte para discussão de sua compatibilidade com a Constituição. Sobre a possível violação a Primeira Emenda, a decisão, *in verbis*:

O regulamento não viola os direitos de liberdade de expressão previstos na Primeira Emenda dos beneficiários, seus funcionários ou seus pacientes, impondo condições discriminatórias de ponto de vista aos subsídios do governo. Não há dúvida de que a proibição do § 1008 é constitucional, uma vez que o Poder Público pode fazer um juízo de valor favorecendo o parto em detrimento do aborto, e implementar esse juízo pela destinação de recursos públicos. Ao fazê-lo, o Governo não discriminou com base no ponto de vista; limitou-se a financiar uma atividade com exclusão de outra. Da mesma forma, ao implementar a proibição estatutária, proibindo o aconselhamento, o encaminhamento e o fornecimento de informações sobre o aborto como método de planejamento familiar, os regulamentos simplesmente garantem que os fundos apropriados não sejam usados para atividades, incluindo discurso, que estão fora do escopo do programa federal. (Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173, 1991)

A Corte pareceu totalmente indiferente aos efeitos que as decisões referentes às alocações de financiamento podem ter sobre a robustez e qualidade do debate público. Esta indiferença pode ser explicada, em parte, pela teoria que vê a Primeira Emenda primordialmente como uma proteção ao interesse individual de autoexpressão e não como a garantia do interesse da sociedade em um debate amplo e aberto. Ainda, dá a entender que a função alocativa do Estado pode ter natureza inteiramente discricionária ao aportar financiamento público para determinado discurso ao coibir outro, todavia, não é porque os programas de subsídios não são obrigatórios (FISS, 1991) que eles não devam ser constitucionalmente favorecidos.

Neste contexto, é difícil atribuir outro motivo para a fundamentação da decisão que não o de suprimir uma ideia a qual aqueles no comando do aparato estatal consideravam perigoso e censurável (FISS, 1996, p. 83).

Owen Fiss, em seu livro “A ironia da liberdade de expressão”, também aborda a função democrática da imprensa e reafirma que os meios de comunicação de massa são instrumentos fundamentais para o pleno exercício da democracia, sendo uma das dimensões da liberdade de expressão. Para tanto, o autor se debruça na análise do papel do Estado na promoção da função democrática da imprensa.

Nos anais da Primeira Emenda, uma frase bastante utilizada é o compromisso nacional de garantir um “desinibido, robusto e amplamente aberto debate público” e,

a partir desta afirmação, uma corrente de juristas ousou imaginar que o Estado poderia ter um papel mais amplo na regulação da imprensa. A respeito deste debate, Fiss afirma que:

A autonomia jurídica e econômica da imprensa assegurou certa independência em relação ao Estado, mas há outras forças – sobretudo o mercado – que constroem a imprensa na sua cobertura de questões públicas e que podem causar o seu fracasso no cumprimento do dever de manter o público informado. (FISS, 1996, p. 89)

Para o autor, no entanto, o monopólio estatal da mídia não seria necessariamente a melhor opção, por compreender que:

O mercado relevante não pode ser definido de acordo com cada meio de comunicação, mas deve abraçar jornais, rádio, televisão, revistas, livros e mesmos filmes como um todo unitário. Neste mercado, há forças que moldam a opinião pública, mas não há monopólio. (FISS, 1996, p. 90)

Ainda assim, os donos de grandes jornais, rádio e televisão são empreendedores como quaisquer outros, portanto, visam, acima de tudo, a obtenção de lucro. Tornando, assim, suas decisões sobre o que informar e como informar parcialmente ou totalmente determinadas pelo anseio de maximizar a receita e minimizar os custos. Na prática, o mercado pode fazer com que a imprensa não faça as críticas necessárias ao governo ou a certo candidato apenas porque as posições do governo ou daquele candidato favorecem os interesses econômicos da imprensa. Ou, ainda, o desejo de maximizar os lucros leva a imprensa hegemônica a não veicular determinada informação ou ideia, pois estas não gerarão a receita desejada.

Os desafios para que a atuação da imprensa seja verdadeira livre são muitos, dentre eles, podemos destacar os seguintes: i) o custo de produções e reportagens pode levar a imprensa a evitar as reportagens complexas de alto custo e veicular apenas reprises menos completas a nível de informação; ii) os anúncios, método tipicamente utilizado pela imprensa privada para gerar receitas, podem acabar por direcionar a linha informativa da imprensa, na medida em que mídia passa a ser mais cautelosa com suas publicações para que o conteúdo não reduza as vendas do produto ou serviço anunciado; iii) a dependência dos anúncios leva os executivos da mídia a discriminarem entre potenciais leitores e telespectadores na decisão do que

apresentar e como apresentar, a fim de atrair determinados nichos para sua audiência, e não todo o público. Para superar estes e mais tantos desafios, segundo a corrente do autogoverno democrático (FISS, 1996) o Estado precisaria utilizar tanto seu poder alocativo como seu poder regulatório para esse propósito.

No campo regulatório, o corretivo para o mercado que mais se destacou foi a *Fairness Doctrine*, doutrina criada em 1949 pela *Federal Communications Commission* (FCC), como uma elaboração de sua competência para regular empresas de rádio e televisão de acordo com o interesse público. A doutrina requeria que as emissoras abordassem questões de interesse público de maneira equilibrada, apresentados as diferentes visões sobre determinado tema. A *Fairness Doctrine* também oferecia aos candidatos oportunidade para responder a detorais políticos hostis e oferecia um direito de resposta similar para aqueles que tivessem sido pessoalmente atacados (FISS, 1996, p. 93).

A imprensa resistiu a esta regulação, indicando que esta seria uma violação à sua liberdade de expressão, instando as cortes a tomar algumas decisões. Em *Red Lion Broadcasting v. FCC* (395 U.S. 367, 1969) ainda na Corte de Warren, os juízes ficaram ao lado da FCC e da *Fairness Doctrine*. O caso versava sobre um jornalista que solicitava a concessão de tempo livre em uma estação de rádio para responder a ataques pessoais feitos em um programa da emissora. Na ocasião, a Suprema Corte destacou que, a autonomia conferida à Imprensa não era absoluta e que, no caso em questão, o contravalor apresentado pelo Estado – o direito do público de ser informado sobre temas de interesse público – seria particularmente forte para garantir a regulação. O juiz White, autor da decisão, invocou, mais uma vez, a importância da promoção de um debate público “desinibido, robusto e amplamente aberto” (395 U.S. 367, 1969, p. 196) Esta decisão foi unanime e pareceu ser um marco para legitimar o direito de acesso à mídia até mesmo mais amplo do que o direito de resposta, declarando a constitucionalidade da *Fairness Doctrine*.

A proteção do debate público desinibido, robusto e amplamente aberto também serviu de base para a decisão de *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254, 1964), porém, no sentido oposto ao da *Fairness Doctrine* em relação a interferência estatal para garantir a liberdade de expressão no debate público. O caso versava sobre um pedido de retratação de L.B. Sullivan, comissário de segurança pública da cidade, ao jornal New York Times, após a publicação de um anúncio de contribuição de doações para defender Martin Luther King Jr. sob acusações de perjúrio. L.B. Sullivan sentiu

que as críticas de seus subordinados refletiam nele, embora ele não tenha sido mencionado diretamente no anúncio. Sullivan enviou um pedido por escrito ao jornal para se retratar publicamente da informação, além de ter iniciado uma ação por difamação contra o *New York Times*. Na corte estadual, Sullivan ganhou o processo e, portanto, o veículo recorreu a Suprema Corte.

A Corte, em decisão também unânime, entendeu que a decisão do estado do Alabama violou a Primeira Emenda. Isto pois compreendeu que o alegado por L.B. Sullivan não poderia ser considerado difamação ou calúnia, pois a Primeira Emenda exige que o autor demonstre que o réu sabia que determinada declaração era falsa ou foi intencionalmente imprudente ao decidir publicar a informação sem investigar se ela a mesma era precisa, ao surgir com o termo *actual malice*, a “real malícia” (376 U.S. 254, 1964, pgs. 265-292).

A decisão da Corte reforçou a liberdade de imprensa da mídia cobrir as campanhas pelos direitos civis no sul dos Estados Unidos, além de ter sido paradigmática ao limitar a capacidade de funcionários públicos e políticos de ingressarem com processos de difamação com o intuito de cessar as críticas da população.

Estas duas decisões – uma apontando maior regulação do Estado e a outra indicando o oposto – demonstram ser “estratégias complementares para promover a missão democrática da imprensa e, como tais, como parte do mesmo sistema de liberdade de expressão” (FISS, 1996, p. 94). *Sullivan* buscava reforçar a capacidade da imprensa de informar ampla e completamente questões de interesse público, ao diminuir a capacidade do Estado de restringi-la através de ações de difamação, por exemplo. *Red Lion* também buscava ampliar a cobertura de imprensa ao oferecer aos ouvintes todos os lados da história, sendo a *Fairness Doctrine* instada a regular a imprensa para garantir este mesmo propósito.

Este entendimento matizado sobre liberdade de expressão perdurou por quase 20 anos nos Estados Unidos, quando, em 1987, durante a presidência de Ronald Reagan, a *Fairness Doctrine* foi ultrapassada e abandonada pela própria FCC. Esta decisão se deu em um período da política norte americana ultra neoliberal dominada predominantemente pelo partido republicano, que propugnaram por desregulação e intensas privatizações, aliada a três importantes decisões que foram diminuindo o escopo da *Fairness Doctrine*: *CBS v. DNC* (412 U.S. 94, 1973), *Miami Herald v. Tornillo* (418 U.S. 241, 1974) e *Pacific Gas & Electric v. Public Utilities Commission* (475

U.S. 1, 1986). A FCC e o Presidente indicaram que as mudanças tecnológicas – sobretudo, o advento da tv a cabo, aumentando exponencialmente o número de canais disponíveis para o público – seriam as responsáveis pela inconstitucionalidade de *Red Lion* nos anos 80. Todavia, a FCC não enfrentou precisamente a teoria da *Fairness Doctrine*, a qual identificava a economia, e não a tecnologia, como a força restritiva da imprensa, pois “o andamento nas comunicações pode nos apresentar um grande número de canais, mas enquanto todos eles forem governados pelo mercado, permanece o risco de que a cobertura seja distorcida ” (FISS, 1996, p. 96).

Embora a jurisprudência consolidada admita um certo grau de restrição à liberdade de expressão em alguns casos – notadamente em relação i) aos discursos de pedofilia, ii) aos discursos que incitem a violência (*fighting words*), iii) quando se tratar de discurso com intuito manifestamente difamatório, de forma dolosa (*actual malice*); iv) em manifestações capazes de causar um perigo claro e iminente ao sistema jurídico, ao regime democrático ou ao bem público (*clear and presente danger*) – a Corte ainda não conseguiu manifestar um posicionamento claro sobre a função positiva do Estado de promover, e não apenas de restringir, a liberdade de expressão e o acesso à informação.

As decisões que surgiram a partir da declaração de inconstitucionalidade da *Fairness Doctrine* acabaram por consolidar a visão que lê a Primeira Emenda mais como uma garantia individual ao discurso do que um direito coletivo de participar de um debate público amplo e diverso, reduzindo a liberdade de expressão em mera liberdade de iniciativa (FISS, 1996, p. 115).

Em síntese, a Primeira Emenda pode sim ser um instrumento de autogoverno democrático, sendo útil tanto para a racionalidade dos programas, quanto como fundamento para sua regulação. Mas, para isso, é necessário rejeitar o ideal clássico de Estado mínimo que lê a Primeira Emenda como garantia de um direito individual, e acolher a função positiva do Estado para assegurar que todos tenham a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, que permitam o desenvolvimento de um debate público desinibido, robusto e amplamente aberto.

2.2 Liberdade de expressão no entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: pedra angular da democracia e do pluralismo

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi criada pela Organização dos Estados Americanos em 1959, sendo as duas instituições que compõem o Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos. Desde 1965 a CIDH foi autorizada expressamente a receber e processar denúncias ou petições sobre casos individuais nos quais se alegavam violações dos direitos humanos, realizando acordos os países membros e aplicando sanções, quando necessários.

A atuação da Comissão é baseada primordialmente na garantia dos direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também chamada de Pacto São José da Costa Rica, aprovada em 1969, a qual o Brasil ratificou em 1992. A Convenção assegura, em seu artigo 13, a proteção à liberdade de expressão, *in verbis*:

Art. 13. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir 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.

A CADH compreende que a garantia a liberdade de expressão deve incluir a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, mas deve ser sopesada com certas restrições, como a observância dos direitos e reputação dos demais e a proteção da segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública. Ainda, proíbe as propagandas em favor da guerra, em apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência, permitindo a censura apenas para proteção

moral da infância e adolescência. De forma análoga é o estabelecido nos artigos 19 e 20 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1948).

Assim, o artigo 13 da Convenção Americana é riquíssimo em detalhes: delimita o que se entende por liberdade de expressão; restringe o pleno exercício desse direito desde que para garantir os direitos e a reputação de outras pessoas, ou a segurança nacional, ordem pública, saúde ou moral públicas, proíbe a censura prévia (exceto para se proteger a moral da infância e da adolescência), mas, se verificada qualquer abuso posterior, é passível a responsabilização. Resta nítido que a liberdade de expressão – aqui entendida como a livre circulação de ideias, opiniões e comunicação – é a regra geral que deve ser respeitada e apenas excepcionalmente poderá ser restringida. A Convenção Americana de Direitos Humanos também abarca o livre exercício da expressão em seu artigo 23, ao tratar de direitos políticos:

Art. 23. 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
- b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; [...].

A Carta Democrática Interamericana, aprovada na primeira sessão plenária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, vai no mesmo sentido, ao compreender a liberdade de expressão como componente fundamental ao exercício da democracia, em seu artigo 4º:

Art. 4. São componentes fundamentais do exercício da democracia a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa.

Somado a estes tratados, vem a Declaração de Princípios de Liberdade de Expressão, aprovada pela CIDH em 2000, a qual ratificou diversos princípios sobre o tema: i) a liberdade de expressão é fundamental para a própria existência de uma sociedade democrática (princípio 1), tal qual o direito à liberdade de informação, já que ambos direitos estão absolutamente interligados (princípios 2, 3 e 4); ii) qualquer

censura prévia, interferência ou pressão direta ou indireta à expressão, opinião e informação, seja por qualquer meio, deve ser proibido por lei (princípio 5); iii) qualquer restrição à livre circulação de ideias e opiniões ou imposição arbitrária de obstáculos para a livre informação violam a liberdade de expressão; iv) todos têm a liberdade de externar suas opiniões por qualquer meio ou forma (princípio 6); v) qualquer requisito prévio como veracidade, oportunidade ou imparcialidade por parte do estado são incompatíveis com o direito internacional à liberdade de expressão (princípio 7); vi) leis de privacidade não devem inibir nem restringir a investigação e a difusão de informações de interesse público; vii) somente sanções civis são permitidas para se garantir a reputação da pessoa pública ou privada; e viii) deve-se provar a intenção de causar dano com a publicação de notícias falsas ou provar a negligência na verificação da veracidade das informações para que seja cabível punição (princípio 10).

A partir destes elementos, é possível afirmar que o entendimento da CIDH sobre liberdade de expressão é bastante extenso, sendo explicitamente fundamental em uma sociedade democrática, portanto, é preciso propiciar-se a maior circulação de notícias, ideias e opiniões possível. É através deste debate público rigoroso que os indivíduos têm a capacidade de participar e controlar as ações do Estado. Nesta linha, o acesso à informação ganha destaque, pois se a sociedade não está bem informada, ela também não será capaz de expressar-se de forma plena, tampouco os indivíduos de exercer seus direitos de liberdade de expressão, de cátedra, de expressão artística, de associação e de protesto de forma efetiva.

Dada a profunda relação entre liberdade de expressão e democracia, a Corte Interamericana entende que o Estado deve não apenas minimizar as restrições à liberdade de expressão, mas também impulsionar o pluralismo. É por esse motivo que a Corte, através da Opinião Consultiva nº 5/1985 indicou que a liberdade de expressão se vê restringida quando os meios de comunicação são de propriedade de monopólios ou oligopólios, já que na prática a circulação de ideias e opiniões é limitada (OC 5/1985, p. 56).

Ainda que estes diplomas signifiquem uma vasta referência de proteção a liberdade de expressão, o limite exato dos discursos protegidos para os discursos que podem e que devem ser restringidos ainda é abstrato, pois estes devem passar por um certo grau de interpretação dos dispositivos nos casos concretos. Passaremos então a análise de alguns julgados importantes da Comissão Interamericana de

Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) sobre o tema.

A Corte Interamericana aborda a liberdade de expressão sob duas óticas: a individual e a coletiva. Este entendimento é bem claro na Opinião Consultiva nº 05/1985 ao analisar o artigo 13 da CADH, onde a Corte entendeu que, ao se restringir a liberdade de expressão de um indivíduo – aqui manifestado pelo livre discurso –, também se restringe o direito de liberdade de expressão de toda a sociedade – aqui manifestado pelo direito coletivo de receber informações e ideias.

No caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*, conhecido como o caso da Última Tentação de Cristo, a Corte reiterou a existência das duas dimensões, uma coletiva e uma individual da liberdade de expressão. O caso, em síntese, trata-se da proibição da exibição e publicidade pelo *Consejo de Calificación Cinematográfica* (CCC) do Chile do filme “A última tentação de Cristo”, baseado no livro de Kazantzakis, pois, segundo a alegação interna, este violaria a Constituição Chilena. O filme retrata a história de Jesus Cristo de forma diversa ao que pregava a cultura religiosa ocidental e foi censurado pela Corte Suprema, em 1998, sob o fundamento de que a honra de Jesus Cristo foi violada pela interpretação artística filosófica, alegando que a mesma seria uma “blasfêmia” (OEA, 2001).

Passada a fase de produção de provas, a Corte decidiu que o Estado violou o artigo 13 da CADH, determinando a adequação da Constituição Política do Chile, bem como a liberação da exibição do filme discutido, sob os fundamentos previstos na própria Convenção e reconhecendo a prevalência das normas de Direito Internacional sobre as normas de Direito Interno. A Corte não entendeu, todavia, que o Estado violou os direitos previstos no artigo 12 da CADH, que diz respeito à liberdade de consciência e religião. Destarte, estabeleceu que o Estado Chileno realize as alterações legislativas necessárias para a proteção da liberdade de expressão, sendo vedada a censura prévia.

Na decisão, a Corte ressaltou três aspectos importantes em relação às restrições à liberdade de expressão contidas no artigo 13: i) a responsabilização posterior; b) a regulamentação do acesso de crianças e adolescentes ao entretenimento público, e c) a obrigação de impedir a defesa de ódio religioso. Estes aspectos reforçam a dimensão individual e social do direito à liberdade de expressão, ao reconhecer o direito individual de se expressar e disseminar seu pensamento, ao mesmo tempo que reconhece o direito coletivo de expressão de experimentar e

receber ideias, opiniões, notícias e histórias e informações diversas, a partir da troca entre as pessoas.

Por conseguinte, “a expressão e a difusão de ideias e informações são indivisíveis, portanto, uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, uma limitação ao direito de livre expressão” (BUCCI, 2020). A decisão ainda reporta que a proibição do filme violaria a base do pluralismo em uma sociedade democrática, ao proibir que as pessoas – tanto aquelas que possuem a mesma religião sobre a que o filme versa como aquelas que tem outra religião ou nenhuma – tenham acesso ao filme para formular suas próprias opiniões e ideias a respeito.

Por fim, é possível extrair um último elemento da decisão da Corte: ainda que o desejo de uma maioria seja o de que haja censura, no caso, a proibição do filme, o pluralismo é a base da sociedade democrática e, em razão disso, a liberdade de expressão não pode ser restringida além das previsões estabelecidas pela própria Convenção Americana, ainda que para proteger a vontade “democrática” da maioria (BUCCI, 2020).

No caso *Ivcher Bronstein v. Peru* (OEA, 2001) também é possível perceber as dimensões individual e coletiva que a liberdade de expressão assume, com um destaque para a liberdade de imprensa e para o direito de informação de toda a sociedade. Ivcher Bronstein é um milionário de origem israelense, que recebeu a nacionalidade peruana em 1984, tendo renunciado à sua nacionalidade de origem anos depois. Durante aproximadamente treze anos, foi o acionista majoritário de um canal de televisão, tendo sido o diretor e presidente da operadora Canal 2. Em 1997, o canal veiculou um programa denominado “Contrapunto”, uma série de denúncias de tortura e um assassinato cometidos pelo Serviço de Inteligência do Exército peruano, além de denúncias de corrupção. A partir disso, Ivcher passou a ser intimidado pela polícia para que o mesmo mudasse a linha informativa do programa de televisão, além de ter sido denunciado por fazer uma campanha difamatória para desprestigiar as forças armadas. O poder executivo do estado peruano ainda emitiu um decreto regulando a lei de nacionalidade para estabelecer a possibilidade de cancelamento da nacionalidade conferida aos peruanos naturalizados.

Com isso, a nacionalidade de Ivcher foi declarada sem efeito, em um processo sem as garantias judiciais devidas, de forma totalmente arbitrária, a fim de cessar sua expressão crítica a ações do governo. Isto pois, com a perda da nacionalidade

peruana, os exercícios dos direitos como acionista de canal de televisão foram suspensos, e sua nomeação como diretor, revogada, com a transferência de suas ações ao novo diretor. Com a nova administração, o programa “Contrapunto” modificou sua linha informativa, porquanto os antigos jornalistas que lá trabalhavam foram proibidos de seguir no programa.

A Corte Interamericana entendeu que o decreto do poder executivo que causou a perda de nacionalidade de Ivcher acabou por restringir sua liberdade de expressão, impedindo a circulação de ideias, notícias e opiniões, além de prejudicar o direito de todos os peruanos de receber informações de interesse nacional, limitando assim a liberdade de exercer opções políticas em uma sociedade plural e democrática. Assim como no caso acima, a Corte tratou a dimensão individual e coletiva da liberdade de expressão como indispensáveis e indissociáveis, com um destaque especial para a importância da liberdade de imprensa, pois “a imprensa, numa sociedade democrática, tem o direito de informar e criticar livremente o governo, assim como o povo tem o direito de ser informado sobre o que está acontecendo na comunidade” (sentença, p. 58).

