

## LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM PERÍODO ELEITORAL: RESTRICÇÕES SÃO ADMITIDAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

FREEDOM OF SPEECH IN THE ELECTORAL PERIOD: ARE RESTRICTIONS  
ALLOWED BY THE FEDERAL CONSTITUTION?

Tais Macedo de Brito Cunha<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a liberdade de expressão no contexto do período eleitoral, tendo como referencial o julgamento da ADI 4451, que levou o tema à apreciação do Supremo Tribunal Federal. A pesquisa é documental e adota abordagem dedutiva, identificando as premissas fixadas no julgado do STF para indicar as orientações para as próximas eleições. Sem deixar de reconhecer a possibilidade de restrições necessárias à higidez do processo eleitoral, a exemplo da vedação da propaganda política, o julgado segue de forma coerente a jurisprudência da corte constitucional, reconhecendo que restrições à liberdade de expressão são excepcionais. Nesta linha, reconhece a desproporcionalidade das restrições impostas no art. 45, incisos II e III (segunda parte), da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997). Ainda que em sede de *obiter dictum*, o fenômeno das fake news é tangenciado no julgamento, que reconhece a liberdade de imprensa como instrumento importante para o combate deste fenômeno pernicioso ao regime democrático. A abordagem é original na medida em que insere na análise do julgamento debates atuais sobre o tema das fake news, ganhando destaque a importância do enfrentamento do tema diante da proximidade das eleições municipais.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão; Eleições; Liberdade de Imprensa; Propaganda Política; Fake News.

### ABSTRACT

The present article aims at studying freedom of expression in the context of the electoral period, having the judgment of ADI 4451 as reference, which led the theme to the evaluation of the Supreme Court. The research is documentary and adopts a deductive approach, identifying the premises set out in the STF judgment to indicate the guidelines for the next elections. The judge recognizes that restrictions can be allowed to guarantee the integrity of the electoral process. The prohibition of political advertisement is an example. However, the decision consistently follows the jurisprudence of the constitutional court, recognizing that restrictions on freedom of expression are exceptional. In this sense, it recognized the disproportionality of the restrictions imposed in art. 45, paragraphs II and III (second part), of the Law on Elections (Law 9.504/1997). Although in the event of *obiter dictum*, fake news phenomenon is mentioned in the trial, which recognizes the freedom of the press as an essential instrument for combating

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito (PUC/RS). Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Rondônia. Especialista em Direito Público e Advocacia Pública. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2009). Procuradora do Estado de Rondônia. Diretora da Procuradoria de Direitos Humanos da PGE-RO. Vice Presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos do Estado de Rondônia. Representante da Procuradoria do Estado de Rondônia na Rede de Advocacias Públicas para Aprimoramento da Atuação do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (REDE-SIDH).

this pernicious phenomenon to the democratic regime. The approach is novel due to the inclusion of current debates on the topic of fake news in the analysis of the trial, wih importance is highlighted with the proximity of municipal elections.

**Keywords:** Freedom of Speech; Elections; Freedom of the press; Political Advertising; Fake News.

## INTRODUÇÃO

Tema constante na pauta do Poder Judiciário é a colisão entre o direito fundamental à liberdade de expressão e outros valores também resguardados pela Constituição Federal. Entretanto, em que pese recorrente o enfrentamento da questão, ainda não foram alinhavados pelo Supremo Tribunal Federal critérios e parâmetros que permitam a identificação segura de quais são os limites do exercício das liberdades de expressão e de pensamento.

É verdade que já é possível identificar de forma nítida a posição preferencial do direito fundamental à liberdade de expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido vale mencionar o julgamento paradigmático da ADPF 130 (BRASIL, 2009), que concluiu pela não recepção da lei de imprensa (Lei 5.250/67) pela nova ordem constitucional. De forma expressa o colegiado reconheceu a precedência do bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa em relação ao bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada.

De outro lado também é verdade que não há direitos absolutos, estando todos os direitos fundamentais, inclusive o direito à vida, sujeitos a restrições e limitações diante da colisão com outros direitos fundamentais, princípios e valores consagrados pela Carta Magna. O direito à liberdade de expressão não foge à regra, consistindo em um grande desafio identificar com precisão as suas restrições e o equilíbrio adequado com os demais direitos.

