

Notas

AVALIAÇÃO DE PROJETOS DE LEI

São Paulo, 21 de outubro de 2022

**INSTITUTO LIBERAL VÊ CENSURA PRÉVIA
EM RECENTES DECISÕES DO TSE**

I

Não há demasia alguma em afirmar que a atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), neste pleito de 2022, tem provocado perplexidade e, com independência das preferências políticas naturalmente implicadas no período eleitoral, merece a cuidadosa atenção de toda a comunidade jurídica. Não por casualidade, diversas entidades emitiram notas oficiais apontando preocupação com a recentíssima atuação do TSE. Entre essas notas, destacam-se, por exemplo, as manifestações de algumas seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, como a OAB/RS, a OAB/MG, a OAB/SC e a OAB/SP.

Com efeito, é natural que as coligações litiguem e, em determinadas ocasiões e pelos mais variados motivos, reflitam descontentamento com as decisões do TSE. Evidentemente, nem todos esses descontentamentos são justificados. Por isso, aqui, mostra-se oportuno recortar o âmbito de análise. A preocupação fundamental guarda relação – no mesmo sentido, inclusive, das manifestações veiculadas pelas entidades acima referidas – **com a liberdade de expressão em sentido amplo e, em sentido estrito, com a liberdade de informação.**

Conforme noticiado com substancial repercussão, o TSE, em decisão¹ proferida pelo Ministro Benedito Gonçalves em 18/10/2022, referendada em Plenário, por maioria, no dia 20/10/2022, acolhendo parcialmente os pedidos formulados pela coligação “Brasil da Esperança”, determinou, entre outras medidas, até o dia 31/10/2022 (portanto, até o término do pleito eleitoral), com a consequente fixação de multa por descumprimento, o que segue:

- a) a **suspensão da “monetização** resultante de assinaturas e da publicidade divulgada nos canais de YouTube: Brasil Paralelo, Foco do Brasil e Folha Política e, caso ainda ativa, do canal Dr. News”;
- b) a **suspensão “da exibição, por qualquer meio, do documentário ‘Quem mandou matar Jair Bolsonaro?’** produzido pela Brasil Paralelo”.

Poucos dias antes, o Tribunal já havia emitido um conjunto de decisões tendo como destinatária a emissora “Jovem Pan”². O Ministro Benedito Gonçalves, no dia 15/10/2022, recebeu representação da coligação “Brasil da Esperança”, determinando a abertura de investigação contra a emissora, sob a alegação de que haveria tratamento privilegiado ao candidato Jair Messias Bolsonaro, com a proliferação massiva de conteúdos “inverídicos e descontextualizados”, conforme consta na própria representação. Mais adiante, no dia 17/10/2022, o TSE concedeu direitos de resposta à coligação “Brasil da Esperança”, além de, por maioria, ordenar o seguinte:

“...que os Representados **se abstenham de promover novas inserções e manifestações sobre os fatos tratados nas representações** apresentadas e detalhadas no voto condutor do acórdão...”³ (grifos nossos).

¹ Trata-se da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 0601522-38.2022.6.00.0000

² Trata-se da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 0601483-41.2022.6.00.0000

³ Essas decisões podem ser consultadas, de maneira célere, por meio do seguinte endereço eletrônico: https://static.poder360.com.br/2022/10/direito-de-resposta-jovem-pan-pt-lula-17.out_2022-poder360.pdf

Note-se que os comentários denunciados na manifestação da coligação representante guardam conexão com a **situação jurídica do candidato Luiz Inácio Lula da Silva**, especificamente quanto aos fatos, sabidamente verídicos, de que o candidato do Partido dos Trabalhadores sofrera condenações criminais confirmadas em diversas instâncias, tendo sido preso por 580 dias⁴. Nesse sentido, o jornalismo da emissora e a sua equipe de comentaristas **estariam impedidos de emitir qualquer tipo de manifestação ou juízo sobre esses fatos**. Por essa razão, foi amplamente noticiada a orientação interna do departamento jurídico da empresa, solicitando que os profissionais se abstivessem de utilizar, em relação a Luiz Inácio Lula da Silva, as seguintes expressões: “ex-presidiário”; “descondenado”; “ladrão”; “corrupto”; “chefe de organização criminosa”⁵.

II

Pois bem, não parece haver dúvidas de que uma decisão judicial que proíbe a exibição de um documentário (jamais exibido, isto é, em relação ao qual há completo desconhecimento em relação ao seu conteúdo) configura, em tese, **censura prévia**. Não se desconhece, convém sublinhar, que a Lei nº 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições, tem todo um regramento específico, entre os artigos 57-A e 57-J, para a propaganda eleitoral na internet. E, entre as condutas vedadas, está a veiculação de propaganda eleitoral em sítios de pessoas jurídicas.