A proteção a liberdade de expressão política fica evidente no caso *Ricardo Canense v. Paraguai* (OEA, 2004), em que a Corte analisou as restrições à liberdade de expressão em um período de campanha eleitoral para o cargo de chefe do executivo federal em 1993. Este caso é particularmente importante para a análise das restrições à liberdade de expressão pelo Tribunal Superior Eleitoral no Brasil, que será abordado no capítulo quatro do presente.

Canese, candidato à presidência, fez declarações contra o presidente Juan Carlos Wasmosy, acusando-o de envolvimento em irregularidades na construção da usina hidrelétrica do Itapu. Canese foi processado e condenado a quatro meses de prisão. Na decisão, a Corte enfatizou, mais uma vez, a dupla dimensão da liberdade de expressão ao ressaltar a especialidade do momento de campanha eleitoral, ao entender que a crítica de Canense permitiu: “difundir a informação com que contava sobre um dos candidatos adversários e, por outro lado, fomentavam o intercâmbio de informação com os eleitores, fornecendo maiores elementos para a formação de seu critério e a tomada de decisões em relação à escolha do futuro Presidente da República” (sentença, p. 53).

Nesse sentido, a Corte frisou seu entendimento a respeito do período eleitoral, ao enxergar este momento como particularmente importante para se proteger a

liberdade de expressão. Ratificou ainda a proibição de censura prévia, bem como qualquer medida sancionatória que venha a causar um efeito inibidor. A respeito disso, consagrou em sentença:

A Corte considera importante ressaltar que, no contexto de uma campanha eleitoral, a liberdade de pensamento e de expressão em suas duas dimensões constitui um bastião fundamental para o debate durante o processo eleitoral, devido a que se transforma em uma ferramenta essencial para a formação da opinião pública dos eleitores, fortalece a disputa política entre os vários candidatos e partidos que participam nas eleições e se transforma em um autêntico instrumento de análise das plataformas políticas propostas pelos diferentes candidatos, o que permite uma maior transparência e fiscalização das futuras autoridades e de sua gestão (sentença, parágrafo 88, p. 55).

Assim, a Corte Interamericana apontou que o “alicerce de qualquer democracia reside na existência de dois elementos agregados: eleições livres e liberdade de expressão no contexto do debate político”, ao citar a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Mathieu-Mohin e Clerfayt V. Bélgica* em sua decisão (sentença, parágrafo 90, p.55).

A decisão também reforçou que para se admitir a responsabilização ulterior, há de se observar três pressupostos, o chamado Teste Tripartite: a) a restrição à liberdade de expressão que dá ensejo à responsabilização posterior deve estar prevista em lei; b) a restrição à liberdade de expressão deve ser aplicada para garantir os direitos ou reputação de terceiros, para proteção da segurança nacional, da ordem pública; da saúde e moral públicas; e c) a restrição também deve ser necessária em uma sociedade democrática. Em relação ao último, é preciso que “a legalidade das restrições à liberdade de expressão com base no artigo 13.2 da Convenção Americana dependerá de que estejam orientadas a satisfazer um interesse público imperativo”, e que “a restrição seja proporcional ao interesse que a justifica e estreitamente adaptada para a realização desse objetivo legítimo, interferindo o menos possível no exercício efetivo do direito de liberdade de expressão” (sentença, parágrafo 96, p. 57).

No presente caso, a Corte afirmou que a opinião pública tem papel importante no controle democrático feito pela sociedade, pois estimula “a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidade dos funcionários sobre sua gestão pública”. Por essa razão, deve haver maior tolerância com relação às afirmações e opiniões expressas no contexto de debate político e questões de interesse público. Sendo assim, os funcionários públicos e pessoas que exercem funções de natureza

pública devem ser mais tolerantes e aceitar maior quantidade de críticas e escrutínio da sociedade em relação ao exercício de suas funções, até mesmo porque políticos e pessoas públicas se submetem voluntariamente à avaliação pública.

A partir da análise deste caso, é possível afirmar que a Corte compreende que os discursos políticos durante o período de campanha eleitoral devem possuir o grau máximo de proteção a liberdade de expressão, ainda mais quando o discurso é feito por membro da oposição ou por jornalista.

Muito embora a Corte afirme que figuras públicas devem suportar mais críticas da sociedade, sobretudo quando se tratar de assuntos de interesse público e durante os períodos de campanhas eleitorais, esta não desconsidera a proteção do direito à honra e à dignidade, conforme previsão do artigo 11 da CADH. Esta tentativa de equilíbrio foi formulada pelo caso *Fontevicchia e D'Amico v. Argentina* (OEA, 2011). O jornalista Fontevicchia, após publicar reportagem sobre a suposta filha fora do casamento do Presidente e seus altos gastos com presentes para a namorada, passou a sofrer inúmeras intimidações para excluir a publicação, tendo sido processado em dezenove ações cíveis e penais pela publicação da matéria. Neste caso, a Corte estabeleceu os critérios necessários para a possibilidade de divulgação de informações sobre a vida privada, sendo eles: i) deve haver *standards* diferentes e mais favoráveis à liberdade de expressão em relação à proteção da privacidade, reputação e honra de funcionários público de pessoas que exerçam atividades públicas e políticos; e ii) a decisão depende do interesse público da matéria divulgada.

Por fim, a Corte julgou que a publicação de matéria jornalística a respeito da vida privada do então presidente da Argentina, Menem, não violava o seu direito à privacidade. Isto pois a notícia de que o Presidente teria um filho fora do casamento, estaria protegido pela liberdade de expressão, por ser um fato de interesse público, além de julgar que a punição do jornalista – indenização de natureza cível e prisão do jornalista por quase dezenove meses – no âmbito do direito interno foi notadamente desproporcional. Além disso, a Corte discorreu sobre o caráter inibidor e intimidante das sanções aplicadas seja no âmbito civil ou penal. No caso Fontevicchia, a Corte destacou que o temor de uma sanção civil desproporcional pode ser tão ou mais intimidante para o exercício da liberdade de expressão do que uma sanção penal.

A corte seguiu esta mesma linha em *Tristán Donoso v. Panamá* (OEA, 2009), onde analisou a proteção à honra e a reputação de funcionários públicos, ao decidir que:

[...] A proteção da honra das pessoas envolvidas em assuntos de interesse público deve ocorrer em conformidade com os princípios do pluralismo democrático e com uma margem de aceitação e tolerância às críticas muito maior que a dos particulares (sentença, parágrafo 90, pgs. 26-27).

Decisão análoga em *Kimel v. Argentina* (OEA, 2008), caso em que o jornalista Eduardo Kimel foi processado e condenado penalmente por difamação e desacato a funcionário público por ter criticado a atuação de um juiz que investigava um massacre no país. A Corte, por fim, julgou que a violação à liberdade de expressão de Kimel foi manifestamente desproporcional, por ser excessiva, em relação à alegada afetação do direito à honra.

No caso *Palamara Iribarne v. Chile* (OEA, 2005) a Corte entendeu que a proibição da publicação de um livro criticando a Armada Nacional, escrito por ex oficial militar chileno condenado por desobediência e quebra dos deveres militares pelo tribunal penal militar, com a conseqüente retirada de circulação de todas as cópias físicas e eletrônicas da obra, foi não apenas desproporcional, mas também um ato de censura prévia, não compatível com uma sociedade democrática.

Em relação às sanções cíveis e penais para os casos de suposto abuso do exercício da liberdade de expressão, a Corte compreende ser necessário analisar alguns quesitos: i) o bem a ser protegido; ii) a extrema gravidade da declaração emitida; iii) o dolo; iv) as características do dano injustamente causado; vi) as características da pessoa cujos direitos se visa a proteger; vii) os meios usados para causar os danos, e viii) outras informações que demonstram a absoluta necessidade de usar medidas penais (OEA, *Usón v. Venezuela*, 2009).

Em relação aos crimes contra a honra e prova de veracidade do fato, Corte Interamericana entendeu que não há como se estabelecer a veracidade de uma opinião, de modo que uma “opinião não pode ser objeto de sanção, ainda mais quando essa opinião está condicionada a que se comprovem os fatos sobre os quais se embasa” (sentença do caso *Tristán Danoso v. Panamá*, parágrafo 124, p. 36).

A partir da análise dos julgados sobre liberdade de expressão na Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos diplomas acima estudados, é possível afirmar que a proteção à liberdade de expressão e ao acesso à informação são essenciais para um regime pluralista, sendo sua restrição excepcional, em casos onde

for estritamente necessária em uma sociedade democrática, vide teste tripartite. A dupla dimensão da liberdade de expressão é consolidada nos julgados da Corte, sendo o acesso à informação e o direito de imprensa a outra face da moeda da expressão, que também devem ser considerados e ponderados com a honra, reputação e vida privada na análise de caso a caso. Reforça que os jornalistas, comunicadores e políticos – notadamente, a oposição – devem ser particularmente protegidos, sobretudo durante o período eleitoral, haja vista sua importância para o desenvolvimento da democracia, da sociedade e de todas as pessoas.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL E O CONTEXTO DE DISPUTA ELEITORAL DE 2022

O Brasil presenciou a instalação de um marco constitucional pós-redemocratização de garantia formal das liberdades de expressão, de informação e de imprensa, o qual, adicionalmente, lançou as bases para a instalação de um sistema de comunicação social em consonância com os regimes internacionais mais avançados na matéria. Ainda assim, em razão do alto nível de desigualdade social e da indistinta concentração da mídia em poucas famílias, o exercício da expressão - em suas mais variadas manifestações, como a liberdade de protesto; a liberdade de cátedra e a liberdade de expressão artística - são experienciadas de maneira distinta a depender do conteúdo do discurso e do grupo social que a vocaliza.

A Carta Magna de 1988 demonstra o desejo constituinte de construção de uma sociedade mais justa e atenta à sua pluralidade, com a teoria moderna dos direitos fundamentais reconhecendo sua dupla dimensão (CUNHA JÚNIOR, 2008).

Muito embora não haja a aplicação do Teste Tripartite para a deliberação dos conflitos de liberdade de expressão, há algumas normativas internas que a limitam, com o objetivo de salvaguardar outros direitos fundamentais. Disposições estas que são fruto de inspiração advinda do Direito Internacional, mas principalmente enquanto resultado de avanços e retrocessos relacionados às lutas sociais históricas no Brasil (LIRA, 2022).

Este capítulo abordará, portanto, o estado da arte da liberdade de expressão no Brasil, incluindo as garantias constitucionais e infraconstitucionais sobre a matéria, suas possibilidades de regulação e restrição, importantes projetos de lei para a regulação da expressão e aspectos doutrinários que possam auxiliar na complexidade acerca da efetivação e exercício dos direitos de expressão e acesso à informação no Brasil. Far-se-á uma pequena revisão histórica da liberdade de expressão partir das movimentações políticas e sociais que levaram a eleição de Jair Messias Bolsonaro em 2018, alcançando o clima de extrema polarização que tomou conta dos discursos e das ruas em 2022, que culminou na eleição mais polarizada da história do país e em uma atuação rígida e atenta dos Tribunais Superiores a respeito da regulação de discursos violentos e ditos antidemocráticos.

3.1 O direito à liberdade de expressão na legislação brasileira e a capacidade protetiva e regulatória estatal

No Brasil, a liberdade de expressão e o acesso à informação estão expressamente protegidos no art. 5º da Constituição Federal, a saber:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

Estes direitos também são assegurados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 19, na Declaração Universal de Direitos Humanos, em

seu artigo 19, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 13, todos ratificados pelo Brasil:

PIDCP Art. 19. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

E,

DUDH Art. 19. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

E,

CADH Art. 13. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

A partir da leitura destes três diplomas é possível notar a similaridade nas disposições apresentadas a respeito da liberdade de expressão, por meio de seu acesso igualitário, não discriminatório em relação a sua fruição, que admite todas as formas de manifestação e conteúdo, sem limitação espacial, englobando o direito ao pensamento, à opinião e à expressão de ideias – de forma escrita, artística e por quaisquer outros meios –, incluindo também o direito ao acesso à informação. Estas garantias, por si só, indicam uma obrigação negativa do Estado para promover o direito de discurso do falante; mas também uma obrigação positiva que visa garantir que toda a sociedade possa buscar, receber e compartilhar informações e ideias, sem que ninguém sofra discriminações pela sua identidade para o exercício da expressão ou pelo conteúdo a ser propagado.

A Constituição Federal brasileira, através de seu artigo 5º, assegura aos cidadãos o amplo acesso à informação a partir de diferentes e variadas fontes, em um ambiente democrático, que garanta as liberdades de expressão e de imprensa, em alguns casos incluindo seus requisitos e limitações, como por exemplo: o direito de resposta; a liberdade religiosa; liberdade de cátedra; proteção contra censura prévia; proteção ao sigilo da fonte; direito a protesto; e direito à associação.

A Carta Magna, aliada aos dispositivos internacionais elencados no capítulo anterior, figuram como um robusto aparato normativo de proteção à liberdade de

expressão e ao acesso à Informação, associado ao princípio da igualdade, da não discriminação e da promoção do bem geral.

Dos diplomas acima expostos, é possível afirmar que a Constituição Federal reafirma a dupla dimensão da liberdade de expressão disposta nos diplomas internacionais: a dimensão individual, de buscar, receber e difundir ideias e informações de todos os tipos, e a dimensão social, correspondente ao direito de receber e conhecer as informações e ideias divulgadas por outras pessoas. Nesse contexto, exige-se uma prestação positiva do Estado para ampliar as vozes e corpos no debate público porquanto uma obrigação negativa de não interferência na esfera individual do exercício da liberdade de expressão.

Em adição aos diplomas mencionados, merece destaque um importante julgado que auxiliou na definição constitucional da liberdade de expressão e alguns de seus parâmetros para regulação: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, que não recepcionou a antiga Lei de Imprensa, de 1967. A ADPF 130 consolidou o entendimento de que o Estado pode, em alguma medida, promover a liberdade de expressão e de imprensa através de prestações positivas, e não apenas de medidas de não interferência. Vedou expressamente a censura prévia e ainda levantou que as desproporcionalidades nas indenizações por eventuais abusos do uso da expressão podem configurar como uma violação à liberdade de imprensa, conforme se vê em trecho da decisão, *in verbis*:

Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de concentração e de esqualidez dessa liberdade (acórdão, p.6).

Consequentemente, deve o Estado atuar positivamente para a promoção do pluralismo democrático, a fim de que uma responsabilização excessiva não “sufoque” o exercício da liberdade de expressão e de imprensa e não prejudique a experiência democrática. Nesse sentido, a decisão do STF no que tange à proporcionalidade vai ao encontro com o caso *Sullivan v. New York*, da Suprema Corte dos Estados Unidos,

bem como no caso *Tristán Danoso v. Panamá*, da Corte IDH, abordados no capítulo dois. Isto pois, todas as decisões, à sua maneira, trataram que as indenizações desproporcionais poderiam comprometer a liberdade de imprensa e, conseqüentemente, o interesse público ou a própria democracia.

O Supremo Tribunal Federal tem admitido o cabimento da reclamação constitucional para garantir a autoridade da decisão da ADPF 130, uma vez que tal decisão estabelece as balizas para o adensamento do debate sobre liberdade de expressão e sua relação com as ações do Estado. Isto permite que o debate avance a partir deste importante paradigma de proteção à liberdade de expressão em sua dupla dimensão.

Dentre as reclamações constitucionais, merece destaque a RCL 38782 (STF, 2020) proposta pela Netflix Entretenimento Brasil LTDA, em face de duas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que estabeleceram restrições à exibição da obra “Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo” e a sua respectiva divulgação, impondo, ainda, a condenação ao pagamento de danos morais coletivos decorrentes do período em que a película esteve em exibição, por supostamente ferir os valores e crenças que cercam a imagem de Jesus Cristo. A Segunda Turma do STF, em novembro de 2020, cassou a decisão que retirou do ar o programa, em decisão que enfatiza a magnitude da liberdade de expressão para uma sociedade democrática e pluralista, conforme se verifica abaixo:

[...] eventual colisão entre liberdade de expressão artística e outros direitos constitucionalmente garantidos deve levar em conta o fato de que o conceito de arte possui sentido amplo, incluindo-se aí obras provocativas, que pretendam atingir fins políticos ou religiosos, também por meio de sátiras. [...] Reitero [...] a importância da liberdade de circulação de ideias e o fato de que deve ser assegurada à sociedade brasileira, na medida do possível, o livre debate sobre todas as temáticas, permitindo-se que cada indivíduo forme suas próprias convicções, a partir de informações que escolha obter (acórdão, pgs. 35 e 37).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, a liberdade de expressão artística está em posição preferencial em relação às demais liberdades. Ao seu ver, eventual colisão entre ela e outros direitos constitucionalmente garantidos deve levar em conta o fato de que o conceito de arte tem sentido amplo, incluindo-se aí obras provocativas, que pretendem atingir fins políticos ou religiosos também por meio de sátiras (SUPREMO CONTEMPORÂNEO, 2023).

A legislação brasileira, todavia, impõe algumas restrições à liberdade de expressão, como i) a calúnia, a difamação e a injúria, todos com o necessário elemento subjetivo de dolo para responsabilização ulterior (artigos 138, 139 e 140 do Código Penal); ii) os discursos que fazem apologia à fato criminoso ou autor de crime (artigo 287 do Código Penal); iii) os discursos que, através de grave ameaça, tentarem abolir o Estado Democrático de Direito (Lei nº 14.197/2021); iv) os discursos discriminatórios de cunho racista e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89) e mais recentemente, v) os discursos discriminatórios por orientação sexual ou identidade de gênero, equiparados à Lei nº 7.716/89 através do julgamento do Mandado de Injunção Coletiva nº 4733 pelo STF em 2020; vi) o desacato, que consiste em desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela (artigo 331 do Código Penal); e, por fim vii) a vedação ao anonimato, em hipóteses específicas (artigo 5º da CF, inciso IV).

Segundo Canotilho, restrições a direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, devem cumprir determinados requisitos para serem considerados legítimos em um Estado Democrático de Direito, tais como a necessidade de lei formal, a justificativa da restrição ser encontrada na Constituição, ser de caráter excepcional e estar sujeita a um regime de ponderação entre os direitos constitucionalmente protegidos (CANOTILHO, 2017).

A partir do sistema de proteção e restrições à liberdade de expressão, os crimes contra a honra – calúnia, injúria e difamação – merecem especial atenção. A Constituição Federal, assim como a Convenção Americana, protege a honra, a dignidade e a reputação, enquanto direitos de personalidade, sendo permitido a responsabilização ulterior por eventuais abusos no exercício da expressão que ferirem tais direitos. A honra dos indivíduos deve ser protegida sem prejudicar o exercício da liberdade de expressão ou o direito a receber informações, e deve ser alcançada mediante um exercício de ponderação em cada caso específico.

O que ocorre, no entanto, são inúmeros processos e condenações na esfera cível e criminal que servem categoricamente para cercear jornalistas, comunicadores e a oposição política, esta instrumentalização do Judiciário para restringir a liberdade de expressão e de imprensa é conhecido como assédio judicial ou SLAPPs (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*). Esta realidade se torna ainda mais desafiadora ao analisarmos os processos judiciais de casos envolvendo figuras públicas, que se

utilizam de estratégias de assédio judicial para silenciar as vozes dissidentes e restringir o acesso à informação de questões de interesse público pela população.

Em 2022, foram contabilizados 15 casos de restrição à liberdade de imprensa através de decisões judiciais, como o processo movido pelo presidente da Câmara Municipal de Camaçari, o vereador Junior Borges (União Brasil), que processou civilmente o site “Camaçari Agora” e o blog “Compartilha Bahia”, após a divulgação dos custos da 21ª Marcha de Vereadores, em Brasília. As notícias informaram que os custos da viagem e a divulgação por meio de outdoors foram superiores a R\$ 100 mil reais. O presidente da Câmara pediu indenização por dano moral no valor de R\$ 28 mil reais, e a retirada da internet das notícias que trataram da viagem, com multa diária de R\$ 1 mil reais, em caso de descumprimento (FENAJ, 2023). Merece destaque a condenação do jornalista Rubens Valente ao pagamento de indenização cível por violação ao direito à honra para o Ministro Gilmar Mendes, após publicação do livro “Operação Banqueiro”, sobre os bastidores da investigação que mirou negócios do banqueiro Daniel Dantas. O jornalista ganhou a causa em primeira instância, por “por não ter sido verificada “intenção difamatória nos escritos do autor”. O ministro recorreu ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e a controvérsia chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao STF, e a corte superior determinou, além do pagamento de indenização, a inclusão do acórdão do TJ distrital em futuras edições do livro de Valente. As indenizações a Rubens e à editora somaram, juntas, mais de R\$ 300.000 reais. Uma das passagens do livro destacadas por Gilmar Mendes aborda o vínculo da esposa do magistrado com o escritório do advogado Sérgio Bermudes, que atuou na defesa de Dantas. Em entrevista à Folha de São Paulo, o jornalista afirma (FOLHA, 2022):

O meu livro faz essa narrativa e diz que ele não se declarou impedido ou suspeito para julgar o processo. Essa narrativa é correta. Não configura calúnia, injúria ou difamação. Tanto que ele não moveu nenhuma ação criminal contra mim. Se eu tivesse atribuído um crime a Gilmar Mendes, ele teria me processado criminalmente. Fiz uma narração objetiva do que aconteceu (FOLHA, 2022).

A cobrança, além de exorbitante, reforça o caráter intimidatório deste tipo de ação, contribuindo para um sistema de restrições à liberdade de expressão com pouca homogeneidade de decisões, em nítida violação a liberdade de expressão e de

imprensa. Nesse cenário, o Ministério Público Federal, em dezembro de 2022, convocou uma audiência pública para debater o assédio judicial contra jornalistas, com o intuito de investigar suposto assédio judicial em face do escritor e jornalista João Paulo Cuenca. Ele foi processado por diversos pastores da Igreja Universal do Reino de Deus devido a uma publicação no Twitter, com mais de 100 processos judiciais movidos contra ele, em todo o país. A audiência também discutiu a Recomendação 127/2022 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que recomenda aos tribunais a adoção de cuidados para coibir a judicialização predatória que possa cercear o direito de defesa e limitar a liberdade de expressão (MPF, 2022).