Ainda que não exista uma definição universal para o conteúdo e limites do direito fundamental à liberdade de expressão (FILHO; SARLET, 2016, p. 115), a sua relação com o regime democrático é consenso na jurisprudência e na doutrina, consistindo um dogma a liberdade de expressão como pressuposto da democracia e vice-versa.

Importante, contudo, a compreensão dos ensinamentos de MICHELMAN de que a relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento, de modo que, embora mais democracia possa significar muitas vezes mais liberdade de expressão e vice-versa, também não pode ser ignorado que a liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia, que uma vez fragilizada pode comprometer a própria liberdade de expressão (2007, p. 49 e ss.).

Neste sentido, restrições à liberdade de expressão podem ser necessárias à garantia do próprio regime democrático de direito, revelando-se pertinente e importante o estudo dos limites a este direito fundamental que são autorizados pela Constituição Federal, sobretudo no contexto do processo eleitoral, momento mais importante da democracia representativa. Para este propósito, serão abordados temas como o papel da imprensa na formação da opinião pública no período eleitoral, eventual tratamento privilegiado a candidato pelas emissoras de rádio e televisão, violação à isonomia dos candidatos, voto livre da desinformação e a influência das fake news nos resultados das urnas.

Destaque-se que anos eleitorais exigem o resgate destes debates que estão em constante renovação e são imprescindíveis para higidez do processo eleitoral e para o fortalecimento da democracia. No presente caso, mesmo com a postergação das eleições municipais em decorrência das medidas restritivas necessárias ao combate a pandemia do coronavírus (BRASIL, 2020a), fato é que sua proximidade impõe a reflexão e o debate sobre a liberdade de expressão, o papel da imprensa no processo eleitoral e as fake news.

Neste contexto, exsurge a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ação direta de inconstitucionalidade 4451 (BRASIL, 2018) como referência para o enfrentamento do tema proposto, porquanto apreciou a questão das restrições à liberdade de expressão no contexto do período eleitoral, declarando a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei de Eleições (Lei 9.504/1997) que estabeleciam restrições às emissoras de rádio e televisão a partir de 1º de julho do ano da eleição.

A ação foi julgada na véspera das eleições gerais do ano de 2018<sup>2</sup>, período no qual as fake news eram tema em destaque e de grande preocupação da mídia, da sociedade e das instituições democráticas, sobretudo diante da repercussão internacional de que notícias falsas favoreceram a vitória de Donald Trump em detrimento de Hillary Clinton nas eleições presidenciais dos Estados Unidos em 2016 (ANGST; BOGLER, 2019, p. 267)<sup>3</sup>. Desde então o tema das fake news não saiu de pauta, consistindo ainda em um desafio para as instituições democráticas, sobretudo no período eleitoral.

Assim, após uma breve apresentação do caso objeto da ADI 4451 (2), serão analisados os argumentos favoráveis (3) e contrários (4) aos dispositivos impugnados pela Associação

---

<sup>2</sup> O julgamento da ADI 4451 ocorreu em 20/06/2018.

<sup>3</sup> Confirmando a repercussão internacional de que notícias falsas favoreceram a vitória de Donald Trump em detrimento de Hillary Clinton nas eleições presidenciais dos Estados Unidos em 2016: PARKINSON, 2016; DEWEY, 2016 e READ, 2016.

Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (doravante ABERT), seguindo-se com o tema específico das fake News (5) e considerações finais (6).

## 1. APRESENTAÇÃO DO CASO: ADI 4451

A ação direta de inconstitucionalidade 4451 foi ajuizada pela ABERT para questionar a constitucionalidade do art. 45, incisos II e III (segunda parte), da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997).

Eis o conteúdo dos dispositivos impugnados:

Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:<sup>4</sup> [...]

II- usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

III- veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

O inciso II impõe restrição à liberdade artística, vedando a partir de 1º de julho do ano da eleição uma forma específica de exteriorização do pensamento e da comunicação social, consistente no uso de “*trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou eleição*” (BRASIL, 1997).