O próprio relator da decisão que impediu, até o dia 31/10/2022, a exibição do documentário “*Quem mandou matar Jair Bolsonaro?*”, pela empresa Brasil Paralelo, reconhece que a questão é controversa, porque há uma linha realmente tênue entre a exibição de um conteúdo que, supostamente, possa provocar no público uma sensação ou um efeito eleitoral benéfico a determinado candidato e, de outro lado, a propaganda eleitoral pura e simples. Todavia, **é exatamente para evitar um caminhar sinuoso por essa linha tênue, um caminhar que, in casu, privilegia a censura prévia em nome da “segurança do processo eleitoral”, que a Constituição fez uma opção expressa e irrefutável:**

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

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

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

⁴ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/ex-presidente-lula-e-solto-apos-580-dias-presno-na-policia-federal-em-curitiba.shtml>

⁵ Ver, nesse sentido, a seguinte notícia: <https://www.poder360.com.br/midia/jovem-pan-proibe-profissionais-de-chamar-lula-de-ladrao/>

Em outras palavras, é preciso conviver com essa chamada “linha tênue” e se abster de, em nome de qualquer finalidade política, ideológica ou artística, presumir o ilícito de um conteúdo que nem mesmo chegou a vir a público, proibindo a sua exibição. A clareza da norma constitucional impõe um mandamento para que se presuma a legitimidade da expressão do pensamento, da arte, da criação e da informação. Note-se que a presença da censura é tão explícita que os ministros que referendaram a decisão do Corregedor-Eleitoral, no caso específico da suspensão da exibição de documentário, referem-se claramente à **excepcionalidade da medida**. O problema é que essa excepcionalidade tem um significado jurídico tão nítido como preocupante: cuida-se de abrir uma exceção à regra constitucional⁶, sem que a própria Constituição admita essa possibilidade, a não ser, conforme dispõe o art. 139 da Carta Magna, na hipótese do “estado de sítio”.

A Constituição, no campo da liberdade de expressão, manda que, independentemente das circunstâncias políticas e das conveniências ideológicas, o Estado (e, evidentemente, o Estado-juiz) se abstenha de praticar qualquer tipo de censura. Note-se que, no âmbito mesmo da liberdade de expressão, as colisões entre princípios costumam ocorrer *depois* que, por exemplo, determinada informação passou a circular. Não se trata de impedir a sua circulação, mas, dentro do paradigma da proporcionalidade, examinar eventual configuração do ilícito, com a consequente utilização dos instrumentos reparatórios que o sistema constitucional oferece para, em especial, a proteção da honra e da intimidade.

Todo esse raciocínio também se aplica, *com maior razão*, à **censura** direcionada ao jornalismo da Jovem Pan, não exatamente em virtude da concessão dos direitos de resposta – instrumento, em tese, legítimo e, por definição, sempre posterior ao caso –, mas em virtude da **presunção de que os jornalistas e comentaristas voltariam a cometer o que, na compreensão do Tribunal, configuraria um excesso passível de reparação**. Em outras palavras, quando o Tribunal Superior Eleitoral determina que uma empresa jornalística se abstenha de se manifestar sobre determinado assunto, de emitir uma opinião sobre determinado tema, presumindo que ela excederá os limites da proteção da honra e, *in casu*, da integridade do processo eleitoral, o que o Tribunal faz, em síntese, é censurá-la.

Isso resta absolutamente vedado pela Constituição, com expressa e indisputável confirmação pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em particular, na **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. É conhecidíssima a ampla proteção constitucional outorgada pelo STF à liberdade de expressão. Convém, entretanto, reproduzir trechos fundamentais da ementa, cuja extensão não recomenda a sua transcrição integral:

⁶ Do ponto de vista da teoria do direito, com evidente implicação no campo da interpretação constitucional, não se pode afirmar que a norma que, concretamente, veda qualquer tipo de censura seja um “princípio”, sujeito, portanto, à ponderação com outros princípios. Trata-se, indubitavelmente, de uma regra, com “eficácia de trincheira”, com textura muito similar àquela que, no art. 5º, III, proíbe a tortura.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). (...). A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. (...). A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. (...). O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, **rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização**. 3. (...). Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, **no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas**; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.. (...). **Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas**. (...) 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (ADPF 130, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020), grifos nossos.

Ora, a rigor, bastaria a fiel e irrestrita observância do que restou consignado na ADPF nº 130. Os trechos acima grifados são mais que elucidativos e, na verdade, até mesmo dispensam a confecção de laudas e laudas para demonstrar a inconstitucionalidade da atuação recente do Tribunal Superior Eleitoral. **Há uma violação clara e manifesta à Constituição e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. O acórdão *supra* corrobora todos os pontos aqui enfrentados, com especial destaque para a absoluta inconstitucionalidade de qualquer tipo de censura prévia. O STF é claro: primeiro vem a informação, absolutamente insuscetível de censura; depois, discute-se eventual violação à honra, à privacidade, à higidez do processo eleitoral, entre tantos outros valores que o ordenamento jurídico também alberga.