A lei de desacato, prevista no Código Penal desde 1940, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 através da ADPF 496, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A entidade argumentava que o dispositivo não especifica claramente a conduta de desacato, pois traz uma normatização extremamente vaga. Como decorrência dessa imprecisão, o tipo penal estaria sendo usado para reprimir a liberdade de expressão de cidadãos, que ficariam intimidados a não se manifestar diante de condutas praticadas por agentes públicos. Ainda de acordo com a OAB, a norma seria incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que tutela a liberdade de expressão. A decisão da maioria do STF – vencidos os ministros Edson Fachin e Rosa Weber – todavia, vai em sentido oposto:

[...] ao atuar no exercício de sua função, o agente público representa a administração pública, o que lhe sujeita a um regime jurídico diferenciado de deveres e prerrogativas. Em razão dessa responsabilidade, ao praticar determinadas condutas idênticas às perpetradas por particulares, os funcionários públicos são punidos de modo mais rigoroso. Em contrapartida, têm prerrogativas próprias para que possam atender adequadamente ao interesse público. (STF, 2020)

É nesse contexto que o relator do caso, Ministro Luís Roberto Barroso, justifica a criminalização do desacato:

Não se trata de conferir um tratamento privilegiado ao funcionário público”, trata-se, isso sim, de proteger a função pública exercida pelo funcionário, por meio da garantia, reforçada pela ameaça de pena, de que ele não será

menosprezado ou humilhado enquanto se desincumbe dos deveres inerentes ao seu cargo ou função públicos (STF, 2020).

O entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é claro em relação a incompatibilidade das legislações de desacato com a liberdade de expressão, refletido no artigo 11 da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão:

Art.11. Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como “*leis de desacato*”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

Em relação ao discurso discriminatório de caráter racial, há especial ato normativo que o proíbe: a Lei nº 7.716/1989, popularmente conhecida como Lei Caó, que complementou a Constituição em relação ao tratamento do racismo. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, frisa o princípio da igualdade e indica que quaisquer formas de discriminação que ensejam no desrespeito de liberdades e direitos fundamentais serão passíveis de responsabilização, nos termos da lei. A Lei Caó pormenoriza as condutas que podem ser enquadradas enquanto racismo, abrangendo suas dimensões cíveis, penais e trabalhistas. A legislação também contempla o caráter subjetivo da prática de racismo, ao mencionar a prática e incitação à discriminação racial mediante abuso da liberdade de expressão, independente dos meios, e adiciona como majorante da pena a difusão do racismo por meios de comunicação social de qualquer natureza. Ainda, veda expressamente o nazismo e todas as suas formas de expressão, a partir do entendimento de que o nazismo é uma ideologia fundada na supremacia racial branca e, portanto, originalmente racista.

Ademais, a Lei nº 14.532/2023, publicada em janeiro deste ano, equipara a injúria racial – anteriormente uma qualificadora do crime de injúria – ao crime de racismo, tornando-a inafiançável e imprescritível, além de ter tido sua pena elevada para reclusão de dois a cinco anos, além de multa.

Na mesma linha foi o entendimento do STF ao equiparar a discriminação pelo gênero e orientação sexual ao crime de racismo, através do Mandado de Injunção Coletivo nº 4733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e

Transgêneros – ABGLT. A ação, proposta em 2012, foi julgada procedente em 2019, na qual reconheceu-se a mora inconstitucional do Congresso Nacional em relação à aprovação de projetos de lei que versam sobre a criminalização da homofobia e da transfobia; e deliberou-se que seja aplicada a Lei 7.716/89 até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, estendendo assim a tipificação prevista para os crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Desse modo, assim como no crime de racismo, é possível buscar a responsabilização da prática e incitação dos discursos lgbtfóbicos, independente dos meios.

Outro limitador da liberdade de expressão é a vedação ao anonimato, presente na própria Constituição Federal com o intuito de, à primeira vista, preservar os direitos de personalidade ao possibilitar a responsabilização em caso de ofensa ou abuso a tais direitos. Não obstante a vedação ao anonimato na Constituição, há uma salvaguarda especial à liberdade de expressão política em período eleitoral que, em seu artigo 14, estabelece uma vedação absoluta à associação do eleitor à sua manifestação de vontade político-eleitoral, determinando que o voto seja secreto. A garantia constitucional de proteção do sigilo da fonte constitui outro importante exemplo em se assegura o direito de que a identidade de um indivíduo não seja correlacionada às suas manifestações. Na mesma linha, o artigo 19 do Código Civil brasileiro estipula que o pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Por outro lado, há diversas correntes que compreendem que o anonimato contribui para a melhor disseminação de ideias e opiniões, fortalecendo a liberdade de expressão, pois as ideias veiculadas de maneira anônima são potencialmente recebidas por terceiros sem pré-julgamentos associados aos marcadores sociais da diferença do indivíduo que proferiu aquele discurso; assim, a separação entre os pontos de vista manifestados e as características individuais de seu autor, como gênero, raça, território, classe social ou idade, permitiriam, em tese, que os argumentos fossem aceitos ou descartados em razão de sua qualidade, e não recebidos através das lentes turvadas do enquadramento social do interlocutor (CRUMP, 2003, p. 224).

A importância do anonimato para a proteção à liberdade de expressão e dos direitos humanos, especialmente em contextos de proteção da fonte jornalística e de discursos políticos, foi enfatizada pela Declaração Conjunta do Relator Especial das

Nações Unidas (ONU) para a Liberdade de Opinião e Expressão, o Representante da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) para a Liberdade dos Meios de Comunicação, o Relator Especial da OEA para a Liberdade de Expressão e a Relatora Especial para a Liberdade de Expressão e Acesso à Informação da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), que recomenda que os Estados devem “abster-se de realizar restrições arbitrárias ou ilegais ao uso das tecnologias de encriptação e anonimato” (OEA, 2019).

Nesse sentido, é possível constatar que o anonimato é um instrumento viabilizador de direitos fundamentais, afastando-se a concepção que o associa a uma prática, em si mesma, absolutamente vedada pelo ordenamento jurídico (WIMMER; CARVALHO, 2022).

No Brasil, uma experiência recente demonstra a fragilidade da interpretação acerca da vedação ao anonimato como regra no ordenamento jurídico para a proteção da liberdade de expressão. Em 23 de setembro de 2022, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), determinou ao Twitter Brasil que forneça os dados para a identificação da pessoa responsável pelo perfil @jairmearrependi. O caso teve origem em uma representação eleitoral movida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra o responsável pelo perfil @jairmearrependi no Twitter, em razão da utilização de um filtro temático com a frase “Prefiro Lula”, com características semelhantes ao slogan de campanha utilizada pelo candidato Ciro Gomes (PDT), alegando que o filtro corroboraria para uma “desinformação visual” e confundiria o público. A decisão da ministra Maria Claudia Bucchianeri, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) determinou que o filtro fosse retirado do ar e ainda determinou a quebra do anonimato da conta (ARTIGO 19, 2022).

Temos que o Marco Civil da Internet, em seu artigo 22, inciso I, determina que provedores de aplicação têm o dever de fornecer, mediante requisição judicial, dados que permitam a identificação de usuários de suas contas quando houver “fundados indícios da ocorrência” de um “ato ilícito” (L12965, 2014). No caso concreto, a necessidade de identificação de Jaime pressuporia utilidade específica e insubstituível para esses dados pessoais, porém, não houve qualquer suspeita de prática de crime contra a honra do candidato, de crime eleitoral ou de ilícito de qualquer natureza que pudesse justificar a decisão do TSE. A simples eliminação da eventual postagem ilícita, ou bloqueio ao conteúdo ilegal, independe da identificação pessoal do perfil, pois pode ser efetivado pela própria plataforma de internet que os hospeda.

A decisão do TSE, no caso em tela, se mostrou excessiva e desnecessária, ao retirar o anonimato de Jaime e expor a pessoa autora do perfil a risco de violência, ameaças e retaliações, restringido a liberdade de expressão de forma desproporcional em relação ao fim que se pretendia atingir: frear a suposta desinformação gerada pela sátira publicada. Segundo Rafael Mafei, “em uma campanha marcada por extrema polarização, que a própria ministra reconheceu em sua decisão, essa cautela com a integridade de cidadãos politicamente engajados é exigível da Justiça Eleitoral” (QUEIROZ, 2022).

Por fim, outra importante regulação da liberdade de expressão e do acesso à informação é o que consta no artigo 220 da Constituição Federal: § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio (CF, 1988). Embora haja esta vedação constitucional, a comunicação no Brasil se estrutura a partir de monopólios regionais, que foram construídos ao longo da história e tem por base a origem política e hereditária. A pesquisa “Monitoramento da Propriedade de Mídia” realizada pelas ONGs Repórteres Sem Fronteiras e Coletivo Interozes evidencia que cinco famílias controlam mais de 50% dos principais veículos de mídia no país. O maior é o Grupo Globo, da família Marinho, que detém nove desses 50 maiores veículos (INTERVOZES, 2017).

Os monopólios de mídia são resultantes de uma tendência global de concentração das indústrias de mídia, e a adoção de uma política neoliberalista que preza pela não intervenção estatal e pela desregulamentação do setor. Esses monopólios se efetivam através de grandes e poucos conglomerados midiático que acumulam a propriedade de veículos impressos, concessões de televisão aberta e radiodifusão, portais online, provedores de internet e telefonia e serviços de televisão por assinatura (oligopólio), repercutindo uma única visão e impedindo as vozes dissonantes (AMARAL; MACHADO, 2018).

Guareschi refere que, ainda que a formação de monopólios e oligopólios midiáticos seja um fenômeno globalizado, a política econômica neoliberal adotada pelos governos brasileiros foi em parte responsável pela formação dos oligopólios na mídia, haja vista que esta política se caracteriza pela desregulamentação, a fim de melhor atender os interesses corporativos (GUARESCHI, 2007). Ao atender os interesses corporativos, o debate público – que deveria ser robusto, amplo e diverso em uma democracia – passa a ser pautado por um conjunto seleto de grandes

empresários da mídia, restringido a liberdade de expressão de vozes historicamente discriminadas e limitando o acesso a informação de toda a população.

Nesse sentido, o partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade (CONTCOP) ingressaram, em 2010, com ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO 10 e ADO 11, respectivamente) para se imputar a inércia do Congresso Nacional em legislar, dentre outras coisas, sobre a proibição de monopólios e oligopólios nos meios de comunicação social (CF, art. 220). Os requerentes alegaram que se “a proibição ao monopólio representa um preceito fundamental de ordem econômica, o abuso de poder na comunicação social constitui um perigo manifesto para a preservação da ordem republicana e democrática”, e ainda que, como a norma contida no artigo 220 não seria autoaplicável, carecia de regulação por lei específica.

O processo foi extinto sem resolução do mérito em maio de 2023, ante a prejudicialidade do pedido. A relatora, Ministra Rosa Weber, indicou alguns diplomas legislativos supervenientemente editados que modificaram substancialmente o quadro normativo, destacando a Lei Geral das Telecomunicações e o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL), cujos recursos são empregados pela ANATEL em ações que abrangem a fiscalização, o controle, a prevenção e a repressão de infrações da ordem econômica em todo o setor das telecomunicações sem prejuízo das atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A conclusão da relatora foi de que já existem instrumentos legislativos destinados ao controle dos atos de concentração e à apuração de infrações contra a ordem econômica no setor das telecomunicações, assentando prejuízo das ações (STF, 2023).

No âmbito legislativo, alguns Projetos de Lei (PL) também aumentam a insegurança em relação a efetiva proteção à liberdade de expressão, como os projetos de lei que visam alterar a Lei nº 13.260/2016, a Lei Antiterrorismo. Em 2019, o PL 1595 ganhou destaque e notável repercussão negativa perante a sociedade civil organizada. O Projeto de Lei, de autoria do ex deputado federal Major Vitor Hugo (PL-GO), visava estender o conceito de terrorismo a partir de critérios amplos e pouco definidos; isentar as forças policiais de punição em ações violentas e; sobretudo, criar a “autoridade nacional contraterrorista”, que seria a responsável pela condução da Política Nacional Contraterrorista (PNC), também prevista na proposta, e lideraria os

trabalhos na área. O PL encontra-se parado desde dezembro de 2021 (Portal da Câmara dos Deputados).

Mais recentemente, o PL 83/2023, de autoria do senador Alessandro Vieira (PSDB-SE), também visa alterar a Lei Antiterrorismo, para incluir a motivação política entre as justificativas para a condenação por atos terroristas. Atualmente, a redação da Lei nº 13.260/2019 tipifica o terrorismo como atos por razão de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. Segundo o senador, esta alteração seria necessária para a compreensão dos atos de 08 de janeiro de 2023 como atos terroristas (Agência Senado).

Embora os dois projetos de lei possam ter motivações e interesses distintos, ambos têm o potencial de fragilizar a liberdade de expressão, especialmente em sua dimensão da liberdade de protesto e de reunião. Ao incluir a motivação política no rol de motivações para a determinação de atos terroristas, protestos e manifestações políticas podem ser especialmente afetados e desproporcionalmente punidos.

Por fim, merece destaque também o PL 2630/2020, conhecido como “PL das fake news”, que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, de autoria do senador Alessandro Vieira (CIDADANIA-SE). O PL teve grande repercussão na sociedade civil desde sua apresentação, desde acusações de censura e violação à liberdade de expressão, majoritariamente propagados por setores de direita, à honrosos elogios sobre a devida regulação no ambiente digital, majoritariamente defendidos pelo campo progressista. O PL versa basicamente sobre a regulação de plataformas digitais e de mensageria instantânea, com a finalidade de promoção da transparência, contenção das notícias falsas e discursos discriminatórios, além de servir como um pilar do fortalecimento da democracia através da promoção da liberdade de expressão e do acesso à informação.

Conforme abordado no primeiro capítulo deste trabalho, a garantia à liberdade de expressão deve ser compreendida em sua dupla dimensão: tanto pela não interferência do Estado na esfera individual e de imprensa, quanto pela prestação estatal na esfera social, a fim de que os grupos historicamente vulneráveis possam exercer plenamente o direito de se expressar, difundir informações de todos os tipos e receber informações divulgadas por terceiros. Esta prestação do Estado está aliada a proteção do direito de igualdade e de não discriminação, que exige do Estado ações positivas que visem mitigar as disparidades enfrentadas no exercício da expressão

por determinados grupos. Além disso, o Estado pode também regular a atividade de mídia, com o intuito de garantir que a sociedade efetivamente receba informações e opiniões diversas – ora driblando os interesses do mercado, ora driblando a vigilância de dados e a política de algoritmos.

Cabe elucidar que o texto do PL aprovado pelo Senado em junho de 2020 continha algumas lacunas importantes que poderiam diminuir sua eficácia em coibir a desinformação no país. Estas preocupações foram elaboradas em nota técnica pela organização Artigo 19 Brasil, a qual destacou que definições vagas ou imprecisas podem ser erroneamente interpretadas por intermediário e até mesmo pelo Judiciário, além de enfatizar a especialidade das contas de interesse público, de agentes públicos ou de agentes políticos e da importância de medidas que garantam a transparência das políticas adotadas pelos provedores. Outro ponto de atenção foi em relação aos capítulos IV e V do PL, que versavam sobre remoção de conteúdo e de contas a partir de entidades criadas para tal fim, sem, no entanto, conferir a independência que esse tipo de órgão deve ter como característica básica, para que não haja ameaças à liberdade de expressão (ARTIGO 19, 2020). A entidade defende que o Projeto de Lei deva ser amplamente discutido na sociedade, com participação multissetorial e especialistas de organizações da sociedade civil, a fim de se chegar em um texto final que não dê margens a mais violações à liberdade de expressão, e sim que garanta maior pluralidade de vozes nas redes, maior responsabilidade às autoridades e agentes públicos e maior transparência aos provedores de internet e de redes sociais.

Entre os pontos mencionados, merece destaque a responsabilidade da moderação de conteúdo por parte dos provedores de redes sociais e, em última instância, do Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet. Ocorre que as legítimas preocupações sobre regulação de discursos discriminatórios e desinformativos nas plataformas online devem ser analisadas à luz da própria estrutura tecnológica e do modelo de negócios das redes sociais. As grandes empresas de plataforma digitais e de mídia, ao exercerem monopólio, impedem a descentralização ao explorar economicamente os dados dos usuários para capturar um debate público especialmente sensível. É por este motivo que, para enfrentar os problemas que as plataformas impõem, a saída não é, necessariamente, dar-lhes mais poder para filtrar o que é mostrado na *timeline* de cada usuário (através dos algoritmos) e mediar qual discurso pode ou não ser compartilhado (através da moderação e da remoção de conteúdo).

Em relação a liberdade de expressão política, além das normas constitucionais já expostas, outras normas regem o discurso político, sobretudo em períodos de campanha eleitoral: o Código Eleitoral Brasileiro (Lei 4.737 de 15 de julho de 1965), a Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar 64 de 18 de maio de 1990), a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei 9.906 de 19 de setembro de 1995), a Lei Eleitoral (Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997) e a Lei 11.300 de 10 de maio de 2006. Há de se notar, ainda, que devido a capacidade normativa do Tribunal Superior Eleitoral, novas normas sobre o processo eleitoral são realizadas a cada pleito, construindo verdadeiras minirreformas políticas.

No artigo 243 do Código Eleitoral, há inúmeros limites materiais à liberdade de expressão, tais como: i) a vedação de propaganda de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes; ii) que provoque animosidade entre as forças armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis; iii) de incitamento de atentado contra pessoa ou bens; iv) de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública; v) que implique em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza; viii) que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito; e ix) que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública. Além destas, o artigo 242 dispõe que: “a propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais”. O que a norma não evidencia, no entanto, são os conceitos de “estados mentais emocionais ou passionais”, e ainda, o que seria esta criação “artificial” dos “estados emocionais” através da publicidade. Sem estas definições, o artigo torna-se categoricamente subjetivo e sua aplicação potencialmente discricionária.

O Código Eleitoral também traz restrições quanto aos crimes contra a honra e, conforme a jurisprudência do TSE, aplica-se o direito de resposta e a suspensão da propaganda ofensiva, sem prejuízo de qualquer ação penal em separado. Isto ocorre devido ao princípio da celeridade no âmbito da justiça eleitoral, que preza por um processo e decisões céleres.

Na Lei das Eleições, em seu artigo 40, há a proibição durante a propaganda eleitoral do uso de símbolos, frases ou imagens associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista, constituindo crime, punível com detenção e multa. Também na Lei das Eleições, no artigo 45, nos incisos II e III, há restrições da liberdade de expressão política em contexto eleitoral, sendo vedada às emissoras de rádio e televisão, encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, de utilizar-se de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo para degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação, bem como veicular propaganda política favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação e dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação (L9504, 1997). Estes incisos foram julgados inconstitucionais pelo STF na ADIN 4.451/2018, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a partir do entendimento de que as normas supramencionadas são em verdade uma limitação prévia à liberdade das emissoras para programar suas apresentações. Nesta decisão, o STF, mais uma vez, firmou-se a centralidade da liberdade de expressão e de imprensa para as questões de interesse público, estabelecendo-se como legítimas e de especial importância as críticas de comunicadores e jornalistas direcionadas a autoridades públicas, sobretudo em período eleitoral.

A proibição da degradação e ridicularização a candidato, partido ou coligação se repete no inciso IV do artigo 51 da Lei Eleitoral, que proíbe a veiculação de mensagens que possam degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação durante o período estabelecido de propaganda eleitoral obrigatória e gratuita. O artigo 53 agrega mais uma proibição, sendo esta bastante subjetiva: a vedação de se reapresentar (já que não se admite, no *caput*, censura prévia) propaganda “ofensiva à honra de candidato, à moral e aos bons costumes” (L9504, 1997).

Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha avançado no entendimento da liberdade de expressão em sua dupla dimensão e a primazia do interesse público nos casos de conflitos de expressão, as disposições normativas ainda abrem bastante espaço para a discricionariedade. A respeito da liberdade de expressão em matéria do direito eleitoral, Daniela Bucci sustenta:

[...] as disposições normativas (tanto das leis, quanto das instruções normativas do TSE) são muitas vezes vagas e abrem espaço ao subjetivismo das partes e dos julgadores quanto a sua aplicação, o que, por sua vez, se reflete, em um emaranhado de interpretações muitas vezes contraditórias, e em um enorme volume de ações, propiciando ampla judicialização do processo

eleitoral [...] (BUCCI, 2020, p. 205).

Há de se ratificar, no entanto, que a jurisprudência consolidada do TSE indica que apenas as notícias notadamente inverídicas e as acusações com grave ânimo de ofensa a honra dos adversários merecem concessão do direito de resposta. Críticas veementes, contundentes e ácidas, com informações incompletas ou até mesmo descontextualizadas fazem parte do sistema de liberdade de expressão, sobretudo sobre matérias de interesse público como promessas de campanha, histórico de atuação e alianças, como é possível perceber nas decisões dos RP nº 143175422 e RP nº 139448, ambos de 2014.

As ações versavam sobre pedido de resposta da campanha da ex-presidenta Dilma Roussef (PT) em face de propaganda eleitoral do então candidato Aécio Neves (PSDB), que veiculava que as obras do PT nunca acabam, se acumulando prejuízos aos brasileiros, afirmando que o partido seria o governo do improvisado, pois sempre faz as escolhas erradas. Ainda, na propaganda, o locutor refere que Dilma Roussef havia inaugurado “projeto de prestígio para a ditadura comunista em Cuba, financiado pelo BNDES”, além de inúmeras críticas ao governo petista e à candidata adversária. A campanha de Dilma Roussef alegou tratar-se de propaganda eleitoral com informação inverídica, degradante, injuriosa e caluniosa. O ministro, todavia, não verificou “declarações ofensivas ou veiculação de afirmações sabidamente inverídicas em desfavor da candidata Representante, mas apenas críticas inseridas no contexto do debate político”, entendendo ser “mais prudente” proteger a liberdade de expressão. Também não entendeu tratar-se de “fato sabidamente inverídico e gravoso à imagem ou à candidatura das Representantes”, mas, sim, de “divergência de interpretação e opinião sobre ações políticas do governo da candidata Representante, de tema manifestamente controverso e passível de ser politicamente explorado e questionado em debate político eleitoral” (BUCCI, 2019, pgs. 214-216).

A partir de todo o exposto, é possível afirmar que a proteção a liberdade de expressão guarda semelhanças tanto com o modelo norte americano de não interferência, quanto no modelo do sistema interamericano de direitos humanos, sendo mais favorável a este último. Embora seja perceptível a vontade legislativa em aproximar-se da lógica da dupla garantia à liberdade de expressão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, esta não a adota em sua completude. Isto se

deve ao fato de que ainda há normativas importantes de restrição que geram alto grau de discricionariedade, como os crimes contra a honra, o desacato e a complexa regulação do discurso humorístico e artístico, aliada a uma visão política neoliberal que preza pela não interferência e não dialoga com a promoção dos direitos humanos e a não discriminação.