O inciso III, por seu turno, foi impugnado na sua segunda parte, que veda a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes no mesmo período. Aqui verifica-se uma restrição ainda mais ampla, que alcança a liberdade de expressão em vários de seus desdobramentos, a exemplo da liberdade de imprensa, liberdade de manifestação do pensamento, liberdade da informação jornalística, liberdade da atividade intelectual e liberdade da comunicação.

O relatório do ministro relator aponta que a requerente argumentou que os dispositivos impugnados provocam “*um grave efeito silenciador sobre as emissoras de rádio e televisão, obrigadas a evitar a divulgação de temas políticos polêmicos para não serem acusadas de difundir opinião favorável ou contrária a determinado candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes*” (BRASIL, 2018, p. 2). Também alegou a requerente que “*esses dispositivos inviabilizam a veiculação de sátiras, charges e programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticos, durante o período eleitoral*” (BRASIL, 2018

<sup>4</sup> Pertinente o esclarecimento de que durante o trâmite da ação houve alteração do texto do caput, que passou a ter a seguinte redação: art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seus noticiários: (...)

p.2). Com lastro nesses e outros argumentos, invocou violação ao art. 5º, incisos IV, V, VI, IX, XIV, XXXIII e LVIII, ao art. 206, II, e ao art. 220, §§ 1º e 2º, todos da Constituição Federal, apontando como irrazoável e desproporcional a restrição imposta pelos dispositivos impugnados, caracterizando “controle prévio e apriorístico” sobre o debate público durante o processo eleitoral.

A defesa dos dispositivos impugnados teve como principais fundamentos a higidez do processo eleitoral, a paridade de armas entre os candidatos e o combate a influência do poder econômico nas eleições. As restrições impostas pelos dispositivos impugnados seriam, na linha destes argumentos, razoáveis e proporcionais, ao fim a que se propõem: a higidez do processo eleitoral por meio da igualdade e paridade de armas entre os candidatos. Seriam, portanto, restrições necessárias para garantir um voto livre do abuso do poder econômico e coibir a manipulação do eleitorado.

O cerne da questão posta, portanto, gira em torno da liberdade de expressão nos meios de comunicação social no contexto do processo eleitoral, sendo objeto de ponderação dois princípios importantes para democracia: a liberdade de expressão e a isonomia entre os candidatos.

## **2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS ÀS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DAS ELEIÇÕES - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA PREOCUPAÇÃO COM O ABUSO DO PODER ECONÔMICO**

O temor da interferência do abuso do poder econômico no período eleitoral tem respaldo constitucional. Com efeito, a Constituição Federal efetivamente evidencia uma preocupação com os riscos decorrentes da captura da comunicação social por interesses organizados em prejuízo do pleno funcionamento da democracia. Neste sentido, ao disciplinar a comunicação social, a Constituição Federal estabelece a vedação da formação direta ou mesmo indireta de monopólio ou oligopólio (art. 220, §5º); restringe a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou a pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no país (art. 222).

De forma mais precisa no que diz respeito às eleições, a carta magna estabelece que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico, tendo sido esta disciplina constitucional (art. 14, §9º) a maior referência das entidades que defenderam os dispositivos impugnados na ADI 4451.

De fato, o exercício ilimitado da liberdade de expressão pode vir a trazer graves riscos ao regime democrático, sendo a vedação da propaganda eleitoral pelas emissoras de rádio e televisão no período eleitoral um exemplo de restrição legítima no contexto das eleições em benefício do voto livre da influência do poder econômico.

Com efeito, as emissoras de rádio e televisão não podem no contexto do período eleitoral defender e apoiar deliberadamente um candidato ou um partido, o que certamente configura uma limitação à manifestação do pensamento. Essa restrição consta na primeira parte do inciso III, do art. 45 da Lei das Eleições, que estabelece ser vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário, veicular propaganda política a partir do encerramento do prazo para a realização das convenções no ano das eleições.