III

Também é preciso notar, de maneira realmente breve, que a Resolução aprovada pelo Plenário do TSE em 20/10/2022, que “dispõe sobre o enfrentamento à desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral”, **vulnera claramente** o art. 105 da Lei nº 9.504/1997, com redação dada pela Lei nº 12.034/2009. Esse dispositivo contém um comando claríssimo:

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

O objetivo desta garantia consiste em resguardar a segurança jurídica do processo eleitoral; aliás, em consonância com todo o regramento constitucional que trata da matéria. O Tribunal Superior Eleitoral não é um árbitro da *substância* do jogo, mas um órgão destinado a assegurar a fiel observância e execução dos procedimentos que conformam o espaço em que o jogo político se estabelece. Por isso, há um limite para a mudança de regras, porque a mudança nas regras, especialmente a poucos dias da eleição, pode acabar atendendo a objetivos meramente casuísticos, desestruturando não só as expectativas daqueles que participam diretamente do pleito, mas também do cidadão, que, no exercício ativo dos seus direitos políticos, também precisa ter absoluta clareza em relação a tais regras.

A referida Resolução, além de ampliar os poderes do Tribunal, estabelece novas hipóteses de sanção (de multa, em particular), **o que contraria frontalmente o art. 105 da Lei nº 9.504/1997**. Mais ainda: por meio de ato administrativo do Tribunal Superior Eleitoral, isto é, sem que haja qualquer respaldo em lei, há um aumento significativo dos poderes do Presidente da Corte, conforme se verifica do “caput” do art. 3º do referido ato⁷. De ofício, a ele é facultado aplicar a casos idênticos a mesma determinação já realizada, via colegiado, em situações anteriores. O problema é que o tema objeto dessa extensão de poderes é a chamada “desinformação”, cuja abertura semântica tem o potencial de dar lugar a arbitrariedades.

IV

No Estado Democrático de Direito, quando os tribunais, que deveriam ser os guardiões dos direitos fundamentais, passam a comprometê-los, é não só natural como recomendável que as Casas Legislativas reajam. Não se trata, note-se bem, de qualquer tipo de afronta aos tribunais. Trata-se, antes, precisamente do manejo do mecanismo de freios e contrapesos. Os juízes, inclusive em jurisdição eleitoral, exercem **poder**. As suas decisões não derivam simplesmente da aplicação das regras da lógica, não correspondem a uma tecnologia dominada por especialistas. Na verdade, as suas decisões, sobretudo quando tangenciam temas de repercussão política e sobretudo quando invocam fundamentos abstratos como “fake news” ou “desordem informacional”, necessariamente envolvem o exercício de poder. E esse poder pode ser excessivo, o que implica o mecanismo terapêutico da contenção. Quando não há autocontenção, outro poder legítimo, constituído e com respaldo para criar normas gerais, deve servir de freio ao excesso.

⁷ Art. 3º A Presidência do Tribunal Superior Eleitoral poderá determinar a extensão de decisão colegiada proferida pelo Plenário do Tribunal sobre desinformação, para outras situações com idênticos conteúdos, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 2º, inclusive nos casos de sucessivas replicações pelo provedor de conteúdo ou de aplicações.

Nesse sentido, **é salutar a iniciativa legislativa dos Deputados Federais Gilson Marques e Marcel van Hatten, por meio do Projeto de Lei nº 2657/2022⁸**. Note-se que, a rigor, o projeto simplesmente reforça os ditames da Constituição Federal e, ainda, o comando geral extraído da ADPF nº 130, proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Esse aspecto até mesmo redundante, mas absolutamente necessário, pode ser visto na proposta de introdução do art. 43-A⁹ na Lei nº 9.504/1997, a saber:

Art. 43-A. Opiniões, palavras, matérias ou demais manifestações jornalísticas e de imprensa não serão alvo de censura de qualquer natureza, ainda que favoráveis ou desfavoráveis aos candidatos do pleito. (...)

Além disso, também é oportuna a modificação na chamada “Lei de Abuso de Autoridade” (Lei nº 13.689/2019). Não se pode simplesmente permitir, sem reação legislativa, a violação contundente à Constituição e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; e tampouco, note-se, a violação à lei eleitoral mesma, com a criação de resolução de natureza “autônoma” há poucos dias da realização do segundo turno do pleito. Cuidasse, em essência, de verdadeiro abuso de autoridade, que tem como efeito a naturalização da **censura**, a disseminação do temor da autoridade constituída, a dúvida sobre a higidez de uma opinião e a deferência, não raro injustificada, à opinião convencional, controlada, em última instância, por um órgão jurisdicional.

É em reação absolutamente legítima ao arbítrio estatal, que também se configura no arbítrio judicial, que a referida proposição legislativa merece andamento, deliberação, aperfeiçoamento e, em consequência e dentro da construção democrática do Parlamento, aprovação.

⁸ O PL encontra-se disponível imediatamente no seguinte endereço eletrônico, de consulta rápida: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2210991&filename=Tramitacao-PL+2657/2022

⁹ O Projeto de Lei ainda acrescenta mais elementos no mesmo sentido:

“Art. 57-C. ...

§4º Não serão alvo de censura prévia quaisquer opiniões, palavras, produções, publicações ou manifestações acerca dos candidatos ao pleito, compreendendo-se censura prévia como:

a) Proibição da veiculação de quaisquer opiniões, palavras, produções, publicações ou manifestações antes de terem sido veiculadas pelo requerido;

b) Determinação de multa diária ou desmonetização superior ao valor do §2º deste artigo para a infração do caput”.