Para João Henrique Bonillo, a liberdade de expressão é, como um direito fundamental, caracterizada pela sua historicidade e, portanto, deve-se considerar o contexto político, cultural e social na qual a liberdade de expressão foi sendo desenvolvida (BONILLO, 2022, p. 185). Nesse ínterim, ao se aproximar ainda mais de um modelo que fundamente a liberdade de expressão na própria democracia, promover-se-ia o pluralismo democrático, abrindo espaço para a participação política e social dos grupos historicamente oprimidos – hoje, os mais afetados no efetivo exercício da expressão – para assim, desenvolver a democracia e a sociedade como um todo.

3.2 O aumento da disputa conceitual sobre liberdade de expressão no contexto de crise política das eleições de 2022

As eleições presidenciais e legislativas no Brasil de 2022 ocorreram em um cenário intensamente marcado por ataques às liberdades de expressão e manifestação e ao acesso à informação, sendo a eleição mais polarizada da história do país, com uma diferença de pouco mais de dois milhões de votos entre um candidato e outro. Estes ataques se materializaram no uso abusivo de leis, decretos e atos administrativos pelo governo federal visando a cercear comunicadores, artistas e jornalistas, assim como a oposição política em sua amplitude. Somam-se a esses ataques a repressão policial para coibir protestos e manifestações e campanhas de desinformação orquestradas por autoridades e seus apoiadores.

As razões para a eleição de 2022 ter se tornado a disputa mais polarizada da história é, essencialmente, multifatorial – e merece ser analisada sob diversas óticas e diferentes campos do conhecimento, da economia à antropologia. Neste capítulo, se ressaltará alguns acontecimentos políticos, jurídicos, institucionais e sociais que auxiliaram, de algum modo, a jornada de intensa disputa até outubro de 2022.

3.2.1 Fenômenos que contribuíram para o crescimento da polarização política e ideológica na sociedade brasileira

Um marco inicial possível para a extrema polarização política pode ser o mês de abril de 2021, quando as condenações do presidente Luís Inácio Lula da Silva, à época, ex presidente, foram anuladas pelo STF, ao declarar a incompetência da 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba (PR) para o julgamento das ações contra o presidente, que não se enquadravam no contexto da operação Lava Jato. Por 8 votos a 3, o Plenário rejeitou o agravo regimental da Procuradoria-Geral da República (PGR) no Habeas Corpus (HC) nº 193726. Também em abril de 2021, o Brasil presenciou o momento mais sensível da pandemia da COVID-19, com 82.266 registros de morte pela doença (DATASUS). É neste momento que a insatisfação da população com o governo Bolsonaro começa a crescer de maneira abrupta, chegando a reprovação por 1 a cada 3 dos seus eleitores no segundo turno de 2018 (PoderData, 2021), porquanto o presidente Lula desponta nas pesquisas de intenção de voto para o governo federal (DataFolha, 2021), em maio de 2021.

Não obstante a estes acontecimentos recentes, a polarização nas eleições de 2022 nada mais é do que o resultado da polarização ideológica no eleitorado brasileiro. Em entrevista para a FGV, Luciana Veiga, presidente da Associação Brasileira de Ciência Política (FGV ECMI, 2022) discorre que a ascensão dos discursos de extrema direita conservadora que levaram à eleição de Bolsonaro em 2018 está relacionada a três pontos principais: i) o caráter antissistema, favorecido em momentos de crise política; ii) a perspectiva da defesa dos costumes e da moral conservadora, que possui alta permeabilidade na sociedade brasileira e; iii) a atitude anti-intelectual e a política do senso comum, que auxiliam na falsa performance de afastamento das elites. Veiga pontua que a crise da democracia liberal, ao ter esgotado suas promessas não atingidas de bem-estar social, acabou por favorecer os discursos populistas e anti sistêmicos, na medida em que este radicalismo conservador conseguiu organizar a insatisfação geral e despontou como uma solução aos problemas cotidianos. A atitude anti-intelectual corrobora com a visão contrária ao “politicamente correto” da esquerda, ao defender um certo tipo de liberdade expressiva sem limites ou restrições.

Na mesma linha é a análise de Philippe Scerb:

Em meio ao desalento, movimentos populistas têm sinalizado a possibilidade de uma guinada radical capaz de alterar o rumo das coisas. Sua natureza reacionária assume ainda feições radicais, que só não devem ser chamadas de revolucionárias porque remetem mais à memória idealizada do passado do que à esperança de um futuro livre de contradições. Mas para que tenha força frente a uma ordem que caminha a passos largos no sentido dos pós-democracia, é necessário que esses movimentos se apoiem na participação ativa desses cidadãos ressentidos e carentes de esperança. É daí que vem parte importante de seu apelo; da promessa de retomada do controle do poder, mais ou menos diretamente, pelas pessoas comuns, pelos sem-título. Não se trata de um movimento que vem de cima. Não faria sentido imaginar uma contestação à ordem da parte daqueles que dela se beneficiam. Mas não vem, tampouco, de baixo, de camadas populares devidamente organizadas na defesa de bandeiras de um determinado campo ideológico. A revolta é radical, mas reacionária, ambígua e se presta a girar a roda da história para trás – e não para a frente, como já previra Marx (2012) ao comentar a ação política de estratos médios no Manifesto Comunista. Algo um tanto evidente no caso brasileiro, em que Bolsonaro é carregado nos ombros pelo sujeito médio ressentido com pequenos avanços que prejudicaram a estabilidade de seu status (SCERB, 2021, p.355).

Este conjunto de fatores, aliado a uma tendência global de ascensão de líderes autocratas e liberais conservadores, somado ao apoio de setores importantes do mercado, levaram à eleição do ex presidente Jair Messias Bolsonaro (PL), que venceu a disputa contra Fernando Haddad (PT), em 2018. Cabe ressaltar que, nessa época, Lula já tinha sido declarado inelegível pelo TSE, a partir da decisão em segunda instância do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), que manteve a condenação do petista por corrupção passiva e lavagem de dinheiro no processo que investigou a compra e a reforma de um apartamento triplex no Guarujá, litoral de São Paulo.

Além disso, outros acontecimentos políticos foram importantes para a ascensão da nova direita brasileira que levaram a eleição de Bolsonaro em 2018. Dentre eles, três merecem destaque: a formação dos contra-públicos digitais, as intensas jornadas de manifestações políticas em junho de 2013 e o impeachment da ex presidente Dilma Rousseff, em 2016.

O sentido de contra-público de direita foi mobilizado pela pesquisadora Dra. Camila Rocha, que considerou os argumentos da Teoria Crítica do crítico literário Michael Warner e dos cientistas sociais John Downey e Natalie Fenton, além de uma série de pesquisas empíricas oriundas da área de estudos da comunicação e internet. Esta associação converge com relação ao entendimento de que o conceito

de contra-público pode ser utilizado para compreender a atuação de grupos que não defendem, ou são contrários, à expansão de direitos de populações subalternas na esfera pública, incluindo grupos de direita (ROCHA, 2019, p. 24).

A compreensão de contra-público proposta por Downey e Fenton é essencialmente relacional e conjuntural. Partindo do pressuposto que a esfera pública não se reduz e nem é uma expressão completa da sociedade civil, mas sim de que uma esfera pública política ética depende de uma organização favorável da sociedade civil, e não de sua mera existência ou dinamismo. Assim, os autores consideram que a expressão de grupos marginalizados que se opõe ao status quo não representam necessariamente uma resistência à dominação capitalista exercida pela mídia *mainstream*, ou mesmo que tais grupos apresentem algum tipo de resistência, esta não coaduna necessariamente com o avanço de ideais democratizantes. Dessa forma, diferentes contra-públicos poderiam defender os mais diversos projetos a depender da conjuntura, das oportunidades existentes, das alianças realizadas com outros públicos e modalidade de publicidade (ROCHA, 2019, p. 28).

A agenda de pesquisa proposta por Downey e Fenton a respeito da contrapublicidade digital foi ancorada teoricamente em uma série de estudos empíricos a respeito da atuação de contra-públicos conservadores e/ou de direita publicados nos últimos anos. Entre estes estão, por exemplo, investigações sobre: a formação de um contra-público feminino antisufragista em 1917, nos Estados Unidos, a partir de um movimento de mulheres progressistas contra a ampliação do direito ao voto (Maddux, 2004); a influência na esfera pública de discursos extremistas veiculados na internet a respeito de imigrante ilegais em um condado do Estado da Virgínia dos Estados Unidos (Gring-Pemble, 2012); a contrapublicidade digital na Alemanha exercida por meio das seções dedicadas aos comentários dos leitores em sites de notícias mantidos por agências ligadas à mídia *mainstream* (Toepfl; Piwoni, 2015); a polarização entre céticos e defensores da mudança climática que passou a ocorrer em meios digitais na Alemanha (Kaiser; Puschmann, 2017); a atuação de pretensos contra-públicos formados por evangélicos conservadores na Inglaterra que passaram a disputar em tribunais de justiça o discurso sobre a universalidade dos direitos humanos (McIvor, 2018); e a formação de um contra-público de apoiadores da candidatura de Donald Trump para a presidência dos Estados Unidos (Thimsen, 2018). Há também a experiência de

grupos de direita não extremista que podem ser abarcados na contra-publicidade, como a formação de uma direita alternativa nos Estados Unidos, os *alt-right*, nos moldes descritos pelo cientista político George Hawley (2017); as redes de apoiadores do movimento *Tea Party*, bem descrita por Vanessa Williamson, John Coggin e Theda Skocpol (2011), Arlie Hochschild (2016) e Freya Thimsen (2018) (ROCHA, 2019, pgs. 30-34).

A utilização de veículos digitais para as dinâmicas de interação e organização destas agendas foi essencial, a medida em que internet passou a ser acessível para maiores parcelas da população e que diversos grupos passaram a utilizá-la, tanto para desencadear ciclos de protesto ou dinâmicas de resistência contra regimes autoritários quanto para desencadear dinâmicas de apoio pró *establishment* ou campanhas e manifestações para retirada de direitos já garantidos. A utilização da internet para organização dos contra-públicos, todavia, não deve ser entendida de maneira puramente instrumental, na medida em que o próprio funcionamento da internet e seu modelo de negócios – sobretudo das redes sociais – propicia um ambiente favorável para o surgimento deste tipo de agenda, na medida em que os monopólios tecnológicos inviabilizam a descentralização da circulação de informações, exploram economicamente a atenção das pessoas e a subjetividade que suas interações produzem, os seus dados pessoais e capturam um debate público especialmente sensível.

Estudos recentes sobre tecnologia, democracia e capitalismo demonstram o elevado nível de vigilância governamental e tratamento indevido de dados pessoais por governos e empresas, para utilização nos mais variados fins, inclusive para influenciar resultados eleitorais; conferindo maior assertividade para o argumento de viés focaultiano de que a sociedade conectada digitalmente estaria se tornando cada vez mais uma sociedade de controle (SILVEIRA, 2011). Este fenômeno pode ser compreendido através do capitalismo de vigilância, tese sustentada pela Shoshana Zuboff, em seu livro “A era do capitalismo de vigilância”, lançado em 2018. O capitalismo de vigilância pode ser compreendido como um regime, uma ordem econômica, contrário às bases da civilização liberal, sendo uma mutação do capitalismo da informação. Para Andrei Koerner, o capitalismo de vigilância instaura o poder instrumental sobre os nossos sentimentos e formas de vida, eliminando nossa autonomia e livre vontade:

Ele [o capitalismo de vigilância] é distinto do totalitarismo, pois é operado por empresas, adota meios de modificação *soft* dos comportamentos, e sua finalidade é o lucro. Ele se afasta do capitalismo de mercado porque pretende a informação total e a certeza sobre comportamentos e processos sociais, quebra as reciprocidades entre empresas, empregados e consumidores, e projeta um novo coletivismo com exclusão social, exploração do trabalho precário e indiferença radical em relação à sociedade. Seria um golpe a partir de cima, dirigido contra o mercado, que impôs unilateralmente o controle do conhecimento e declarou sua própria legitimidade. Uma tirania que se alimentaria das pessoas e que implicaria a obliteração da política (KOERNER, 2021, p. 2)

Assim, Camila Rocha propõe a leitura do contra-público de direita conservadora no Brasil, que surge a partir de identidade coletivas que reforçam o sentimento de pertencimento e ajudam a promover a união entre pessoas que se sentem marginalizadas em públicos dominantes. Nessa perspectiva, a autora conclui que:

Ainda que grupos de direita, historicamente, façam parte do establishment junto à sociedade civil e ao sistema político, conjunturas políticas específicas podem fomentar o surgimento de atores de direita que são *anti-establishment*, seja porque o Estado passou a ser ocupado por partidos ou movimentos de esquerda ou centro esquerda, seja porque tais atores não se sentem mais representados pelos grupos de direita que estão no poder. Inclusive, processos de democratização da esfera pública que proporcionam um crescimento cada vez maior de contra-públicos a partir da popularização da internet, não incidem apenas em população subalternas com programas reformistas. Deste modo, populações que não são subalternas e/ou defendem pautas política de direita, e cujos vínculos com a ordem estabelecida, por uma série de razões, podem não ser fortes o suficiente para que suas demandas sejam acolhidas por este, podem sentir-se marginalizadas e impelidas a formarem contra-públicos (ROCHA, 2019, p. 34).

O contra-público digital de direita foi se desenvolvendo a partir do escândalo do “mensalão”, em 2005 – episódio que marca o início do antilulismo e antipetismo enquanto força organizadora do campo político –, aliado a possibilidade de organização através de fóruns digitais, especialmente a partir da rede social Orkut. Ainda assim, nesta época, a popularidade do petista era grande e Lula se reelegeu em 2006, auxiliando sua sucessora, Dilma Roussef (PT), a se eleger a primeira mulher presidente do Brasil, no ano de 2010. Aos poucos, as ruas foram sendo ocupadas pelos descontentes com o lulismo e com a pretensa política de conciliação

e de bem-estar social, durante os anos de 2011 e 2012. Mas foi durante as manifestações de junho de 2013 que grupos de direita “começaram a perder a vergonha de se assumir como tal e passaram a dividir a mesma avenida com a esquerda, promovendo um encontro inusitado” (ROCHA, 2019, p. 112).

As intensas manifestações de rua, posteriormente conhecidas como as jornadas de junho – que seguem em uma intensa disputa de narrativas sobre sua intencionalidade, apoio e desdobramentos – acabaram provocando o início de uma crise política que foi se agravando com o declínio da economia e com os desdobramentos da operação lava-jato expostos incansavelmente na mídia. Mas, conforme aponta Rocha, foi na reeleição de Dilma Roussef, em 2014, que a nova direita começou a se materializar de fato, nos primeiros protestos pró impeachment:

Logo após o primeiro pico de mobilização atingido pela Campanha Pró-Impeachment, em março de 2015, jovens e militantes até então desconhecidos, oriundos dos contra-públicos digitais, passaram a angariar influência junto a públicos dominantes e, em nas eleições de 2016 alguns militantes se candidataram a cargos legislativos. Neste momento o fenômeno da direita envergonhada passou a ser algo do passado, no entanto, a nova direita em formação ainda continuava a ser constituída por diferentes forças políticas que não haviam se unificado sob um único projeto, o que ocorreria apenas a partir das eleições de 2018, quando formou-se uma frente ampla, ultraliberal- conservadora, em torno da campanha à presidência de Jair Bolsonaro (ROCHA, 2019, p. 112)

Uma das características mais marcantes do desenvolvimento e crescimento da nova direita conservadora é o modo descentralizado de organização de seus militantes que, sem dispor de grandes recursos iniciais, conseguiram aliar o uso intensivo das redes sociais na internet e a presença crescente nas ruas para expor sua agenda ultraliberal e conservadora, mobilizando intensamente os discursos de anticorrupção e do antipetismo, que já circulavam nos contra-públicos digitais desde o escândalo do mensalão. A despeito desta forma de organização mais descentralizada, Rocha pontua:

Este modo de organização mais descentralizado, no entanto, não é sinônimo de falta de profissionalização, pelo contrário. Os militantes que passaram a atuar a partir dos contra-públicos digitais se profissionalizaram por meio de cursos de formação política e treinamento específicos oferecidos por organizações norte-americanas, como a *Atlas Network*, o *Cato*, entre outras. Além disso [...] também passaram a adotar formas de intervenção na esfera pública completamente diferentes das adotadas pelas gerações anteriores

de defensores do livre-mercado, como atos e protestos de rua voltados para a conquista de corações e mentes de pessoas comuns, sedimentando sua atuação para além da internet e da discussão de políticas públicas com formadores de opinião (ROCHA, 2019, p. 154).

Estes foram alguns dos acontecimentos sociais, institucionais, jurídicos e políticos que levaram a eleição de Bolsonaro em 2018. Notadamente, o discurso de Bolsonaro e seus aliados pode ser compreendido como um ato performativo dotado de racionalidade própria e com interesses bem delimitados: a de reforçar, através do discurso, duas identidades distintas na sociedade brasileira, e que devem, necessariamente, entrar em conflito. Uma destas identidades pode ser representada pela ala cristã conservadora, associada a política de defesa do capitalismo de livre mercado, esta, “nós”; e a outra, “eles”. Através do reforço destas identidades coletivas e de inúmeras mudanças na estrutura de oportunidades políticas que criam momentos mais propícios para ação de determinados grupos (ROCHA, 2019), a nova direita conservadora brasileira se fortaleceu e se consolidou enquanto campo político e ideológico, se tornando protagonista da polarização política das eleições de 2022 e ocupando a maior bancada do Congresso Nacional.

3.2.2 A disputa conceitual pela liberdade de expressão durante o governo Bolsonaro e durante as eleições de 2022

Os quatro anos de governo Bolsonaro podem ser analisados como um período de inúmeros retrocessos no âmbito das garantias e das políticas de proteção aos direitos humanos; de recessão na economia e da má gestão da pandemia do COVID-19, todavia, neste trabalho, focar-se-á nos retrocessos em relação a agenda de expressão e de acesso à informação.

Dentre os ataques à liberdade de expressão através do uso abusivo do aparato judicial, podemos destacar o aumento do assédio judicial contra jornalistas, tendo sido contabilizados 15 casos ao longo de 2022, com uma maior concentração entre os meses de junho a outubro, de acordo com Relatório Violência contra Jornalistas (FENAJ, 2023). Ainda, o relatório também indica que foram registrados 376 casos de agressões a jornalista e veículos de comunicação no Brasil, o que equivale a praticamente um caso por dia. Este número já vinha crescendo exponencialmente

desde 2018, atingindo seu ápice em 2022. Desde 2018, o Brasil caiu cinco posições, para a 110ª entre 180 países, no índice de liberdade de expressão da organização Repórteres Sem Fronteiras, que destacou que Bolsonaro "ataca periodicamente jornalistas e mídia em seus discursos" (RSF, 2022).

Na mesma linha é a pesquisa qualitativa produzida pelo Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação, que analisou 110 casos emblemáticos de violações à livre expressão entre junho de 2019 e fevereiro de 2022, muitos deles protagonizados pelo próprio ex-presidente. O relatório demonstra que os jornalistas, comunicadores sociais, veículos e meios de comunicação foram as maiores vítimas de censura, totalizando 54 denúncias, seguidas das manifestações artísticas e dos protestos, manifestações sociais e organizações políticas, com 14 e 13 denúncias cada, respectivamente. Destacam-se os agentes censores de cada violação que, em sua maioria, tiveram como agentes cerceadores órgãos públicos ou agentes públicos (FNDC, 2022, p. 6)

Do ponto de vista da desinformação orquestrada, foi possível perceber que, durante o governo Bolsonaro, o compromisso com a transparência foi decrescente, essencialmente em dois pontos: a infraestrutura garantidora do direito à informação e o compartilhamento de dados à população. Sendo o primeiro um grande alvo de desinvestimento, com cortes bruscos nos orçamentos de instituições como o IBGE, INEP e DATASUS. Em relação ao segundo, se multiplicaram instâncias em que o Governo Federal deixou de fornecer informações e documentos públicos absolutamente essenciais para a fiscalização do seu trabalho, em direta violação à Lei de Acesso à Informação, além do uso abusivo de sigilos específicos. Um dos expoentes desta política de desinformação foi o apagão de dados sobre a COVID-19, que se repetiu em momentos distintos (ARTIGO 19, 2022). No campo da promoção dos direitos sexuais e reprodutivos, o Ministério da Saúde lançou, em 2022, a cartilha "Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento", com texto desinformativo sobre aborto legal no Brasil, ao pontuar, diversas vezes, que:

Não existe aborto legal como é costumeiramente citado, inclusive em textos técnicos. O que existe é o aborto com excludente de ilicitude. Todo aborto é um crime, mas quando comprovadas as situações de excludente de ilicitude após investigação policial, ele deixa de ser punido, como a interrupção da gravidez por risco materno. O acolhimento da pessoa em situação de aborto previsto em lei deve ser realizado por profissionais habilitados (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2022, p. 23)

Esta cartilha, aliada a outros atos do Governo Federal, como a Portaria GM/MS nº 2.561/2020 (NACIONAL, 2020) que indicava a necessidade de o médico comunicar o aborto à autoridade policial responsável, ou ainda, a entrada do Brasil na Declaração do Consenso de Genebra – aliança conservadora sobre direitos sexuais e reprodutivos, que fortalece o “papel da família” e nega qualquer possibilidade de interrupção de gravidez – evidenciam a política de caráter conservador e de retirada de direitos, sobretudo as políticas de promoção de direitos humanos. O Governo Federal, logo nos primeiros dias de mandato, retirou do site do Ministério da Saúde, cartilha sobre saúde da população trans, em explícito ataque ao acesso à informação de pessoas historicamente oprimidas (EXAME, 2019).

Em janeiro de 2023, o Ministério de Saúde revogou a Portaria GM/MS nº 2.561/2020 e outras cinco portarias que versavam sobre a matéria, em contrariedade às resoluções do Sistema Único de Saúde, além da saída do Brasil do Consenso de Genebra, a partir da pressão e do acúmulo de informação da sociedade civil e de organizações feministas, que serviram de referência para o Governo de Transição (GENEROENUMERO, 2023).