Em que pese não ter sido impugnado pela ABERT, houve manifestação do colegiado sobre o referido dispositivo quando do julgamento referendo da cautelar da ADI 4451. Isso porque ao deferir monocraticamente a cautelar, o ministro Ayres Britto, relator originário da ação, conferiu interpretação conforme a Constituição Federal à segunda parte do inciso terceiro do art. 45, que estabelece a vedação às emissoras de rádio e televisão de emitir opinião favorável ou contrária a candidato, partido político ou coligação. Concluiu o relator que *“apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalística venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral”* (BRASIL, 2010, p. 4). Ocorre que essa vedação que o relator estabeleceu como interpretação da segunda parte do inciso terceiro já está abarcada pela primeira parte do inciso, que veda a propaganda política, o que conduziu o colegiado a concluir que não era o caso de conferir interpretação conforme mas suspender a eficácia integral da segunda parte do inciso terceiro, já que a vedação à propaganda política já consta na primeira parte do inciso.

Neste sentido, ainda que em sede de *obiter dictum*, houve manifestação do colegiado do STF sobre a constitucionalidade da restrição à veiculação de propaganda política quando do julgamento da cautelar da ADI 4451, sinalizando, portanto, a possibilidade de haver restrições constitucionais à liberdade de expressão no período eleitoral, ainda que tenha ficado muito claro que são situações excepcionais.

Diante do reconhecimento da vedação da propaganda política como uma restrição legítima, constata-se uma incoerência na seguinte afirmação do ministro Ayres Britto, constante na ementa do julgamento da cautelar da ADI 4451 (BRASIL, 2010):

Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de “restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação



de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei” (inciso III do art. 139).

A afirmação acima transcrita confere uma posição de proteção quase absoluta à liberdade de imprensa, que estaria sujeita a restrições apenas em caso de estado de sítio. Ocorre que a afirmação não reflete a posição adotada no próprio julgado, que reconheceu a vedação à propaganda política como uma restrição legítima, sinalizando, portanto, a possibilidade de restrição à liberdade de imprensa fora do contexto de estado de sítio.

Na análise do tema não se pode ignorar que a imprensa alcançou um poder social que exige a atuação do Estado para que outros direitos também resguardados pela Constituição Federal não sejam violados. Nesta linha, preciosas são as ponderações de Vital Moreira (1994, p. 9):

No princípio, a liberdade de imprensa era manifestação da liberdade individual de expressão e opinião. Do que se tratava era de assegurar a liberdade da imprensa face ao Estado. No entendimento liberal clássico, a liberdade de criação de jornais e a competição entre eles asseguravam a verdade e o pluralismo da informação e proporcionavam veículos de expressão por via da imprensa a todas as correntes e pontos de vista.

Mas em breve se revelou que a imprensa era também um poder social, que podia afetar os direitos dos particulares, quanto ao seu bom nome, reputação, imagem, etc. Em segundo lugar, a liberdade de imprensa tornou-se cada vez menos uma faculdade individual de todos, passando a ser cada vez mais um poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam os interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse.

Agora, torna-se necessário defender não só a liberdade da imprensa, mas também a liberdade face à imprensa. Na verdade, não carecem menos de proteção os direitos dos cidadãos perante a imprensa do que as garantias da liberdade de imprensa contra o Estado.

É possível, pois, que a liberdade de imprensa seja exercida de forma abusiva, situação que autoriza restrições ao seu exercício, para que sejam resguardados a democracia e os direitos fundamentais, que são garantidos não apenas em face do Estado, mas também perante o poder privado (SARLET, 2012). Sobre a possibilidade de restrições à liberdade de imprensa, MENDES alerta que “no Estado Democrático de Direito, a proteção da liberdade de imprensa leva em conta a proteção contra a própria imprensa” (2011, p. 32).

Retomando o julgamento da ADI 4451, pertinente as ponderações consignadas no voto do ministro Gilmar Mendes, no sentido de que o texto constitucional estabelece que o exercício da liberdade de expressão há de ser feito com observância do disposto na Constituição, não excluindo, portanto, a possibilidade de que sejam introduzidas limitações à liberdade de expressão e de comunicação, justificadas diante da necessidade de proteção de outros valores

constitucionais (BRASIL, 2018, p. 86). Entretanto, conforme será demonstrado a seguir, estas situações são excepcionais e exigem reforçado ônus argumentativo.

### **3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS NA ADI 4451**

Em que pese legítima a preocupação com a isonomia dos candidatos e com a interferência do abuso do poder econômico no processo eleitoral, a fórmula usada pelo legislador nos incisos II e III (segunda parte) do art. 45 da Lei das eleições é desproporcional, inadequada e incoerente com o objetivo pretendido.

Ao vedar a emissão de opinião favorável ou contrária, a Lei das eleições extirpa a imprensa crítica e inviabiliza a pluralidade de opiniões no contexto do período eleitoral. Afinal, quaisquer manifestações acerca de planos de governo apresentados, sobre o passado político do candidato ou polêmicas com partidos políticos se enquadram como opinião favorável ou contrária, esbarrando na proibição do art. 45, III (segunda parte).

Nesta mesma linha, a vedação do uso de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que de qualquer forma degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação configura vedação do uso do humor para crítica política. Não se pode ignorar que é da essência do humor o exagero e a provocação, sendo consequência natural das charges, caricaturas e sátiras a ridicularização, mas que decorrem de atos da própria pessoa objeto da crítica humorística. Neste sentido, a vedação constante no art. 45, II, pode ter o pernicioso efeito de dissuadir a atuação dos artistas, que exercem papel tão relevante para democracia por meio da crítica política humorística.

Importante a ponderação de que o receio do abuso não deve impedir o uso de ferramentas que contribuem para o regimento democrático quando levam ao conhecimento do eleitor por meio do humor as críticas existentes aos candidatos. Isso porque o ordenamento jurídico já dispõe de mecanismos para rechaçar os excessos e abusos, a exemplo do direito de resposta (art. 5º, V), da tutela cível e a possibilidade de condenação por danos morais e materiais (art. 5º, V e X), bem assim a tutela criminal e a tipificação de crimes de opinião.

A própria Constituição Federal confere uma posição preferencial relativa à liberdade de expressão quando é mais detalhista e explícita no que se refere às suas restrições. Não se limitou a Constituição Federal a garantir a livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV) como um direito fundamental, optando por disciplinar de forma mais detalhada a liberdade de expressão no contexto da comunicação social. Além de proibir a censura (§2º do art. 220), fixa impedimentos legislativos (§1º e §3º do art. 220), estabelecendo de forma expressa no art. 220



que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Essa disciplina constitucional evidencia a escolha do constituinte em admitir restrições à liberdade de expressão apenas em situações excepcionais, que exigem maior ônus argumentativo para justificar uma nova limitação não prevista de forma expressa na Constituição Federal (SARLET, 2019, p. 1216).

Em que pese a utilidade e o interesse prático na distinção realizada pela doutrina brasileira entre as liberdade de informação e expressão, não se pode olvidar que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo, constituindo, portanto, uma faceta da liberdade de expressão (BARROSO, 2004, p. 18). Neste sentido, restringir a liberdade de expressão dos meios de comunicação não apenas atinge o direito das emissoras de rádio e de tv de manifestar o pensamento, mas afeta também diretamente o direito difuso da coletividade de ser informada.

Neste contexto, é imprescindível a compreensão de que ao contrário de prejudicar um processo eleitoral hígido, a imprensa crítica é pressuposto de um processo eleitoral hígido e verdadeiramente democrático, já que o voto livre não é aquele que desconhece as críticas, mas sim aquele que tem amplo acesso às críticas existentes para consolidar de forma consciente sua própria opinião.

No julgamento da ADPF 130 já havia sido fixado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento de que “*a crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura*” (BRASIL, 2009, p. 7). O recorte diferencial da ADI 4451 é o contexto do período eleitoral, que é exatamente o período mais importante da democracia representativa e no qual se faz ainda mais necessária a atuação da imprensa crítica e da pluralidade de opiniões e informações para viabilizar um voto consciente e livre da desinformação.

Resta evidente, portanto, que a inviabilização do debate crítico no contexto do período eleitoral afronta o “*inegável interesse público na livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático*” (BARROSO, 2004, p. 19). Neste sentido foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4451, que declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, que tinham a nítida finalidade de “*controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático*” (BRASIL, 2018, p. 01).