A desinformação orquestrada também atingiu as instituições, sobretudo a justiça eleitoral e o próprio processo eleitoral. Segundo o relatório “Desinformação on-line e contestação das eleições: quinze meses de postagens sobre fraude nas urnas eletrônicas e voto impresso auditável no Facebook” (FGV, 2022) produzido pelo projeto Democracia Digital – FGV ECMI, entre novembro de 2020 e janeiro de 2022, foram localizadas 394.370 postagens sobre fraude nas urnas eletrônicas e voto impresso auditável, publicadas por 27.840 contas, entre páginas, perfis pessoais e grupos públicos. Entre as doze contas que concentram o maior volume de interações – a partir de 1 milhão cada – nas postagens no Facebook sobre fraude nas urnas e voto impresso, o perfil oficial do ex presidente Jair Bolsonaro foi um dos seus principais porta-vozes, junto com outros representantes eleitos apoiadores dele, como a ex deputada federal Carla Zambelli (PSL-SP), com com 1.576 publicações em 15 meses.

O sistema público de acesso à informação também foi enfraquecido durante o governo Bolsonaro, através de ações deliberadas do Governo Federal ao defender o sigilo de certas informações, sob a alegação de que seriam informações pessoais ou ainda, por “risco político” (ESTADAO, 2021). A Lei de Acesso à Informação (LAI),

todavia, não admite critério político para concessão de informações nem filtros relacionados a conveniências de governos. O artigo 32 da LAI define como condutas ilícitas do agente público se recusar a fornecer informação requerida, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa, bem como “ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo” (L12527).

Ainda na perspectiva do acesso à informação, pesquisa da Transparência Brasil revelou que dos 513 pedidos de acesso à informação via LAI equivocadamente negados por sigilo de 100 anos registrados de 2015 a 2022, 80% ocorreram durante a gestão do ex-presidente. O relatório demonstra que houve uso abusivo do artigo 31 da LAI para decretação de sigilo de 100 anos, e todos os casos analisados “eram de claro interesse público e sem relação com a intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas” (TRANSPARÊNCIA BRASIL, 2022, p. 3).

Em maio de 2023, Bolsonaro foi condenado em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a pagar R\$ 50.000 reais por dano moral coletivo a jornalistas, por ter afrontando a imagem e honra da categoria indistintamente durante seu mandato (G1, 2023).

Este contexto de violações à liberdade de expressão e de imprensa, de desinformação orquestrada por autoridades do governo, de repressão às manifestações e de ataques à expressão de grupos historicamente marginalizados perdurou pelos 4 anos de mandato, ganhando ainda mais intensidade na medida em que o período eleitoral se aproximava. Este cenário político institucional, aliado a extrema polarização política na sociedade brasileira, deixou o clima de 2022 em alta tensão desde o início do período eleitoral, instando os Tribunais Superiores a lidar com inúmeras controvérsias sobre liberdade de expressão e sobre a defesa da própria democracia e das instituições.

No Supremo Tribunal Federal, inúmeras decisões de conflitos de liberdade de expressão ganharam repercussão nacional. O inquérito nº 4781, conhecido como “inquérito das fake news”, foi o primeiro de uma série de inquéritos destinados a investigar discursos e atos entendidos como antidemocráticos, no contexto de intensa polarização política e crise das instituições. O inquérito das fake news, instaurado de ofício pelo STF, teve como objetivo investigar a existência de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares, além

de buscar qual a origem de financiamento do sistema de desinformação. O inquérito foi proposto pelo Ministro Dias Toffoli em março de 2019 e tem relatoria de Alexandre de Moraes. Buscava investigar autoridades que, com frequência, utilizavam suas redes sociais para atacar as instituições e os ministros do STF, chegando a defender uma intervenção das Forças Armadas no órgão, com o uso intensivo de propagação de notícias falsas e financiamento de perfis para manipular a opinião pública a respeito da integridade das instituições democráticas. Entre os investigados, destacam-se o ex-deputado federal Roberto Jefferson e ativistas de extrema direita, como Rafael Moreno, que participa do Movimento Brasil Monarquista.

Em junho de 2022, o STF determinou a inclusão do Partido da Causa Operária (PCO) no inquérito nº 4781, após o partido ter feito uma série de ataques ao Supremo por meio de suas redes sociais. Nas publicações, o partido já defendeu, por exemplo, a dissolução do STF e chamou o ministro Alexandre de Moraes de “skinhead de toga”, e o acusou de “preparar um golpe” nas eleições (CNN, 2022). O Supremo determinou que fossem bloqueados os perfis do PCO em Facebook, Instagram, Telegram, Twitter, YouTube e TikTok, com multa diária de R\$ 20.000 reais em caso de descumprimento.

O PCO, em suas redes sociais, postou o seguinte: “em sanha por ditadura, skinhead de toga retalha o direito de expressão, e prepara um novo golpe nas eleições. A repressão aos direitos sempre se voltará contra os trabalhadores! Dissolução do STF”, além de inúmeras publicações incitando a luta pela dissolução total do tribunal e pela eleição dos juízes com mandato revogável, a partir da compreensão política de que o STF seria um tribunal criado para defender a burguesia e seus interesses (JOTA, 2022). Enquanto um partido de extrema esquerda, as alegações de protesto do PCO e de ataque às instituições burguesas, de maneira genérica, parecem representar exercício legítimo do direito de expressão política e de manifestação, porquanto representam a oposição ao governo de situação, e deveriam gozar de proteção especial, sobretudo em período eleitoral. Assim é o entendimento consolidado da CIDH e da Corte IDH. Owen Fiss também reitera que as eventuais intervenções estatais à liberdade de expressão devem ser realizadas na ótica de ampliação do debate, a fim de qualificar e diversificar o discurso, além de garantir que todos os grupos possam participar da discussão ao acessar e compartilhar informações e ideias com terceiros. Apenas assim se formará um desinibido, robusto e amplamente aberto debate público.

Nesse caso, as duras críticas do PCO ao STF não merecem ser alocadas no mesmo conjunto de ameaças ao Estado de Direito e de incitação à violência física contra ministros, por, ao menos, três razões: i) os discursos proferidos pelo partido constituem críticas contundentes ao sistema capitalista e ao funcionamento das instituições, em acordo com a sua posição político ideológica partidária, por ser um partido de extrema esquerda e, portanto, protegidos pelo sistema de liberdade de expressão; ii) os discursos veiculados nas redes sociais do partido não possuem o alcance necessário para gerar a suposta incitação à abolição ao Estado Democrático de Direito, sendo o menor partido político no que se refere a número de filiados, ao todo, somam 4.780 pessoas (TRE-GO, 2023), tampouco reúnem-se evidências de que o partido faria parte de um sistema maior de disseminação de fake news; e iii) os discursos da oposição, assim como de jornalistas e comunicadores, merecem especial proteção ao direito de expressão, haja vista cumprirem um papel especificamente importante frente a formação da opinião pública.

Na mesma linha foi o inquérito nº 4828, conhecido como o inquérito dos atos antidemocráticos, que buscava investigar a organização de atos antidemocráticos que tinham como objetivo desestabilizar as instituições, notadamente o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. Especificamente, para identificar os organizadores e financiadores de manifestações realizadas em abril de 2019 que pediam o fechamento do Congresso e do STF, além do retorno da ditadura militar. O inquérito foi instaurado em abril de 2020 a pedido do então procurador-geral da República, Augusto Aras, para apurar condutas que, em tese, configurariam os delitos previstos nos artigos 16, 17 e 23 da Lei 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional), que fora revogada pela Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021, que estipula os crimes contra o Estado Democrático de Direito. Dentre os investigados, destacavam-se aliados de Bolsonaro, inclusive seus filhos, o ex-secretário de Comunicação Fábio Wajngarten, o blogueiro Allan dos Santos e o empresário Otávio Fakhoury, além de outros 10 parlamentares. Em junho de 2021, o Ministro Alexandre de Moraes acolheu o pedido da Procuradoria Geral da República (PGR) e determinou o arquivamento do feito. Na mesma decisão, entretanto, determinou a abertura de novo inquérito para o prosseguimento de investigações de outros eventos, diante da presença de indícios e provas da existência de organização criminosa com a nítida finalidade de atentar contra a democracia e o Estado de Direito, o que então se tornaria o inquérito das milícias digitais.

O inquérito nº 4874, conhecido como “inquérito das milícias digitais”, foi instaurado em julho de 2021, a partir de indícios e provas da existência de uma organização criminosa, com forte atuação digital, que se articulava em diversos núcleos – político, de produção, de publicação e de financiamento –, com a finalidade de atentar contra a democracia e o Estado Democrático de Direito no país. A partir da suspeita que a organização criminosa se desenvolve através de uma rede virtual de apoiadores que atuam, de forma sistemática, para criar ou compartilhar mensagens que tenham por mote final a derrubada da estrutura democrática e suas instituições. Os investigados, em sua maioria, são os mesmos do inquérito dos atos democráticos, como o blogueiro Allan dos Santos e deputados como Eduardo Bolsonaro (PSL-SP), Bia Kicis (PSL-DF), Daniel Silveira (PSL-RJ), Paulo Martins (PSC-PR) e Caroline de Toni (PSL-SC), além de grandes empresários ligados ao bolsonarismo. Foi a partir desta investigação que o ex-deputado Roberto Jefferson foi preso, em 13 de agosto de 2021, atendendo ao pedido da Polícia Federal. A prisão preventiva foi decretada a partir dos indícios de materialidade e autoria dos crimes de difamação (art. 139 CP), calúnia (art. 138 CP), injúria (art. 140 CP), apologia ao crime ou a criminoso (art. 287 CP), incitação ao crime (art. 286 CP), associação criminosa (art. 288 CP), denúncia caluniosa (art. 339 CP), além de 3 delitos previstos na Lei de Segurança Nacional e 1 previsto no Código Eleitoral, isto pois o ex-deputado pleiteou, por diversas vezes, em suas redes sociais, o fechamento do STF e a cassação dos mandatos dos ministros, incitando violência física contra os mesmos, além de propagar ataques ao Congresso Nacional e às eleições. No mandado de prisão, o STF foi categórico ao referir que:

[...] a Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, artigos 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação dos Poderes (CF, artigo 60, §4º), com consequente instalação do arbítrio [...].

A Procuradoria Geral da República, por sua vez, alegou, em nota pública, que a prisão de Jefferson representaria uma censura prévia à liberdade de expressão (G1, 2021). O ex-deputado foi preso em regime fechado e, após alguns meses, passou a cumprir a pena em prisão domiciliar. Jefferson retornou ao sistema penitenciário por decisão do Supremo, em outubro de 2022, por descumprir as medidas cautelares

impostas, dentre elas, a de não postar em suas redes sociais. No entanto, o ex-deputado seguiu com as postagens em suas redes sociais atacando os ministros do STF e as instituições democráticas. Na operação, em sua casa, o ex-deputado resistiu e disparou mais de 50 tiros de fuzil na direção da viatura da Polícia Federal, além de ter lançado três granadas contra as autoridades (G1, 2022).

A partir do andamento do inquérito nº 4874, a Polícia Federal, em agosto de 2022, representou pela busca e apreensão de aparelhos celulares dos 8 empresários investigados – Luciano Hang, Afranio Barreira Filho, Jose Isaac Peres, Jose Koury Junior, Ivan Wrobel, Marco Aurélio Raymundo, Luiz André Tissot e Meyer Joseph Nigri – com fundamento em matéria jornalística publicada no site Metrôpoles, que indicava que empresários ligados à direita estariam defendendo de forma ostensiva, em grupo no whatsapp, atos para abolir o Estado de Direito, caso Lula ganhasse as eleições. De acordo com a reportagem, muitos dos integrantes do grupo realizam ataques sistemáticos ao STF e ao TSE (METROPOLES, 2022). A suspeita é que os empresários estavam relacionados ao financiamento dos atos antidemocráticos que estavam sendo apurados nos inquéritos. Na decisão do Supremo Tribunal Federal que autorizou a operação, consta, *in verbis*:

É importante ressaltar que o modus operandi identificado nos Inqs. 4.781/DF, 4.828/DF e 4.874/DF revela verdadeira estrutura destinada à propagação de ataques ao Estado Democrático de Direito, ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao Tribunal Superior Eleitoral, além de autoridades vinculadas a esses órgãos, com estratégias de divulgação bem definidas. Essas condutas, de elevado grau de periculosidade, se revelam não apenas como meros “crimes de opinião”, eis que os investigados, no contexto da organização criminosa sob análise, funcionam como líderes, incitando a prática de diversos crimes e influenciando diversas outras pessoas, ainda que não integrantes da organização, a praticarem delitos. Além disso, o poder de alcance das manifestações ilícitas fica absolutamente potencializado considerada a condição financeira dos empresários apontados como envolvidos nos fatos, eis que possuem vultosas quantias de dinheiro, enquanto pessoas naturais, e comandam empresas de grande porte, que contam com milhares de empregados, sujeitos às políticas de trabalho por elas implementadas. Esse cenário, portanto, exige uma reação absolutamente proporcional do Estado, no sentido de garantir a preservação dos direitos e garantias fundamentais e afastar a possível influência econômica na propagação de ideais e ações antidemocráticas (PET 10.543/DF, DECISÃO, pgs. 18-19)

Nesse sentido, o relator, ministro Alexandre de Moraes, determinou a busca e apreensão dos celulares dos 8 empresários, bem como o afastamento de sigilo

bancário desde 1º de janeiro de 2020, o afastamento do sigilo telemático e o bloqueio de suas respectivas redes sociais, sob pena de multa diária aos provedores em caso de descumprimento. A decisão também refere que tais medidas se fazem necessárias, adequadas e urgentes, diante da “possibilidade de utilização de recursos para o financiamento de atos ilícitos e antidemocráticos” e da “eventual propagação dos discursos com conteúdo de ódio, subversão da ordem e incentivo à quebra da normalidade institucional e democrática”.

A decisão que determinou a busca e a apreensão dos aparelhos telefônicos dos empresários foi fundamentada a partir de informações da coluna do jornalista Guilherme Amado, do jornal Metrôpoles, que publicou inúmeros prints de conversas privadas no WhatsApp dos empresários. A reportagem refere que os integrantes do grupo “Empresários & Política”, criado no ano de 2021, realizam ataques sistemáticos ao STF, ao TSE e a quaisquer pessoas ou instituições que se oponham ao ímpeto autoritário de Jair Bolsonaro. Em 31 de julho de 2022, um dos empresários do grupo, José Koury, proprietário do shopping Barra World e com extensa atuação no mercado imobiliário do Rio de Janeiro, defendeu que preferiria uma ruptura à volta do PT. Segundo o colunista, a desconfiança em relação as urnas eletrônicas seria outra constante no grupo (METRÓPOLES, 2022). Notícias essas que, sozinhas, não reúnem indícios suficientes para a investigação dos empresários como possíveis financiadores dos atos antidemocráticos, tampouco se enquadrariam na hipótese de participação do sistema de disseminação em massa de conteúdos falaciosos sobre o processo eleitoral e as instituições.

Em 22 de agosto de 2023, Moraes determinou o arquivamento das apurações em relação aos empresários José Isaac Peres (Multiplan), Ivan Wrobel (W3 Engenharia), José Koury (Barra World Shopping), André Tissot (Grupo Sierra), Marco Aurélio Raimundo (Mormaii) e Afrânio Bandeira (Coco Bambu) pois, durante as investigações, foi considerado que os empresários não passaram dos limites de manifestação interna do grupo de whatsapp, sem exteriorização que os tornasse formadores de opinião de outras pessoas. As apurações sobre Meyer Nigri (Tecnisa) e Luciano Hang (Havan) foram mantidas, haja vista necessidade de continuidade das diligências da Polícia Federal. Isto pois o relatório da PF encontrou existência de vínculo entre Meyer Nigri e o ex presidente Jair Bolsonaro, além da necessidade de avaliação do material apreendido no celular de Luciano Hang.

Ao mesmo tempo, em abril de 2022, o STF condenou o então deputado federal Daniel Silveira (PTB-RJ) a oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, por crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito e coação no curso do processo, no âmbito da ação penal nº 1044, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes. Para a maioria do Plenário, as declarações que motivaram a denúncia da Procuradoria-Geral da República (PGR) não foram apenas opiniões relacionadas ao mandato e, portanto, não estariam protegidas pela imunidade parlamentar. A Corte também entendeu que as alegações de Daniel Silveira não estavam protegidas pela liberdade de expressão, pois “a gravidade das intimidações teve potencial danoso relevante, especialmente porque foram disseminadas em ambiente virtual e amplamente divulgadas pela mídia e entre os seguidores de Silveira” (STF, 2022), com incitação à violência de forma explícita e ameaça contra os ministros do STF e contra às instituições.

Nas alegações finais do processo de Silveira, o vice-procurador-geral Humberto Jacques de Medeiros afirmou que: "na internet, declarações violentas como as do denunciado inspiram ataques a ministros do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, bem como às instituições, como por exemplo os havidos em 13 de junho de 2020 e, mais recentemente, os verificados nos dias que antecederam o último feriado da independência" e "é verdade que não são conhecidas ligações entre esses atentados e o denunciado, mas está claro que há semelhanças entre a sua retórica e a visão de mundo das pessoas que buscam intimidar, por meio de agressões, as atividades daqueles órgãos" (G1, 2021).

Estes inquéritos geraram grande repercussão midiática, inclusive entre veículos internacionais, como o jornal *The New York Times* que publicou matéria questionando o quão longe é possível que o STF vá para defender a democracia brasileira (NICAS, 2023). No Brasil, dois lados predominantes e antagônicos surgiram no debate público: de um lado, defensores da atuação do Supremo Tribunal Federal em salvaguarda da democracia e das instituições, sobretudo da postura do Ministro Alexandre de Moraes, que se mostrou combativo nos processos de apuração de atos e discursos antidemocráticos de extrema direita, de sistemas de desinformação e de seus possíveis financiadores e apoiadores. De outro, críticas contumazes ao Supremo e seus ministros, alegações de censura e de abusos por parte da Corte e, em especial, à postura do ministro Alexandre de Moraes. No desfile de 07 de setembro de 2021, o

próprio então presidente Jair Bolsonaro, em discurso, criticou amplamente o ministro e referiu que não mais obedeceria às ordens do STF:

Não se pode admitir que uma pessoa apenas, um homem apenas, turve a nossa democracia e ameace nossa liberdade. Dizer a esse ministro que ele tem tempo ainda para se redimir. Tem tempo ainda de arquivar seus inquéritos. Ou melhor, acabou o tempo dele. Sai, Alexandre de Moraes! Deixa de ser canalha! Deixa de oprimir o povo brasileiro, deixa de censurar o seu povo. Nós devemos sim, porque eu falo em nome de vocês. Para terminar, que todos os presos políticos sejam postos em liberdade (UOL, 2022).

Discursos como o de Bolsonaro se multiplicavam nas redes de apoiadores, de parlamentares e de ativistas de extrema direita, com disseminação de conteúdos contrários à postura do STF. Ao mesmo tempo, cresciam os discursos para desestabilizar a confiança na integridade do sistema eleitoral brasileiro, a partir de notícias falaciosas sobre o funcionamento das urnas eletrônicas e das instituições. Relatório elaborado pelo NetLab, grupo de pesquisa da Escola de Comunicação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), identificou a circulação de informações falsas no WhatsApp e Telegram que citam supostas "evidências" de que as urnas estariam sendo fraudadas (BBC, 2022).

Nesse ínterim, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) se tornou primordial para garantir a lisura do processo eleitoral e coibir a disseminação orquestrada de notícias falsas e de discursos discriminatórios e antidemocráticos. O TSE, por possuir função normativa, possui competência para editar resoluções que detalham e normatizam a legislação eleitoral, consolidando a jurisprudência e orientando os Tribunais Regionais Eleitorais (TRE) e juízes eleitorais de maneira uniforme.

4. ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL RESTRITIVAS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PERÍODO ELEITORAL DE 2022

Em 16 de agosto de 2022, o ministro Alexandre de Moraes e o ministro Ricardo Lewandowski tomaram posse como presidente do Tribunal Superior Eleitoral e vice-

presidente do Tribunal Superior Eleitoral, respectivamente, em evento que reuniu inúmeras autoridades, jornalistas, analistas políticos e acadêmicos. Em seu discurso, enfatizou a integridade do processo eleitoral e da justiça eleitoral, dos valores democráticos, dos princípios republicanos e da soberania popular. A liberdade de expressão e de informação ganhou destaque em seu discurso, aliado ao direito de voto, com a observância do sigilo garantido pelas urnas eletrônicas e da possibilidade do eleitor receber todas as informações possíveis dos candidatos, sem sofrer qualquer tipo de coação ou intimidação no exercício deste direito. Destacou que a livre circulação de ideias visa fortalecer o Estado Democrático de Direito e o pluralismo e, por este motivo, a intervenção da justiça eleitoral deve ser mínima, com preponderância da liberdade de expressão. Em relação às restrições à liberdade de expressão, consagrou:

[...] a liberdade de expressão não é liberdade de agressão, liberdade de expressão não é liberdade de destruição da democracia, de destruição das instituições, de destruição da dignidade e da honra alheias. Liberdade de expressão não é liberdade de propagação de discursos de ódio e preconceituosos. A liberdade de expressão não permite a propagação de discursos de ódio e de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado de Direito, inclusive durante o período de propaganda eleitoral, uma vez que a liberdade do eleitor em escolher seu candidato e sua candidata depende da tranquilidade e da confiança nas instituições democráticas e no próprio processo eleitoral. A intervenção da justiça eleitoral, como afirmei anteriormente, será mínima; porém, será célere, firme e implacável no sentido de coibir práticas abusivas ou divulgação de notícias falsas ou fraudulentas, principalmente daquelas escondidas no covarde anonimato das redes sociais, as famosas fakes news. Assim atuará a justiça eleitoral de modo a proteger a integridade das instituições, o regime democrático e a vontade popular [...] A democracia não é um caminho fácil, exato ou previsível, mas é o único caminho. A democracia é uma construção coletiva daqueles que acreditam na liberdade, daqueles que acreditam na paz, no desenvolvimento, na dignidade da pessoa humana, no pleno emprego, no fim da fome, na redução das desigualdades, na prevalência da educação e na garantia de saúde de todas as brasileiras e brasileiros. A democracia é uma construção coletiva de todos que acreditam na soberania popular e, mais do que isso, de todos que acreditam e confiam na sabedoria popular. Que acreditam que nós, nós todos,

autoridades do poder judiciário, do poder executivo, do poder legislativo, somos passageiros, mas as instituições devem ser fortalecidas, pois são permanentes e imprescindíveis para um Brasil melhor (JUSTIÇA ELEITORAL, 2022).