Não se desconhece, contudo, os riscos inerentes aos meios de comunicação de massa no contexto do período eleitoral, em especial diante das fake news, que podem ter força suficiente

para afetar a legitimidade da eleição e atingir frontalmente o equilíbrio no pleito (GOMES, 2018, p. 38). Este tema será tratado no tópico a seguir, que confirma a importância da liberdade de imprensa no combate às fake news.

#### 4. DAS FAKE NEWS

No julgamento da ADI 4451 restaram reconhecidos a importância e o protagonismo da imprensa livre e crítica no combate às fake news. Conforme consignado na ementa do julgamento da cautelar, “*o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa*”. (BRASIL, 2010, p. 02).

Em que pesem as referências expressas ao fenômeno das fake news por alguns ministros, este tema não era o objeto principal do julgamento, não havendo, portanto, decisão do STF sobre esta matéria específica. Contudo, o tema em julgamento (liberdade de imprensa no contexto do período eleitoral), o contexto político do julgamento (véspera das eleições gerais de 2018) e a repercussão internacional da possível interferência de notícias falsas na eleição de Donald Trump nos Estados Unidos exigiam uma referência às fake news neste importante precedente para democracia brasileira.

Foi, portanto, em sede de *obiter dictum* que a ADI 4451 tratou das fake news, tendo sido o ministro Luiz Fux, então presidente do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, quem deu mais atenção ao tema.

No julgamento do mérito da ação, o referido ministro fez um *discrímen* entre liberdade de expressão e a propaganda eleitoral sabidamente enganosa que causa um dano irreversível a candidaturas, para destacar que esta última não tem respaldo na constituição e não merece a chancela do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018, p. 71/75).

Destacou o ministro Luiz Fux que para o combate às fake news o ordenamento jurídico vigente já disponibiliza de ferramentas que subsidiam medidas preventivas e medidas repressivas. Direito de resposta, tutela cível e a responsabilização por danos materiais e morais causados, e tutela criminal com os crimes contra a honra são exemplos. No contexto das eleições esta proteção é reforçada, disponibilizando o direito eleitoral de ferramentas adicionais, a exemplo da tipificação como crime eleitoral da divulgação de fatos sabidamente inverídicos capazes de exercerem influência perante o eleitorado (art. 323), sendo também possível anular a votação influenciada por propaganda massiva enganosa, conforme art. 222 do Código Eleitoral.

Não é novidade, portanto, que a divulgação de informações falsas durante as eleições tem aptidão para macular a higidez do processo eleitoral. Tanto que o Código Eleitoral de 1965 já tipificava como crime a divulgação de fatos sabidamente inverídicos capazes de exercerem influência perante o eleitorado (art. 323). Ocorre que no contexto de uma sociedade digital o tema ganha complexidade decorrente da dinamicidade e celeridade da disseminação da informação falsa, revelando-se “necessária uma nova regulamentação eleitoral que leve em consideração o contexto tecnológico” (CALLEJÓN, 2020, p. 597).

Com efeito, as ferramentas jurídicas disponíveis, elaboradas em um mundo analógico, não detêm a necessária adequação para um combate eficiente do fenômeno digital, o que exige o aprofundamento do estudo do tema para identificação de novos mecanismos aptos ao seu controle. Contudo, nesta busca por soluções não se pode ignorar a relevância dos mecanismos não jurídicos para o enfrentamento das fake news<sup>5</sup>.

Em seu voto, o ministro Luiz Fux destacou a importância de dois partícipes neste cenário de fake news. O primeiro é o jornalismo sério, defendendo o ministro que “quanto às fake news, mais imprensa e mais jornalismo” (BRASIL, 2018, p. 72). Ao lado da atuação da imprensa, outra ferramenta apontada para o combate às fake news é o exercício de uma cidadania responsável. É imprescindível que a sociedade se empenhe no combate às fake news, afinal, como afirmado pelo ministro Luiz Fux, “*exercer cidadania não é compartilhar notícias enganosas*” (BRASIL, 2018, p. 72)<sup>6</sup>.

Atualmente o fenômeno das fake news é objeto de um polêmico inquérito em curso sob sigilo no Supremo Tribunal Federal (Inquérito 4.828- DF), que tem como relator o ministro Alexandre de Moraes. Paralelamente ao denominado inquérito das fake news está em curso no âmbito do Poder Legislativo uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI das fake news. Certamente os resultados destas duas investigações irão contribuir na construção de uma legislação sobre a temática, devendo ser destacado que já há projeto de lei sobre o tema em curso na Câmara dos Deputados - Projeto de lei n. 2630/2020 (BRASIL, 2020b), denominada lei das fake news, que pretende instituir a lei brasileira de liberdade, responsabilidade e transparência na internet.

---

<sup>5</sup> Conforme reconhecido pelo ministro Barroso em entrevista ao canal MyNews (2020), as ferramentas mais eficientes e céleres para impedir o voto desinformado e o prejuízo aos resultados das urnas não são as jurídicas. Para o jurista, é a atuação de uma imprensa crítica, responsável e comprometida com a democracia que tem aptidão de levar a verdade rapidamente ao conhecimento do eleitorado, contribuindo para a disseminação da pluralidade de ideias e opiniões, imprescindível para coibir o voto desinformado e promover a lisura do processo eleitoral.

<sup>6</sup> Neste sentido, vale mencionar iniciativas da sociedade civil no combate às fake news, a exemplo do Sleeping Giants Brasil, movimento que se auto intitula em seu perfil no Twitter como “uma luta coletiva de cidadãos contra o financiamento do discurso do ódio e das fake news” (2020).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do julgamento da ADI 4451 são encontradas as premissas necessárias para responder a indagação formulada no presente trabalho, que buscou analisar a viabilidade constitucional de serem estabelecidas restrições à liberdade de expressão no contexto do período eleitoral.

O referido julgado demonstra que o Supremo Tribunal Federal tem mantido uma posição coerente em todas as oportunidades que analisa a colisão do direito à liberdade de expressão com outros valores resguardados na Constituição Federal. Neste sentido, mantém firme e sólida a posição de que apenas em situações excepcionais é possível a restrição à liberdade de expressão, reconhecendo a posição prioritária deste direito fundamental na Constituição Federal e na sua jurisprudência. Em que pese prioritário, não consubstancia direito absoluto, remanescendo para a doutrina e jurisprudência pátrias a difícil missão de identificar quais são as situações excepcionais que autorizam a restrição do direito à liberdade de expressão.

No que tange ao contexto do período eleitoral, restou reconhecida no bojo do julgamento da cautelar da ADI 4451, ainda que em sede de *obiter dictum*, a constitucionalidade da vedação da propaganda política, não configurando violação à liberdade de expressão restrição a manifestação que nitidamente busque favorecer uma das partes na disputa eleitoral pelas emissoras de rádio e televisão. Também em sede de *obiter dictum* restou reconhecido que a divulgação de fake news não está agasalhada pelo direito à liberdade de expressão, fazendo-se referência ao Código Eleitoral de 1965, que tipifica como crime a divulgação de fatos sabidamente inverídicos capazes de exercerem influência perante o eleitorado (art. 323).

Pode-se afirmar, portanto, que para proteger a higidez do processo eleitoral e do próprio regime democrático, a Constituição Federal admite, ainda que de forma excepcional, outras restrições além daquelas já previamente autorizadas em seu texto. Esta conclusão conduz à certeza de que a temática será levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal em oportunidades futuras, sobretudo diante do impacto das fake news no processo eleitoral de 2018 e da possibilidade de serem acrescentadas no ordenamento jurídico novas restrições à liberdade de expressão para garantir a higidez do processo eleitoral.

As eleições de 2018 evidenciaram a ineficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para o combate às fake news, que não conseguiram interditar em tempo hábil os efeitos nocivos da veiculação de informações falsas ao equilíbrio do pleito eleitoral (GOMES, 2018, p.44;

VEJA, 2018). Até mesmo o amplo debate público se revelou insuficiente para conter a repercussão das fake news nas urnas. Estes fatos são posteriores ao julgamento da ADI 4451 e deram nova visibilidade ao tema, que desde então integra a pauta do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal.