O evento foi encerrado com palmas catárticas do público, que o aplaudiram de pé. A partir do discurso do ministro Alexandre de Moraes, é possível constatar o comprometimento e empenho do Tribunal Superior Eleitoral em garantir não apenas a lisura do processo eleitoral, mas também em restaurar a confiança na justiça eleitoral, nas instituições e na democracia brasileira. Perante um contexto recheado de desafios e disputas de narrativas, o TSE, aliado ao STF, reforçou sua postura combativa aos atos e discursos que poderiam vir a ameaçar a integridade do processo eleitoral, às instituições, o Estado de Direito e o pluralismo.

Uma preocupação especialmente importante para o Tribunal foi a desinformação, sobretudo aquela propagada pelas mídias digitais, em um nítido sistema orquestrado de divulgação de notícias falsas ou fraudulentas para a formação da opinião no processo eleitoral. A centralidade das plataformas digitais na direção do debate público crescia a cada ano, aumentando a pressão sobre as empresas provedoras desses serviços e sobre as instituições, para que elas atuassem de forma mais incisiva para conter a viralização de conteúdos falaciosos. Em relatório sobre a Lei de Acesso à Informação (ARTIGO 19, 2022), a organização Artigo 19 afirma:

Embora o fenômeno das fake news tenha tomado proporções maiores nas eleições de 2018 e de 2022, já em 2010 podia-se encontrar uma agenda de “campanhas negativas” e desinformação online, em especial no Twitter, rede social na qual o posicionamento de Dilma sobre a questão do aborto teve grande repercussão negativa, o que foi visto como decisivo para levar a eleição para o segundo turno [...] Nos pleitos municipais em 2012, o Facebook passou a ser a principal ferramenta utilizada pelas candidaturas, sobretudo as “outsiders”, que se caracterizam como novas opções de voto, surfando na crise da antipolítica. Essa tendência seria reforçada nas eleições presidenciais de 2014, que, impulsionadas pelos escândalos de corrupção e pelas Jornadas de Junho de 2013, tornaram as redes sociais um enorme palanque político de radicalização de discursos. As eleições de 2014 também foram marcadas pelo uso de memes sobre política nas redes sociais, tanto reproduzidos por quem estava apoiando como em estratégias discursivas de campanhas políticas (ARTIGO 19, RLAI, pgs. 104-105).

A campanha eleitoral brasileira de 2018 foi a primeira campanha eleitoral majoritariamente realizada por redes sociais e aplicativos de mensageria privada, como o WhatsApp. Até então, o tempo de televisão das candidaturas e a verba utilizada nas campanhas eram tidos como fatores importantes para o resultado político das eleições (ARTIGO 19, 2022). Em 2018, esta realidade se transformou: o candidato Geraldo Alckmin (PSDB), embora tivesse 5 minutos e 33 segundos de propaganda eleitoral e acesso a 185,8 milhões de reais do fundo partidário, obteve apenas 4,76% dos votos no primeiro turno, porquanto o ex presidente Jair Bolsonaro, com apenas 8 segundos de propaganda eleitoral obrigatória, e acesso a uma quantia 20 vezes menor do fundo eleitoral, cerca de 9 milhões de reais, obteve 46,03% dos votos válidos no primeiro turno. No segundo turno, a campanha de Bolsonaro foi permeada por inúmeras viralizações de notícias falsas e uso intensivo de mídias sociais – inclusive das redes pessoais do próprio candidato Bolsonaro – para propaganda eleitoral. Levantamento da DAPP/FGV sobre redes sociais abertas demonstrou que a peça de fake news mais compartilhada das eleições versava sobre fraude nas urnas eletrônicas, e a segunda foi a que atribuía ao candidato Fernando Haddad a criação do chamado “kit gay”. Juntas, elas somam mais de 4 milhões de menções no Facebook e no Twitter entre 22 de setembro e 21 de outubro de 2018 (FGV DAPP, 2018, p. 38).

Na mesma linha foram as notícias falsas no pleito de 2022, em que grupos de extrema direita alinhados ao ex-presidente Jair Bolsonaro concentraram a produção e a circulação de desinformação sobre o processo eleitoral em múltiplas plataformas, entre setembro de 2022 e janeiro de 2023. O relatório “Eleições 2022, Desinformação e Ataques ao Sistema Eleitoral” da DAPP/FGV, a partir dos dados levantados no período de 29 de agosto de 2022 a 08 de janeiro de 2023, afirma que a extrema direita teve protagonismo do debate público nas redes, com mais de 8 vezes mais interações no Facebook, Instagram e Telegram, em comparação a ala progressista. Durante o período de análise, foram registradas 15 milhões de menções ao TSE e 20 milhões de menções ao STF no Twitter. Entre os ministros do Judiciário, menções ao presidente do TSE, Alexandre de Moraes, somaram mais de 9,5 milhões de tuítes. A pesquisa também indica uma alta mobilização de usuários bolsonaristas no aplicativo Telegram, devido ao alto poder de articulação de grupos políticos nessa plataforma para organização de eventos concretos, como os chamados à ação em manifestações contrárias à ordem constitucional e às instituições (FGV DAPP, 2023, pgs. 6-7; 31).

Foi nesse sentido que o STF banuiu temporariamente o aplicativo Telegram, em março de 2022, por descumprimento das medidas judiciais sobre a realização de diligências sobre perfis e contas apontadas como disseminadoras de informações falsas, além da ausência de representação legal no Brasil (STF, 2022).

À luz destes acontecimentos, o TSE, a cada nova eleição, elabora e publica uma série de resoluções que compilam e regulamentam a legislação sobre registro de candidaturas, propaganda eleitoral, financiamento de campanhas e prestação de contas de candidatos e partidos, organização das eleições e pesquisas eleitorais, diplomação dos eleitos, entre outros tópicos. As resoluções do Tribunal também abordam as condutas permitidas e vedadas durante o processo eleitoral. Antes de serem aprovadas em Plenário, as minutas são discutidas em audiência pública, para que a Justiça Eleitoral receba sugestões de partidos, de organizações e da sociedade civil (TSE, 2022). Não foi diferente no processo eleitoral de 2022. Ao todo, o Tribunal editou 37 resoluções, desde fevereiro de 2022. Dentre elas, merece destaque a resolução nº 23.714/2022, de 20 de outubro de 2022.

A resolução nº 23.714/2022 dispõe sobre o enfrentamento à desinformação atentatória à integridade do processo eleitoral, sendo vedado, 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” (art. 2º). A resolução prevê a remoção imediata de conteúdo que se enquadrar na hipótese do artigo 2º, sob pena de multa de R\$ 100.000 reais a R\$ 150.000 reais por hora de descumprimento, a contar da segunda hora após o recebimento da notificação. Entre a antevéspera e os três dias seguintes à realização do pleito, a multa incidirá a partir do término da primeira hora após o recebimento da notificação. A resolução também autoriza a Presidência do Tribunal determinar a extensão de decisão colegiada proferida pelo Plenário sobre desinformação para outras situações com conteúdos idênticos (art. 3). O artigo 4º, por sua vez, autoriza a determinação de suspensão temporária de perfis, contas ou canais mantidos em mídias sociais. Além disso, o artigo 5º, quiçá o mais rígido da resolução, prevê que: “havendo descumprimento reiterado de determinações baseadas nesta Resolução, o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral poderá determinar a suspensão do acesso aos serviços da plataforma implicada, em número de horas proporcional à gravidade da infração, observado o limite máximo de vinte e quatro horas.” O parágrafo único do artigo indica

que a cada descumprimento subsequente, será duplicado o período de suspensão da plataforma implicada. A resolução, por fim, prevê a vedação, desde quarenta e oito horas antes até vinte e quatro horas depois da eleição, a veiculação paga, inclusive por monetização, direta ou indireta, de propaganda eleitoral na Internet, em sítio eleitoral, em blog, em sítio interativo ou social, ou em outros meios eletrônicos de comunicação da candidata ou do candidato, ou no sítio do partido, federação ou coligação (art. 6º), em conformidade com o artigo 7º da Lei nº 12.034/09, com indicação de multa por hora de descumprimento.

O TSE também impulsionou o Observatório da Transparência, espaço criado em 2021 pelo Tribunal, para debater a ampliação da divulgação de todas as etapas do processo eleitoral. O Observatório é formado por instituições da sociedade civil e por organizações e instituições públicas e privadas com notória atuação nas áreas de tecnologia, direitos humanos, democracia e ciência política, atuando coletivamente para promover o conhecimento público sobre o sistema brasileiro de votação e resguardar a integridade do processo eleitoral. Medidas como essa se multiplicaram na sociedade civil organizada, sobretudo entre as organizações de direitos humanos e de comunicação popular, em um esforço conjunto que buscava frear a desinformação sobre o processo eleitoral com a veiculação de novas notícias, em formato acessível a todos os públicos, nas ruas e nas redes.

Apesar do nítido esforço do TSE em promover a transparência sobre o processo eleitoral e sobre a integridade das urnas eletrônicas, aliado as investigações nos inquéritos do Supremo que buscavam investigar os possíveis financiadores de atos e discursos antidemocráticos e falaciosos, o período de campanha eleitoral foi especialmente turbulento.

Faltando aproximadamente uma semana para o segundo turno, a direção de campanha de Bolsonaro ingressou com ação (petição cível nº 0601696-47.2022.6.00.0000) no TSE alegando que algumas emissoras de rádio do norte e nordeste tinham deixado de veicular sua propaganda eleitoral, em um nítido complô para beneficiar seu adversário, Lula, que supostamente teria mais intenções de voto na região. No pedido, anunciado publicamente em coletiva de imprensa em frente ao Palácio da Alvorada, a campanha de Bolsonaro solicitou a suspensão imediata das peças publicitárias de seu adversário (OGLOBO, 2022). Ao analisar a inicial, o presidente do Tribunal, Alexandre Moraes, abriu o prazo de 24 horas para que a campanha de Bolsonaro apresentasse provas e documentações sérias a respeito da

grave alegação, a fim de emendar a petição inicial. As supostas provas apresentadas pela campanha de Bolsonaro consistiam em grandes listagens genéricas de programação de rádios captadas pela internet (streaming), todavia, esta modalidade de transmissão de rádio via internet, não é obrigada por lei a veicular a propaganda eleitoral obrigatória. A ação foi extinta sem resolução de mérito por inépcia da inicial. Em decisão, o presidente do Tribunal, ministro Alexandre de Moraes, ainda determinou a expedição de ofício ao Procurador-Geral Eleitoral a fim de verificar possível cometimento de crime eleitoral com a finalidade de tumultuar o segundo turno do pleito em sua última semana, além de determinar a extração integral das cópias do processo para o inquérito nº 4874 do STF (decisão, p. 13).

Há dois dias para o segundo turno, a campanha de Lula denunciou ao TSE sobre supostas operações arbitrárias da Polícia Rodoviária Federal (PRF) em estradas do país, sobretudo na região nordeste, buscando obstaculizar as votações. A ação, de nº 0601800-39.2022.6.00.0000, solicitava a imediata paralisação das operações irregulares da PRF, bem como a aplicação de multa pessoal para o então ministro da Justiça, o Sr. Anderson Torres, e para o Diretor Geral da PRF, o Sr. Silvinei Vasques. O TSE, então, determinou a suspensão das operações da polícia, entretanto, os bloqueios não cessaram e novas denúncias foram realizadas no dia 30 de outubro, domingo de eleição, pela manhã. De acordo com a TV Globo, a maioria das operações realizadas pela Polícia Rodoviária Federal (PRF) no domingo de eleição aconteceu no Nordeste, com 272 ações ao todo (49,5%). No Norte, foram 59 (10,7%), 48 no Sudeste (8,74%), e 48 no Sul (8,74%) (G1, 2022). Assim, Moraes intimou o ex-diretor da PRF a comparecer presencialmente na sede do TSE para dar explicações sobre a motivação das operações e desbloquear as estradas imediatamente, sob pena de prisão em flagrante por crime de desobediência em caso de descumprimento (decisão ADPF 519, 2022, p. 19). As estradas foram desbloqueadas no começo da tarde de domingo e as eleições seguiram normalmente até seu encerramento, às 17h. Em entrevista coletiva no próprio dia 30 de outubro, o presidente do TSE, ministro Alexandre de Moraes, afirmou que as operações da PRF não impediram nenhum eleitor de chegar ao seu local de votação (CNN, 2022).

Estes acontecimentos foram trazidos para elucidar o cenário de instabilidade e polarização política e ideológica durante o período eleitoral de 2022, em um crescente de anos da mobilização da nova extrema direita brasileira e descrédito das instituições democráticas. Nesse contexto, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral foi crucial para

a garantia da lisura e da transparência do processo eleitoral, bem como para a garantia da diplomação dos eleitos e para a transição do poder.

A partir de agora, passar-se-á a análise de decisões do TSE durante o período eleitoral restritivas à liberdade de expressão; buscando compreender, portanto, se as referidas decisões foram adequadas, suficientes e proporcionais às garantias que se propôs defender, à luz das contribuições de Owen Fiss e do entendimento consolidado do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre o tema.

A decisão da representação nº 0601590-85.2022.6.00.0000, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, indeferiu pedido de resposta dos representantes Coligação pelo Bem do Brasil e Jair Messias Bolsonaro em face de propaganda eleitoral da Coligação Brasil da Esperança e Luís Inácio Lula da Silva, por suposta violação à honra e à imagem do então candidato Bolsonaro, em treze inserções veiculadas na propaganda dos representados em horário eleitoral gratuito de rádio, no dia 18 de outubro de 2022. Os trechos apontados como ofensivos são os seguintes:

Locutor: Bolsonaro finge defender o cidadão de bem, mas só anda com gente do mal. Flor de Lis, assassina do próprio marido. Guilherme de Pádua, assassino de Daniela Perez. Goleiro Bruno, matou a mãe do próprio filho. Gabriel Monteiro, abusador de menor. Dr. Jairinho, acusado de matar uma criança. Assassinos, milicianos, criminosos. Cuidado, esse é o time Bolsonaro.

Na inicial, a Coligação pelo Bem do Brasil alega que os representados valeram-se de fotos e declarações unilaterais de apoio entre o Presidente Jair Bolsonaro e condenados e acusados de crimes graves, especialmente praticados contra a vida humana, como estratégia publicitária de ofensa ao adversário, contribuindo para a desinformando do eleitor e injuriando o candidato representante, “sob a tortuosa ótica que este coadunaria com os crimes praticados pelos sujeitos indicados na propaganda, a ponto de integrá-los numa equipe que levaria seu próprio nome – Time Bolsonaro” (ID 158265113, p. 2). Alegam que a informação veiculada fora “gravemente manipulada e distorcida, tornando evidente a estratégia eleitoral de obtenção de vantagens por intermédio da difusão de desqualificação e ofensa à imagem do candidato adversário” (ID 158265113, p. 2).

Na defesa, os representados sustentam que a propaganda impugnada não está descontextualizada, tampouco apresenta aos eleitores fato sabidamente inverídico, havendo sido baseada em matérias jornalísticas, de conhecimento público da

população brasileira (ID 158277720, p. 7).

Em decisão, a relatora do caso, ministra Cármen Lúcia, refere que, embora o artigo 58 da Lei n. 9.504/1997 assegure o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, faz-se necessário que a afirmação caluniosa, injuriosa ou difamatória seja sabidamente inverídica, o que não se verificou no presente. Para o Tribunal, isso quer dizer que “a mensagem, para ser qualificada com sabidamente inverídica, deve conter inverdade flagrante que não apresente controvérsias” (Rp n. 0601513-18/DF, Relator Ministro Carlos Horbach, PSESS 5.10.2018), o que não se configurou no caso concreto. Isto demonstra, também, que fatos noticiados na mídia não embasam o pedido de direito de resposta, por não configurarem informação sabidamente inverídica (decisão, pgs. 4-5).

Para complementar a visão consolidada do TSE sobre a temática, a relatora traz à baila a doutrina de Aline Osorio, na página 5 da decisão:

A crítica política – dura, mordaz, espinhosa, ácida – é peça essencial ao debate democrático (...). (...) por meio da crítica à figura dos candidatos, os eleitores têm acesso a um quadro mais completo das opções políticas. Considerações a respeito do caráter, da idoneidade e da trajetória dos políticos não são indiferentes ou [ir]relevantes para o eleitorado e fazem parte do leque de informações legitimamente utilizadas na definição do voto (OSORIO, 2017. p. 228).

Nessa linha de entendimento, o reconhecimento do direito de resposta deve se dar como circunstância excepcional, preservando-se a lisura do processo eleitoral, o respeito ao direito do eleitor de informar, ser informado e escolher seus candidatos. As liberdades de expressão, de opinião e de imprensa devem ser respeitadas, pois a concretização do pluralismo de ideias, ainda que na forma de crítica ácida ou vigorosa, constitui um dos requisitos na dinâmica do processo democrático. Decisão esta que está em conformidade com a jurisprudência atualizada da Corte IDH e seus atos normativos e declarações, a fim de estender maior proteção a liberdade de expressão para as críticas da oposição e da sociedade como um todo às figuras públicas e aos candidatos, especialmente durante o período eleitoral.

No pedido de resposta nº 0601557-95.2022.6.00.0000, é possível perceber a linha tênue entre liberdade de expressão através da contundente crítica política e o discurso calunioso, que merece ser restringido. A ação foi proposta pela Coligação Pelo Bem do Brasil e Jair Messias Bolsonaro em face da Coligação Brasil da

Esperança, de relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, cuja ementa se lê abaixo:

ELEIÇÕES 2022. DIREITO DE RESPOSTA. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. TELEVISÃO. BLOCO. AFIRMAÇÃO QUE OFENDE A HONRA OBJETIVA E SUBJETIVA DE CANDIDATO. IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA DE CRIME. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. CONCESSÃO DE DIREITO DE RESPOSTA. AFIRMAÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE FAKE NEWS PELO CANDIDATO Oponente. DISCUSSÃO PRÓPRIA DO EMBATE ELEITORAL. POSSIBILIDADE DE DEFESA NA PRÓPRIA ARENA POLÍTICO-ELEITORAL. INTERVENÇÃO MÍNIMA DESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA. PARCIAL PROCEDÊNCIA.

A pretensão dos representantes consistia na obtenção de direito de resposta em decorrência de alegada veiculação de informações inverídicas e ofensivas em relação ao então candidato Jair Messias Bolsonaro, em que teria a ele sido imputadas a prática de crimes e a contumaz veiculação de fake news, além de mensagens negativas que supostamente possuíam o condão de ferir a honra objetiva e subjetiva do representante. Os trechos impugnados foram os seguintes, conforme transcritos na petição inicial (ID 158258923, p. 2-3):

[narrador] Lula foi o candidato mais votado da história. Foram 57 milhões de brasileiros que eles chamam de criminosos.
[reprodução de trecho de propaganda de Bolsonaro] Lula é o mais votado pelos criminosos.

[narrador] Quem tem amizade com criminosos e Bolsonaro, que sempre andou com milicianos, assassinos, **e hoje está ajudando a armar o crime organizado.**

[apoiador de Lula] Como e que uma pessoa se diz honesto ligada as milícias do Rio de Janeiro?

[apoiador de Lula] O cara que compra 51 imóveis com dinheiro vivo ne, **não tem outra palavra a não ser lavagem de dinheiro. Rachadinha.**

[apoiador de Lula] Ele fala que Lula e ladrão, mas **ladrão é ele e a família dele.**

[narradora] Você já deve ter recebido pelo zap muitas fake news de Bolsonaro contra Lula. Ele abusa da fé dos brasileiros com mentiras sobre fechar as igrejas, ideologia de gênero, sobre defender o aborto, e absurdos como esses dos banheiros unissex nas escolas.

[narrador] A mentiras de Bolsonaro tem um único objetivo: desviar a atenção dos reais problemas do nosso país, por conta de seu governo desastroso, como a fome, inflação alta, desemprego, desmonte na educação e na saúde, desmatamento e tantos outros.

[narradora] **Foi com mentiras e fake news que Bolsonaro se elegeu em 2018. Assim, ele conduziu também todo o seu governo, e agora, ele tenta enganar o povo mais uma vez nessa eleição.** Não é à toa que ele já foi condenado na justiça por mais de 30 fake news so nessa campanha.

[trecho de entrevista antiga de Bolsonaro] Fake news faz parte da nossa vida.

[narrador] Ainda bem que o brasileiro não acredita mais em Bolsonaro.

[apoiadora de Lula] E toda vez que ele abre a boca ele **destila ódio.**

[apoiadora de Lula] **Prega a arma, guerra,** não pode ser de Deus.

[narrador] **Continue atento porque ainda vem muita mentira por ai**, mas a verdade vai vencer.

Com efeito, a decisão da Justiça especializada não poderia permitir que os partidos políticos, coligação e candidatos participantes do pleito deixassem de observar direitos e garantias constitucionais do cidadão durante a exibição da propaganda no horário eleitoral gratuito, utilizando-se como justificativa a liberdade de expressão para realizar imputações que, em tese, podem caracterizar crime de calúnia, injúria ou difamação. Nesse sentido, o relator afirma:

Nessa ordem de ideias, assevera-se que referências a adjetivos e condutas que remetam à prática de crimes pelo candidato representante extrapolam o limite da liberdade de expressão, tornando ilegal a propaganda eleitoral, de modo que a concessão de direito de resposta é medida que se impõe (acórdão, p. 6).

Diferente sorte, todavia, toca a pretensão de direito de resposta dos representantes quanto à impugnação da parte da propaganda eleitoral que afirma que o então candidato Bolsonaro seria contumaz na veiculação de fake news, visto que a afirmação revela-se como “própria dos embates eleitorais, manifestação que faz parte do debate acalorado entre adversários políticos e, bem por isso, se ampara na liberdade de expressão e no direito à informação” (acórdão, p. 6), visto que permite ao eleitorado ter amplo espectro de conhecimento em relação a determinado candidato. Discursos como esse podem e devem ser esclarecidos ou respondidos no âmbito das próprias campanhas políticas e debates eleitorais.

Assim, por unanimidade, o Tribunal julgou parcialmente procedente a representação, para conceder o direito de resposta aos representantes somente em relação à imputação de adjetivos e condutas que remetam à conotação de prática de crimes, e determinou que a resposta seja veiculada no início da propaganda eleitoral em bloco reservada à Coligação Brasil da Esperança, a ser veiculada na televisão, uma vez no período diurno e uma vez no período noturno, pelo tempo máximo de 1 (um) minuto, nos termos do voto do relator (acórdão, p. 12).

Na mesma linha foram os indeferimentos dos pedidos de resposta de nº 0601456-58-2022.6.00.0000 e 0601495-55-2022.6.00.0000, da Coligação Brasil da Esperança, em face da Coligação Pelo Bem do Brasil e de Jair Messias Bolsonaro.

As duas propagandas questionadas associavam o então candidato Luiz Inácio Lula da Silva aos altos índices de analfabetismo e pobreza da região Nordeste do Brasil, a partir da interpretação do seguinte trecho:

INTERLOCUTOR: “Há mais de vinte anos o Nordeste é governado por políticos do PT e de partidos aliados a Lula e Dilma”.

TRECHO DESCONTEXTUALIZADO DE DISCURSO DO EX-PRESIDENTE LULA: “Onde é que morre mais criança de fome? É no Nordeste. Onde é que tem mais analfabeto? É no Nordeste. Onde é que em mais desemprego? É no Nordeste. [inaudível]”

INTERLOCUTOR: “Tudo isso a culpa é sua” [do ex-Presidente Lula].

O relator do processo, ministro Paulo de Tarso Sanseverino, afirmou, em decisão, que não houve elementos indispensáveis à concessão de medida de urgência. Para ele, não se justifica a intervenção da Justiça Eleitoral para suspender a veiculação da propaganda impugnada. Isto pois, ainda que a propaganda tenha utilizado discurso descontextualizado do candidato adversário, não se vislumbrou nenhum grave ataque a honra ou a imagem, para eventual concessão de direito de resposta. Sanseverino referiu que o caso se tratava de mero debate sobre questões econômicas e políticas, que devem ser debatidas e rebatidas nos próprios programas eleitorais. Reforçou que na dialética democrática, são comuns críticas mais contundentes e agressivas, questionamentos agudos e potencialização das mazelas dos adversários, preceitos protegidos pela liberdade de expressão e pelo pluralismo, evidentemente necessário em um período eleitoral, a partir do entendimento de que a democracia representativa somente se fortalece em um ambiente de total possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões. O Plenário acompanhou o voto do relator, em decisão unânime.

A ação de nº 0601523-23.2022.6.00.0000, por sua vez, concedeu o direito de resposta a Coligação Brasil da Esperança em desfavor da Coligação Pelo Bem do Brasil e de Jair Messias Bolsonaro, por se tratar de propaganda que afronta à honra e à reputação da Coligação e de conteúdo sabidamente inverídico e gravemente descontextualizado. O trecho ora impugnado é o seguinte:

Narradora: Diferente do Lula, que mostrou desprezo pela vida dos brasileiros. Fala descontextualizada de Lula: Ainda há dez dias na altura e pesa o que a natureza, contra a vontade da humanidade, criou esse monstro chamado coronavírus.

Narrador: Enquanto Lula de viu uma crueldade dessas, o presidente Bolsonaro fazia o maior programa de transferência de renda da história, preservou onze milhões de empregos e deu auxílio emergencial de seiscentos reais para sessenta e oito milhões de brasileiros. Eu agradeço de coração ao Bolsonaro, o presidente Bolsonaro, por que no meio de uma pandemia daquela tanto a verba foi liberada e por que que nós não tinha recebido nem isso aqui? O que a gente recebeu. Além do auxílio emergencial, Bolsonaro criou o auxílio Brasil, que, diga-se de passagem, os deputados do PT na Câmara votaram contra, hoje o auxílio Brasil paga o mínimo de seiscentos reais para vinte e um milhões de famílias brasileiras.

A representante, na peça inicial, defendeu que: i) a peça publicitária traz a ideia de que o candidato Luiz Inácio Lula da Silva teria desprezo pela vida humana ao descontextualizar uma de suas falas sobre a criação do coronavírus, passando a ideia de que ele estaria “agradecendo” a criação da pandemia; ii) para tanto, os representados valeram-se de distorção de fala do candidato, editada fora de contexto e retirada da entrevista concedida à revista Carta Capital, em 19 de maio de 2020, em que se criticou o desmonte da estrutura estatal, enaltecendo a necessidade do Estado na resolução das crises. Trouxeram o discurso na íntegra:

O que eu vejo? Quando eu vejo os discursos dessas pessoas, quando eu vejo essas pessoas acharem bonito que 'tem que vender tudo o que é público', que 'o público não presta nada', ainda bem que a natureza, contra a vontade da humanidade, criou esse monstro chamado coronavírus. Porque esse monstro está permitindo que os cegos comecem a enxergar que apenas o Estado é capaz de dar solução a determinadas crises. Essa crise do coronavírus, somente o Estado pode resolver isso, como foi a crise de 2008 (G1, 2020).

A representante pediu, em caráter liminar, para que fosse determinado que os representados se abstivessem de promover novas manifestações sobre os fatos tratados, sob pena de multa em caso de descumprimento. O relator do caso, ministro Alexandre de Moraes, deferiu a liminar no sentido nos termos do pedido, sob pena de multa diária de R\$ 100 mil reais, por reiteração.

Em decisão, o ministro trouxe à baila o entendimento do caso *New York Times vs. Sullivan* e *Abrams v. United States*, ambos da Suprema Corte dos Estados Unidos, além de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos, além de doutrina específica e do entendimento do STF sobre o tema. Concluiu que a divulgação de fato sabidamente inverídico, com grave descontextualização, parece ser suficiente a configurar propaganda eleitoral negativa, na linha da jurisprudência do TSE, segundo a qual a configuração do ilícito pressupõe

“ato que, desqualificando pré-candidato, venha a macular sua honra ou a imagem ou divulgue fato sabidamente inverídico”.

É possível perceber, todavia, que o presente caso guarda similaridades com as ações de nº 0601456-58-2022.6.00.0000 e 0601495-55-2022.6.00.0000, que também trouxeram falas descontextualizadas do então candidato à presidência, Luís Inácio Lula da Silva, mas que tiveram seu julgamento em sentido oposto.

Já o pedido de direito de resposta nº 0600923-02-2022.6.00.0000, proposto pela Coligação Brasil da Esperança em face da rádio Jovem Pan, teve entendimento diferente, cuja ementa se lê abaixo:

ELEIÇÕES 2022. REPRESENTAÇÃO POR DIREITO DE RESPOSTA, PELA VEICULAÇÃO DE FATOS SABIDAMENTE INVERÍDICOS E OFENSIVOS EM VÍDEO POSTADO NA PLATAFORMA YOUTUBE. ART. 58, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.504/1997. MÉTRICA FIRMADA POR ESTA CORTE SUPERIOR, PARA AS PRESENTES ELEIÇÕES, A IMPOR DEVER DE FILTRAGEM DISCURSIVA MAIS FINA EM TEMA DE PROPAGANDA ELEITORAL DESINFORMATIVA OU DESCONTEXTUALIZADA, CONSIDERADO O CENÁRIO DE EXCESSIVA POLARIZAÇÃO. FATO SABIDAMENTE INVERÍDICO QUE, ALÉM DE OFENSIVO À CAMPANHA DA COLIGAÇÃO REPRESENTANTE, VIOLA A NORMALIDADE DAS ELEIÇÕES ENQUANTO VALOR EM SI E POR SI. EXECUÇÃO DO DIREITO DE RESPOSTA POR OFENSA PRATICADA NA INTERNET. ART. 58, § 3º, INCISO IV, ALÍNEAS “A” E “B”. REPRESENTAÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DESPROVIDO.

De relatoria da Ministra Maria Claudia Bucchianeri, o pedido de resposta versava sobre notícias falsas e caluniosas feitas sobre a existência de um pretense conluio entre a Corte Eleitoral e a campanha do candidato do Partido dos Trabalhadores (PT). Na edição de 31 de agosto do programa “Pingos nos is”, os apresentadores Anna Paula Henckel, Guilherme Sobral e Vitor Brown afirmaram que Lula não foi inocentado nos processos que respondeu em decorrência da Operação Lava Jato e que haveria um acordo com a Justiça Eleitoral para beneficiá-lo em decisões judiciais, além de afirmar que o ministro Alexandre de Moraes estaria atuando a fim de favorecer a campanha de Lula, devido sua aproximação com o senador Randolfe Rodrigues, nos seguintes trechos:

[...] A quebra do sigilo bancário e o bloqueio das contas dos oito empresários que foram alvos do ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal na semana passada, não foi requisitada pela Polícia Federal. O próprio Moraes, relator da investigação, revelou ter atendido um pedido do senador Randolfe Rodrigues, que é um dos coordenadores da campanha de Lula [...] (acórdão, p. 4).

E,

Qualquer dessas vontades que ele tem, junto do Alexandre de Moraes baseado em uma materinha fajuta, ou em uma nota de jornal, de whastapp, ele terá ali a tintura de uma grande denúncia, de uma grande defesa da democracia. Então, evidentemente que nós estamos diante de uma dissolução de princípios legais, nós estamos diante de um vale tudo. Se o Randolfe que é da campanha do Lula, coordenador da campanha do Lula, né, que tem essa incrível afinidade parainstitucional com o Supremo Tribunal Federal, diz que basta ele e o Alexandre quererem — foi isso o que ele disse, foi exatamente isso que ele disse, com uma edulcoração ali da linguagem — dizendo que o inquérito é suficiente para o Ministro do STF prescindir do Ministério Público [sic]. Conversa fiada. Ele está dizendo, ele está anulando o Ministério Público como um elemento essencial a qualquer processo judicial. Então, eles estão na cara de todo mundo, na cara de todos vocês que estão caladinhos diante disso, fazendo um direito particular, às vésperas de uma eleição (acórdão, p. 5).

E, por fim:

[...] agora, um dos coordenadores da campanha do ex-presidente e ex-presidiário, alimentando o judiciário e Alexandre de Moraes, simplesmente atendendo esse pedido [...] há um conflito de interesses em todas as esferas de Randolfe como coordenador da campanha de Lula, agora alimentando Alexandre de Moraes, Rodrigo Pacheco com ações do seu escritório de advocacia no STF, ou seja, é preciso que os homens de coragem desse país comecem a falar de maneira enfática sem medo desse ditador que hoje nós temos aí no Brasil que é Alexandre de Moraes (acórdão, p. 5).

Além destas passagens, os apresentadores do programa afirmaram, por diversas vezes, que Lula não seria inocente, pois o mesmo não foi absolvido, ele fora apenas “beneficiado por decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou a Vara Federal de Curitiba incompetente para julgar os casos”, e que “os crimes (cometidos por Lula) não foram revogados, está tudo demonstrando”. Guilherme Fiuza também afirma que a imprensa “sanciona uma manobra do Supremo Tribunal Federal e trata o Lula como inocente, que não é”.

O pedido foi concedido em parte, porque, em relação à afirmação de que Lula não foi inocentado, a ministra Maria Claudia considerou que a anulação dos processos contra Lula pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por razões formais e sem julgamento do mérito, não configurou, de fato, do ponto de vista jurídico, uma

absolvição. Já quanto à alegação da existência de um conluio com o TSE, o pedido de direito de resposta foi concedido, indicando na decisão que a resposta deveria permanecer no ar por 48 dias, que corresponde ao dobro do tempo em que os vídeos ficaram no ar. A decisão em Plenário foi unânime.

Nas palavras da relatora, “trata-se de inverdade flagrante e deliberada, inserida em um contexto de descrédibilização e de construção de narrativa de suposta parcialidade” (TSE, 2022). Ainda que o discurso impugnado não seja de um fato sabidamente inverídico por todos, o que configura um dos possíveis pressupostos para a concessão do direito de resposta, o mesmo é uma inverdade flagrante com dimensão dolosa: a de prejudicar a integridade e a parcialidade da justiça eleitoral, em um momento especificamente complexo da política brasileira, em razão da extrema polarização ideológica da população e da intensa disseminação de fake news veiculadas nas mídias digitais.

Já as representações de nº 0600922-17.2022.6.00.0000, 0600906-63.2022.6.00.0000 e 0601035-68.2022.6.00.0000 versam sobre três pedidos de direito de resposta da Coligação Brasil da Esperança contra a emissora de rádio Jovem Pan, em razão de ofensa ao direito à honra de Luís Inácio Lula da Silva e alegações caluniosas por comentaristas da emissora. Os comentários impugnados referiam que Lula mentia ao afirmar que foi “inocentado” nos processos em que fora investigado. Os comentários foram proferidos pelos jornalistas Anna Paula Henckel, Roberto Motta e Zoe Maria Fernandes Motta, em pelo menos dois programas da rádio. Além destes, o comentarista Guilherme Fiuza teria dito que o “o petismo é uma escória, que são pilantras que afundaram o Brasil”, e além de chamar o candidato de mentiroso e outros impropérios, para ao final concluir que ele foi ‘descondenado’ (FOLHA, 2022).

As ações estavam sob relatoria da ministra Mara Claudia Bucchianeri, a qual negou, em decisão de primeira instância, os três pedidos, por compreender que “apesar de grosseiras e rudes”, as falas dos comentaristas da Jovem Pan seriam “típicas críticas políticas, também inseridas na liberdade jornalística e no livre debate político”. Alegou que as críticas devem ser neutralizadas e respondidas dentro do próprio ambiente político, sem a intervenção do Poder Judiciário, defendendo a perspectiva do minimalismo judicial. Referiu que o Judiciário não deve funcionar como “curador da qualidade do debate” de discursos e narrativas de natureza eminentemente políticas. A ministra referiu que é de conhecimento público que os

processos em que Lula havia sido condenado foram anulados pelo Supremo Tribunal Federal. A controvérsia, no entanto, é sobre a forma mais adequada de definir a situação técnica e processual envolvendo os processos. Em decisão, Bucchianeri refere que:

A controvérsia que se coloca, no entanto —e se trata, ao fim e ao cabo, de controvérsia eminentemente técnico-jurídica— é se tais julgamentos de anulação processual por vícios formais podem ser equiparados a uma sentença de absolvição. Ou, dito de outro modo, muito embora seja inequívoco o restabelecimento do status de inocência do candidato, dada a inexistência de qualquer condenação transitada em julgado contra si, haveria propriedade técnica na afirmação de que teria ele sido 'inocentado'? [...] Desse modo, o questionamento sobre se o candidato Luiz Inácio Lula da Silva teria “sido inocentado” ou “absolvido”, por revelar debate efetivamente existente no próprio mundo jurídico, com múltiplos posicionamentos a respeito, não autoriza a concessão excepcional de direito de resposta, por não revelar fato sabidamente inverídico (decisão, p. 8)

Nesse sentido, a ministra concluiu que, diante da própria controvérsia jurídica existente entre os termos mais adequados na definição da situação, evidencia a inexistência de fato sabidamente inverídico ou de discursos de graves ofensas pessoais, capazes de configurarem injúria, calúnia ou difamação, pressupostos indispensáveis para a excepcional concessão de direito de resposta. A argumentação da ministra vai ao encontro, ainda que não em sua totalidade, das contribuições de Owen Fiss sobre a especificidade da proteção da honra e da reputação de pessoas públicas, haja vista serem pessoas que voluntariamente assumiram certos riscos a sua reputação ao se colocarem a par de maior escrutínio da sociedade.

A Coligação Brasil da Esperança entrou com recurso para reavaliar a decisão de primeiro grau. O Tribunal, por maioria – vencida a relatora e os ministros Raul Araújo e Sérgio Banhos – deu provimento ao recurso para: a) determinar que os representados se abstenham de promover novas inserções e manifestações sobre os fatos tratados nas representações apresentadas e detalhados no voto condutor do acórdão, tanto na emissora de rádio Jovem Pan como no sítio eletrônico da representada na internet e no seu canal do youtube sob pena de multa de R\$ 25.000 reais por reiteração ou manutenção da conduta nos citados meios de comunicação; b) conceder o direito de resposta à representante para que a resposta seja dada em até 02 (dois) dias, mediante emprego de mesmo impulsionamento de conteúdo eventualmente contratado, em mesmo veículo, espaço, local, horário, página

eletrônica, tamanho, caracteres e outros elementos de realce utilizados na ofensa, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes (acórdão, p. 15).

O acórdão sustenta que a informação veiculada é notadamente inverídica, tendente a desinformar a população acerca do desfecho dos processos criminais envolvendo Luis Inácio Lula da Silva, a partir da compreensão de que o discurso não se enquadraria em mera crítica política:

No presente caso, contudo, não há mera menção a fatos pretéritos referentes às condenações posteriormente anuladas pelo STF, mas atribuições ofensivas que desbordam da mera crítica política, desrespeitando regra de tratamento decorrente da presunção constitucional de inocência e que viola os preceitos normativos previstos nos arts. 243, IX, do Código Eleitoral e 22, X, da Res.-TSE nº 23.610/2019, consoante já decidido pelo Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO na RP 0601416-76.2022.6.00.0000, DJe 12/10/2022 (acórdão, p. 7).

Com efeito, o argumento de que infirmar a inocência do representante não seria sabidamente inverídico, já que o Poder Judiciário apenas anulou seus processos por graves vícios formais, mas não julgou o mérito das acusações contra ele, contraria a própria leitura da Constituição e os Tratados dos quais o Brasil é signatário, de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). No mesmo sentido é o Pacto de San Jose da Costa Rica, que prevê, em seu artigo 8º, que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Assim, o entendimento da maioria do Plenário foi de que: se todas as pessoas são inocentes até que juiz competente e isento decida por sua culpa, não há o que se falar, no caso concreto, de dúvida quanto à anulação das condenações contra o representante, pois há fato sabidamente inverídico a ser combatido e contra o qual cabe direito de resposta (acórdão, pgs. 7-8).

O acórdão repercutiu negativamente entre os veículos de mídia de direita e os grupos organizados aliados ao governo Bolsonaro, ao indicar que o TSE estaria, em verdade, censurando a emissora, e que o discurso proferido pelos jornalistas estaria dentro do escopo de proteção à liberdade de expressão. A Jovem Pan publicou um editorial em 19 de outubro de 2022, informando ao público que estaria sob censura do Poder Judiciário (CNN, 2022).

Em relação à alegada censura prévia, há de se analisar especificamente a

primeira determinação da decisão do colegiado:

a) determinar que os representados **se abstenham de promover novas inserções e manifestações sobre os fatos tratados nas representações** apresentadas e detalhados no voto condutor do acórdão, tanto na emissora de rádio Jovem Pan como no sítio eletrônico da representada na internet e no seu canal do youtube **sob pena de multa de R\$ 25.000,00 por reiteração ou manutenção da conduta nos citados meios de comunicação** (acórdão, p. 15) (grifo meu)

Conforme abordado nos capítulos anteriores, a vedação a censura prévia é expressa na Constituição Federal, à luz da interpretação da ADPF 130 e da ADI 4.451, aliado ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e das contribuições da doutrina de Owen Fiss, que há muito é incorporada em decisões do Supremo Tribunal Federal. A partir deste arcabouço normativo é possível destacar, ao menos, duas questões: a vedação inequívoca da censura prévia e a primazia do interesse público, através da liberdade de expressão e de imprensa, de veicular notícias e opiniões de interesse público, ainda que sujeitas a responsabilização posterior.

No âmbito da justiça eleitoral, esta responsabilização ulterior consagra-se como o direito de resposta, sem prejuízo de eventuais ações na justiça comum para pleitear reparação de danos. O acórdão em questão, todavia, determina que a emissora se abstenha de promover novas manifestações sobre os fatos tratados na representação – quais sejam, das duras críticas ao Lula e ao Partido dos Trabalhadores e dos discursos proferidos pelos apresentadores que defendem que Lula não seria inocente, e sim “descondenado”, neologismo bastante utilizado pelos eleitores de extrema direita. A vedação é genérica, pois não se limita aos termos outrora veiculados pela emissora e julgados sabidamente inverídicos e caluniosos, mas sim a “novas manifestações sobre os fatos tratados na representação”. Ou seja, a decisão proíbe a manifestação, ainda que se utilize outros termos – mais ou menos rudes, mais ou menos grosseiros ou mais ou menos adequados –, sobre os fatos aludidos na ação. Além de genérica, a vedação é prévia, pois proíbe manifestações de opinião sem pré verificações de sua ilicitude.

Além disso, conforme jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de

Direitos Humanos, a liberdade de imprensa e o livre discurso e o debate político são parte essencial da consolidação da vida democrática das sociedades, sobretudo em casos de manifestações de interesse público, como pode ser compreendida a disputa eleitoral (Ricardo Canense v. Paraguai). Ademais, os discursos proferidos pelos jornalistas da Jovem Pan não configuram propaganda eleitoral obrigatória, ou seja, o programa “Pingo nos Is” não seria o espaço destinado por lei para a realização de propaganda eleitoral às emissoras de rádio e televisão, as quais recebem compensação fiscal pelo tempo cedido que deixarão de arrecadar. Desse modo, por consequência, a Justiça Eleitoral exerce maior controle e fiscalização sobre esse determinado espaço destinado aos programas de publicidade eleitoral, o que não é o caso da presente ação.

Destarte, merece destaque o seguinte trecho do acórdão:

A Constituição Federal não autoriza, portanto, a partir de mentiras, ofensas e de ideias contrárias à ordem constitucional, à democracia e ao Estado de Direito, que os pré-candidatos, candidatos e seus apoiadores propaguem inverdades que atentem contra a lisura, a normalidade e a legitimidade das eleições. O ilícito é submeter o eleitorado a uma finalidade e realidade falsa. **Trata-se de cenário sombrio e gravíssimo que reforça comportamentos tendenciosos, de fake news e desinformação**, o que deve ser rechaçado, dado o potencial lesivo do uso dessa técnica dentro do campo político-eleitoral (acórdão, p. 14) (grifo meu).

O entendimento, por sua vez, de que a Constituição Federal “não permite a disseminação de ideias contrárias à ordem constitucional” foi consolidado a partir do julgamento da AP 1044, de relatoria também do ministro Alexandre de Moraes, que condenou o ex-deputado Daniel Silveira a 8 anos e 9 meses de reclusão pelos crimes de incitação à abolição violenta do Estado Democrático de Direito.