Além do Inquérito das Fake News (Inquérito 4.828- DF) e da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI das fake news, está em curso no Senado Federal projeto de lei que busca enfrentar este fenômeno pernicioso ao regime democrático, sendo certo que este tema ainda será enfrentado no mérito pelo Supremo Tribunal Federal, que terá, portanto, a oportunidade de tratar das fake news de forma aprofundada, o que não ocorreu no julgamento da ADI 4451.

## REFERÊNCIAS

ANGST, Flávia Holz; BOGLER, Carolina Marcelli. Fake news: a influência nas eleições norte-americanas e as medidas preventivas norteadoras das eleições brasileiras de 2018. **(Re)pensando Direito**, Santo Ângelo/RS. v. 09. n. 17. jan./jun. 2019, p. 259-274. Disponível em: <http://local.cneccsan.edu.br/revista/index.php/direito/index>.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 235: 1-36, Jan./Mar.2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em: 01jul.2020.

BOLSONARO X STF, Aras e Supremo, Denúncia Moro, Fila única nas UTIS e Regina Duarte. 26:54 – Os desafios das fake News nas próximas eleições. Publicado pelo canal MyNews. [S.I.:s.n.], 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4a1Mfq2lrjc>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal**. Texto compilado até a Emenda Constitucional nº107, de 2020. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 107, de 02 de julho de 2020**. Adia, em razão da pandemia da Covid-19, as eleições municipais de outubro de 2020 e os prazos eleitorais respectivos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc107.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **PL n. 2630/2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Autoria do Senador Alessandro Vieira (Cidadania/SE). Apresentado em: 03 jul 2020. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1909983](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983). Acesso em 13 set 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm). Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF**, rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno, j. 30.04.2009 (2009). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 20. Jun 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4451 MC-REF/DF**, rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno, j. 02/09/2010 (2010). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2613221>. Acesso em: 24.jun 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF**, Relator Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, j. 21.06.2018 (2018). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 22 de jun 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4828**, rel. Min. Alexandre de Moraes. Processo sigiloso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895367>. Acesso em 13 set. 2020.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia; tradução Hugo César Araújo de Gusmão. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 579-599, maio/ago. 2020.

DEWEY, Caitlin. Facebook fake-news writer: ‘I Think Donald Trump is in the White House because of me’. **The Washington Post**. 17 nov. 2016. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/11/17/facebook-fake-news-writer-i-think-donald-trump-is-in-the-white-house-because-of-me/>. Acesso em: 13 set. 2020.

FILHO, Ilton Robl; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na constituição federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 112-142.

GOMES, Nicolly Luana Carneiro. **Uma análise acerca do fenômeno das fake news no processo eleitoral e suas interfaces com o direito fundamental à liberdade de expressão**. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/12855>. Acesso em: 04 jul. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011. ISSN 1982-4564. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/427>. Acesso em 12 set. 2020.

MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA, Vital. **O direito de resposta na Comunicação Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. ISBN: 972-32-0637-4.

OEA diz que uso de fake News nas eleições do Brasil é ‘sem precedentes’. **Veja**, 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/oea-diz-que-uso-de-fake-news-nas-eleicoes-do-brasil-e-sem-precedentes/>. Acesso em: 02 ago. 2020.



PARKINSON, Hannah Jane. Click and Elect: How Fake News Helped Donald Trump Win a Real Election. **The Guardian**. 14 nov. 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/nov/14/fake-news-donald-trump-election-alt-right-social-media-tech-companies>. Acesso em: 13 set. 2020.

READ, Max. Donald Trump Won Because of Facebook. **New York Magazine**. 9 nov. 2016. Disponível em: <https://nymag.com/intelligencer/2016/11/donald-trump-won-because-of-facebook.html>. Acesso em: 13 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado – Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, vol. 01, n. 01, p. 231-287, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/11331>. Acesso em 10 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.

SLEEPING GIANTS BRASIL. **Uma luta coletiva de cidadãos contra o financiamento do discurso de ódio e das Fake News**. Brasil, maio de 2020. Twitter: @slpng\_giants\_pt. Disponível em: [https://mobile.twitter.com/slpng\\_giants\\_pt](https://mobile.twitter.com/slpng_giants_pt). Acesso em: 11 set. 2020.

Recebido – 14/09/2020

Aprovado – 16/10/2020