Por fim, pelo trecho acima destacado, é possível compreender que o contexto político de intensa disseminação de fake news, – sobretudo sobre a própria atuação da Justiça Eleitoral e do processo eleitoral – de instabilidade política, de ataque às instituições e de extrema polarização ideológica do eleitorado brasileiro foi especialmente levado em consideração para a determinação da proibição de novas manifestações sobre os fatos tratados no pedido pela emissora Jovem Pan. A decisão do TSE, embora controversa, merece ser lida a partir do cenário em que se encontrava: sombrio, gravíssimo e recheado de comportamentos tendenciosos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da discussão sobre os limites da liberdade de expressão e sua relação com o Estado, sobretudo em período eleitoral e de crise política, buscou-se neste trabalho, responder se os esforços do Estado para restringir ou promover a liberdade de expressão no contexto eleitoral foram adequados, proporcionais e suficientes à garantia que se propôs defender, qual seja, a defesa do Estado Democrático de Direito e do pluralismo. Especificamente, buscou-se responder se as decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) estariam em consonância com as contribuições da teoria de Owen Fiss e do entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, à luz do contexto sócio-político brasileiro de crise política e de extrema polarização ideológica da sociedade. Ademais, buscou-se questionar se as decisões proferidas pelo TSE no período eleitoral de 2022 contribuem para uma definição mais precisa do escopo de proteção e restrição da liberdade de expressão no Brasil.

As contribuições da teoria de Owen Fiss sobre Estado, regulação, liberdade de expressão e diversidade na esfera pública foram essenciais para construir a base teórica que alicerçou as análises da postura do Judiciário brasileiro. Para se conseguir chegar em uma leitura regionalizada, buscou-se também a compreensão da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre liberdade de expressão e acesso à informação que, juntas, colaboraram para a consolidação de uma visão da essencialidade da liberdade de expressão, em sua dupla dimensão, para o desenvolvimento das democracias.

O contexto especificamente brasileiro ora apresentado, ainda que guarde semelhanças com outros fenômenos internacionais, possui particularidades próprias que merecem a devida atenção. A extrema polarização política e ideológica na sociedade, a ascensão de uma nova extrema direita brasileira com caráter antissistema e organização inovadora, o avanço do autoritarismo, a crise da representação e os novos avanços tecnológicos e novas formas de comunicação e mobilização nas redes, levaram os Tribunais Superiores a agir com certa rigidez às ameaças discursivas e supostamente atentórias ao Estado de Direito e às instituições.

A metodologia utilizada fez evidenciar as inúmeras lacunas normativas e de entendimento acerca do escopo de proteção da liberdade de expressão e do acesso à informação no Brasil, trazendo a margem a utilização do aparato judicial para cercear

o exercício da expressão de vozes dissidentes no processo de pautar o debate público. Ainda que se tenha avanços importantes neste campo, muitas das medidas que estão sendo discutidas não dão conta da complexa tarefa de delimitar os contornos específicos do exercício da expressão, à luz dos desafios próprios que os sistemas econômico e político impõem.

Decisões do STF como as de determinação de busca e apreensão dos empresários investigados no inquérito das milícias digitais; da inclusão do Partido da Causa Operária (PCO) no inquérito das fake news e da suspensão temporária do aplicativo Telegram, entres outras, analisadas à luz da teoria de Owen Fiss, guardam certo grau de abusividade e desproporcionalidade na aplicação. Decisões do TSE, como a de proibição de novas manifestações sobre determinado fato à rádio Jovem Pan e decisões heterogêneas sobre restrição à liberdade de expressão e concessão do direito de resposta também podem ser lidas como desproporcionais ou desnecessárias para o atingimento da garantia às quais se propôs proteger. Ademais, decisões não homogêneas sobre liberdade de expressão contribuem para um cenário de insegurança jurídica e de imprecisão sobre os paradigmas de regulação deste direito, em consonância com a proteção ao livre debate público de ideias e ao pluralismo democrático, ainda que em um contexto de crise política.

Nesse sentido, alguns acadêmicos mobilizaram a teoria da democracia militante para compreender este momento do país, como o João Gabriel Madeira Pontes, em sua dissertação “Democracia Militante em Tempos de Crise” (PONTES, 2020). A teoria foi exposta pelo constitucionalista alemão Karl Loewenstein, em texto de 1937, ao descrever um regime que se protege ativamente do totalitarismo e da intolerância (LOEWENSTEIN, 1937, p.417), e ganhou grande influência no pós-guerra, a partir da avaliação da ascensão de Hitler ao poder pelas vias democráticas. A teoria de Loewenstein já foi citada explicitamente pelo ministro Edson Fachin na decisão da ADPF 572 (p. 28), quando se decidiu pela constitucionalidade do inquérito das fake news, instaurado de ofício pelo Supremo Tribunal Federal.

Em um contexto de consolidação dos valores democráticos, a resposta a essas novas ameaças, apesar de necessária, não pode prescindir de justificção. E, ainda que haja justificativas, como parece ser o caso brasileiro, se estas forem amplas e demasiadamente genéricas, podem levar a uma grande base jurídica de restrições de direitos, em geral, e de restrição à liberdade de expressão e de manifestação, em

específico. Uma decisão demasiadamente abstrata ou excessiva de restrição à liberdade de expressão e de manifestação conferida a determinado grupo, pode servir para cercear o direito legítimo de expressão de milhares de outras pessoas, o que pode fragilizar o desenvolvimento de um robusto debate público e da própria democracia.

Embora o presente trabalho não tenha a pretensão de esclarecer todas as nuances sobre os limites do Estado para restrição à liberdade de expressão em momentos de crise política e de ameaças ao Estado Democrático de Direito, buscou-se analisar, a partir do arcabouço doutrinário e jurisprudencial estudado, as decisões controversas da Justiça Eleitoral no período eleitoral de 2022 no que tange as restrições à liberdade de expressão. Decisões que, com a nítida finalidade de coibir disseminação de notícias falsas que poderiam gerar instabilidade e desconfiança no processo eleitoral e nas instituições, podem ser lidas, em alguma medida, como desproporcionais ou desnecessárias.

Cabe referir que muitas das decisões analisadas neste trabalho, ao longo dos capítulos três e quatro, estavam em maior ou menor grau de consonância com os parâmetros de liberdade de expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sistema em que o Brasil guarda maior similaridade no âmbito da promoção à liberdade de expressão e do acesso à informação (BONILLO, 2022, p. 186). O trabalho focou sua análise, entretanto, nas decisões controversas de restrição à liberdade de expressão no âmbito do período eleitoral de 2022, que estavam em dissonância com o acúmulo trazido pela teoria de Owen Fiss sobre regulação estatal e promoção da liberdade de expressão e do direito ao acesso à informação.

Nesse encontro e desencontro de Owen Fiss e Alexandre de Moraes, ainda que não se possa prever as consequências da atuação extraordinária dos Tribunais Superiores a longo prazo, merece atenção as medidas restritivas à liberdade de expressão ao longo do período eleitoral de 2022, pois ainda que a intenção seja legítima e necessária, a sua aplicação importa ser discutida. Por fim, aspira-se que esta análise contribua para o debate acerca da regulação da liberdade de expressão pelo Estado em períodos de crise política, sua relação com a democracia e com o pluralismo, compreendendo sua função primordial para o desenvolvimento das democracias e das sociedades como um todo, em toda sua diversidade e pluralidade.

REFERÊNCIAS

ABRAJI. Violência grave contra jornalistas aumentou 69,2% em 2022. Disponível em: <<https://abraji.org.br/noticias/violencia-grave-contra-jornalistas-aumentou-69-2-em-2022>>.

AMARAL, J. S. DO; MACHADO, D. DA S. MÍDIA, MONOPÓLIO E DEMOCRACIA: UM ESTUDO SOBRE A MONOPOLIZAÇÃO DA MÍDIA NO BRASIL E PORQUE ISSO PODE SER UMA AMEAÇA À DEMOCRACIA. Revista Eletrônica Direito e Política, v. 13, n. 2, p. 633–665, 29 ago. 2018.

ARTIGO 19. Relatório Global de Liberdade de Expressão (2020-2021) - ARTIGO19. Disponível em: <<https://artigo19.org/2021/07/29/relatorio-global-de-liberdade-de-expressao-2020-2021/>>.

ARTIGO19. “PL das Fake News”: nota técnica indica que atual proposta traria mais riscos do que benefícios para o combate às notícias falsas - ARTIGO19. Disponível em: <<https://artigo19.org/2020/08/07/pl-das-fake-news-nota-tecnica-indica-que-atual-proposta-traria-mais-riscos-do-que-beneficios-para-o-combate-as-noticias-falsas/>>.

BARBABELA, E. Liberdade de expressão na teoria democrática: conceitos e perspectivas. Mediações - Revista de Ciências Sociais, p. 83–107, 12 ago. 2019.

BAYLEY; BARBATO. Look at the Pictures. Direção: Fenton Bailey and Randy Barbato. HBO Documentary Films. Alemanha, 2016.

BBC. Conspiração e apuração paralela: a crescente desinformação no WhatsApp sobre urnas às vésperas da eleição. BBC News Brasil, [s.d.].

BUCCI, Daniela. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584933211/pageid/411>>.

BUTLER, Judith. Excitable speech: a politics of the performative, New York: routledge, 1997.

CAHN, E. The Firstness of the First Amendment. THE YALE LAW JOURNAL, v. 65, 1956.

CAMARA. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194587>>.

CAMARA. Portal da Câmara dos Deputados. PL 2630/2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>>.

CARTACAPITAL. Cresce a insatisfação com o governo entre os eleitores de Bolsonaro, revela pesquisa. CartaCapital, 26 maio 2022. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/cresce-a-insatisfacao-com-o-governo-entre-os-eleitores-de-bolsonaro-revela-pesquisa/>>.

CNN. Em editorial, Jovem Pan diz estar “sob censura”; leia. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/jovem-pan-sob-censura-leia-editorial-da-emissora/>>.

CNN. RIBBEIRO, J. E., Leonardo. Alexandre de Moraes diz que operações da PRF não impediram eleitores de votar. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/alexandre-de-moraes-diz-que-operacoes-da-prf-nao-impediram-eleitores-de-votar/>>.

CONJUR. MPF convoca audiência pública sobre assédio judicial contra jornalistas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/mpf-convoca-audiencia-assedio-judicial-jornalistas>>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par. 56.

CRUMP, Catherine. Data retention: privacy, anonymity, and accountability online. Stanford Law Review, Stanford, v. 56, n. 1, p. 191-229, out. 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229685>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional, Livro. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2015;001024881>>

DEL2848compilado. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

EDITORA, J. Biografia Não Autorizada versus Liberdade de Expressão - 3ª Edição - Revista e Atualizada de Acordo com o Novo CPC. Disponível em: <https://www.jurua.com.br/shop_item.asp?id=25626>.

EXAME. Ministério da Saúde retira do ar cartilha para população trans. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/ministerio-da-saude-retira-do-ar-cartilha-para-populacao-trans/>>.

FEC.GOV. Buckley v. Valeo. Disponível em: <<https://www.fec.gov/legal-resources/court-cases/buckley-v-valeo/>>.

FENAJ. Relatório2022. Disponível em: <https://fenaj.org.br/wp-content/uploads/2023/01/FENAJ-Relat%C3%B3rio-2022.pdf>

FGV ECMI analisa a polarização do processo eleitoral em webinar | Democracia Digital – DAPP. Disponível em: <<https://democraciadigital.dapp.fgv.br/eventos-recentes/fgv-ecmi-analisa-a-polarizacao-do-processo-eleitoral-em-webinar/>>.

FGV. Desinformação on-line e contestação das eleições. Disponível em: <https://democraciadigital.dapp.fgv.br/estudos/desinformacao-on-line-e-contestacao->

das-eleicoes/

FGV. Eleições 2022, Desinformação e Ataques ao Sistema Eleitoral

FISS. A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Harvard University Press, 1996. Tradução FGV Editora, 2ª ed 2022.

FISS, O. A Theory of Fair Employment Laws. University of Chicago Law Review, v. 38, n. 2, 1 jan. 1971.

FISS, O. M. State Activism and State Censorship. The Yale Law Journal, v. 100, n. 7, p. 2087–2106, 1991.

FNDC - Violações à liberdade de expressão no Brasil - Relatório 2019 a 2022. Disponível em: <<http://fndc.org.br/publicacoes/calar-jamais/violacoes-a-liberdade-de-expressao-no-brasil-relatorio-2019-a-2022-204/>>. Acesso em: 25 ago. 2023.

FOLHA. Atuação de Moraes põe à prova tese da democracia militante - 20/11/2022 - Poder - Folha. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/11/atuacao-de-alexandre-de-moraes-poe-a-prova-teoria-da-democracia-militante.shtml>>.

G1GLOBO. Bolsonaro é condenado em 2ª instância a pagar R\$ 50 mil de indenização por ataques a jornalistas | São Paulo | G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/05/25/bolsonaro-e-condenado-em-2a-instancia-a-pagar-r-50-mil-de-indenizacao-por-ataques-a-jornalistas.ghtml>>.

G1GLOBO. Lula tem 41%; Bolsonaro, 23%; Moro, 7%; e Ciro, 6% no 1º turno, aponta pesquisa Datafolha para a eleição de 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/05/12/lula-tem-41percent-bolsonaro-23percent-moro-7percent-e-ciro-6percent-no-1o-turno-aponta-pesquisa-datafolha-para-a-eleicao-de-2022.ghtml>>.

G1GLOBO. Ministério da Saúde revoga portaria sobre aborto e outras medidas contrárias às diretrizes do SUS. Disponível em: <<https://g1.globo.com/saude/noticia/2023/01/16/ministerio-da-saude-revoga-portaria-sobre-aborto-e-outras-medidas-contrarias-as-diretrizes-do-sus.ghtml>>.

G1GLOBO. PGR defende condenação de Daniel Silveira por ataques a ministros do STF. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/10/07/pgr-defende-condenacao-de-daniel-silveira-por-ataques-a-ministros-do-stf.ghtml>>.

G1GLOBO. PRF descumpre ordem do TSE e para pelo menos 610 ônibus de eleitores em blitz; Moraes intima diretor-geral. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/noticia/2022/10/30/prf-descumpre-ordem-do-tse-e-faz-pelo-menos-514-operacoes-de-fiscalizacao-contra-onibus-de-eleitores.ghtml>>.

G1GLOBO. Roberto Jefferson, preso no inquérito das milícias digitais, passa a primeira noite em Bangu. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de->

[janeiro/noticia/2021/08/14/roberto-jefferson-presno-no-inquerito-das-milicias-digitais-passa-a-primeira-noite-em-bangu.ghtml](https://www.g1.com.br/janeiro/noticia/2021/08/14/roberto-jefferson-presno-no-inquerito-das-milicias-digitais-passa-a-primeira-noite-em-bangu.ghtml)>.

GENEROENUMERO. Com dois movimentos, novo Governo redireciona política de direitos reprodutivos. Gênero e Número, 19 jan. 2023. Disponível em: <<https://www.generonumero.media/reportagens/novo-governo-direitos-reprodutivos/>>.

GUARESCHI; BIZ. Mídia & Democracia - Pedrinho A. Guareschi E Osvaldo Biz. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/viewFile/2505/1286>>.

HHS Office of Population Affairs. Title X Statutes, Regulations, and Legislative Mandates. Disponível em: <<https://opa.hhs.gov/grant-programs/title-x-service-grants/title-x-statutes-regulations-and-legislative-mandates>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

CNN. HIRABAHASI, G. C., Gabriel. Alexandre de Moraes mantém bloqueio de redes sociais do PCO. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/alexandre-de-moraes-mantem-bloqueio-de-redes-sociais-do-pco/>>.

INTERVOZES. Quem controla a mídia no Brasil? Disponível em: <http://brazil.mom-gmr.org/br/?utm_term=0_eaf96d902a-694221b0cb-288475753>.

JOTA. O caso @jairmearrependi e o anonimato na era da internet. JOTA Info, 27 set. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-caso-jairmearrependi-e-o-anonimato-na-era-da-internet-27092022>>.

JUSTIA. Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/173/>>.

KOERNER, A. Capitalismo e vigilância digital na sociedade democrática. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 36, p. e3610514, 15 jan. 2021.

L12965. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>.

L7716. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>.

L14197. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14197.htm>.

LAURENTIIS, L. C. D.; THOMAZINI, F. A. Liberdade de Expressão: Teorias, Fundamentos e Análise de Casos. Revista Direito e Práxis, v. 11, n. 4, p. 2260–2301, dez. 2020.

LEVIN, Abigail. “Pornography, Hate Speech and their challenge to Dworkin”, Public Affairs Quarterly, Vol. 23, No. 4 (2009)

LIRA, T. A. Discurso de ódio e racismo no Brasil: a atuação do poder legislativo frente a discursos discriminatórios na esfera pública. dez. 2022.

LUCAS, I. O fotógrafo que tentou domar a luz. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2016/05/27/culturaipsilon/noticia/o-fotografo-que-tentou-domar-a-luz-1732845>>.

MENDES, A. N. Uso indevido do sigilo de 100 anos para negar acesso à informação foi quatro vezes maior no governo Bolsonaro. Blog da Transparência Brasil, 16 jan. 2023. Disponível em: <<https://blog.transparencia.org.br/uso-indevido-do-sigilo-de-100-anos-para-negar-acesso-a-informacao-foi-quatro-vezes-maior-no-governo-bolsonaro/>>.

METROPOLES. Exclusivo. Empresários bolsonaristas defendem golpe de Estado caso Lula seja eleito; veja zaps | Metrôpoles. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/colunas/guilherme-amado/exclusivo-empresarios-bolsonaristas-defendem-golpe-de-estado-caso-lula-seja-eleito-veja-zaps>>.

MIGALHAS. Ministério da Saúde comete equívoco ao dizer que todo aborto é crime. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/368016/ministerio-da-saude-comete-equivoco-ao-dizer-que-todo-aborto-e-crime>>.

MOTA, L. G. Aspectos ampliativos e restritivos da liberdade de expressão e sua repercussão no debate social. 2018.

NACIONAL, I. PORTARIA Nº 2.561, DE 23 DE SETEMBRO DE 2020 - DOU - Imprensa Nacional. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou>>.

NICAS, J. Ele é o defensor da democracia no Brasil. Mas será que ele é realmente bom para a democracia? The New York Times, 22 jan. 2023.

OEA. Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Text. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=1146&IID=4>>.

OEA. Comentário Geral n. 34 sobre Artigo 19 do Pacto de Direitos Civis e Políticos <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/453/31/PDF/G1145331.pdf?OpenElement>

OEA. OEA - Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Text. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/jurisprudencia/si_decisiones_corte.asp>.

OGLOBO. Campanha de Bolsonaro pede que TSE investigue se rádios do Nordeste e Norte deixaram de veicular propaganda obrigatória. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/eleicoes-2022/noticia/2022/10/campanha-de-bolsonaro-pede-que-tse-investigue-se-radios-do-nordeste-deixaram-de-veicular-propaganda-obrigatoria.ghtml>>.

OHCHR. Pacto Direitos Civis e Políticos <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

OSORIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 228)

POST, R. Constitutional Domains: Democracy, Community, Management. 1995.

ROCHA, C. 'Menos Marx, mais Mises': uma gênese da nova direita brasileira (2006-2018). text—[s.l.] Universidade de São Paulo, 5 fev. 2019.

RSF. Disponível em: <<https://rsf.org/pt-br/classement/2022/am%C3%A9ricas>>.

RUEDIGER, M. A. et al. Robôs, redes sociais e política no Brasil: casos de interferências ilegítimas no debate público por automação de perfis. [s.l.] FGV DAPP, ago. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br:80/dspace/handle/10438/24843>>.

SANTOS, V. "Robert Mapplethorpe: The Perfect Moment" - homofobia institucional, crise da AIDS e American Culture Wars. ANAIS ANPAP Estado de Alerta! 2020, 1 jan. 2020.

SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. São Paulo. Editora Ática, 1987.

SCERB, P. A desdemocratização e seus contramovimentos no Brasil: da revolta bolsonarista à política popular do MTST. Doutorado em Ciência Política—São Paulo: Universidade de São Paulo, 16 dez. 2021.

SENADO. Projeto amplia lei sobre terrorismo para incluir atos antidemocráticos. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/02/17/projeto-amplia-lei-sobre-terrorismo-para-incluir-atos-antidemocraticos>>.

SILVEIRA, Amadeu. (2011) "Para analisar o poder tecnológico como poder político" In

SILVEIRA, Sérgio Amadeu; BRAGA, Sérgio; PENTEADO, Cláudio. Cultura e ativismo nas redes sociais. Salvador. São Paulo : Fundação Perseu Abramo

UOL. STF contraria precedente ao determinar indenização de jornalista a Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/05/stf-contraria-precedente-ao-determinar-indenizacao-de-jornalista-a-gilmar-mendes.shtml>>.

STF. Supremo Contemporâneo. Liberdade de Expressão. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/LiberdadeExpressao.pdf>

STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3984619>>.

STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5841915>>.

STF. Tipificação do crime de desacato não viola a garantia de liberdade de expressão. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=446054&ori=1>>.

SUPREMA CORTE, Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919). Julgado em 10 de

novembro de 1919. Disponível em:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>

TRANSPARENCIA. Sigilo de 100 anos: o uso do artigo 31 da LAI em negativas. Disponível em:
[nashttps://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/sigilo_100anos_uso_art_31_lai_negativas.pdf](https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/sigilo_100anos_uso_art_31_lai_negativas.pdf)

TER-GO. Mais de 15,7 milhões de eleitores brasileiros são filiados a algum partido. Disponível em: <<https://www.tre-go.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Julho/mais-de-15-7-milhoes-de-eleitores-brasileiros-sao-filiados-a-algum-partido>>.

TSE. 90 anos da Justiça Eleitoral: conheça a importância da função normativa da JE para a realização das eleições. Disponível em:
<<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Fevereiro/90-anos-da-justica-eleitoral-conheca-a-importancia-da-funcao-normativa-da-je-para-a-realizacao-das-eleicoes>>.

TSE. RESOLUÇÃO Nº 23.714, DE 20 DE OUTUBRO DE 2022. Disponível em:
<<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022>>.

U.S. Senate: Constitution of the United States. Disponível em:
<[https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm#amdt_1_\(1791\)](https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm#amdt_1_(1791))>.

UOL. Assista a Bolsonaro chamando Moraes de canalha e xingando Barroso. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2022/08/22/bolsonaro-chama-moraes-de-canalha.htm>>.

V-DEM Institute. Autocratization Changing Nature? Democracy Report 2022. Disponível em: https://v-dem.net/media/publications/dr_2022.pdf

WIMMER, M.; CARVALHO, L. B. DE. O papel e os limites do anonimato: em busca de uma interpretação constitucionalmente adequada. Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, v. 27, n. 2, p. 16–16, 2 jun. 2022.