

A TUTELA DA INTEGRIDADE DO PROCESSO ELEITORAL CONTRA A DESINFORMAÇÃO: ENTRE A RETÓRICA ELEITORAL LÍCITA E A DESINFORMAÇÃO ILÍCITA

PROTECTING THE INTEGRITY OF THE ELECTORAL PROCESS AGAINST DISINFORMATION: BETWEEN LEGAL ELECTORAL RHETORIC AND ILLICIT DISINFORMATION

Alaor Leite¹

Doutor e Mestre (LL.M.) (Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, Alemanha)

Ademar Borges²

Doutor em Direito Público (UERJ, Rio de Janeiro/RJ)

Consulentes: Artigo 19, Comissão Arns e Conectas, agosto/2022.

SUMÁRIO: A. A consulta; B. Direito material: a retórica eleitoral permitida e a desinformação ilícita; C. Direito processual: dinamismo processual e a tutela judicial efetiva da integridade do processo eleitoral; D. Resposta aos quesitos.

SUMMARY: A. *The consultation*; B. *Substantive law: permitted electoral rhetoric and illicit disinformation*; C. *Procedural law: procedural dynamism and effective judicial protection of the integrity*

of the electoral process; D. *Answer to the questions.*

A. A CONSULTA

Os contornos da Consulta que nos foi dirigida (I.) impõem que delimitemos, de saída, o real problema a que este Parecer dedicará a sua atenção (II.). Os intrigantes

¹ Docente assistente junto à cátedra de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Universidade Humboldt, de Berlim, Alemanha. Consultor (OAB/PR 50.801). E-mail: alaor_leite@yahoo.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5760178692478367>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3537-5510>.

² Professor do Corpo Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do IDP. *Visiting Scholar* na Boston College. Consultor (OAB/DF 29.178). E-mail: sousafilhoademar@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0037608878546602>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7816-1993>.

tópicos envolvidos, de feições novas e transbordantes, sugerem algumas linhas sobre a estrutura deste estudo (III.).

I. OBJETO DA CONSULTA

As organizações Artigo 19, Comissão Arns e Conectas (“Consulentes”) consultam-nos a respeito de questões da mais alta indagação suscitadas a partir da Representação nº 0600741-16.2022.6.00.0000 (“Representação”), ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral (“MPE”) em face do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, por violação ao art. 36, *caput* e § 3º, da Lei nº 9.504/1997 e ao art. 9º-A da Resolução nº 23.610/2019 do Tribunal Superior Eleitoral (“Resolução”).

A Representação visa a apurar a alegada prática de propaganda eleitoral antecipada em razão do discurso proferido pelo Presidente da República a diplomatas acreditados no País, em 8 de julho do corrente ano, e divulgado amplamente pelas redes sociais e aplicativos de mensageria instantânea, contendo afirmações falsas e distorcidas de fraude eleitoral e de irregularidades no sistema de votação, voltadas a atingir a integridade do processo eleitoral e a abalar a confiança nas instituições eleitorais. As invectivas estariam dirigidas, em primeira linha, às urnas eletrônicas.

Na Representação, o MPE apontou não se tratar de um episódio isolado de propaganda irregular, mas de um quadro de reiterado e sistemático questionamento da confiabilidade do sistema eletrônico de votação como um todo – com mais de 20 manifestações dessa ordem apenas em 2021 (p. 7)³. Aduziu, ainda, que tais assertivas contra as urnas eletrônicas já foram objeto de vistosa demonstração de sua falsidade, por meio de desmentidos oficiais, e que jamais, em 26 anos, foram apresentados indícios ou provas que as corroborassem. Além disso, salientou o benefício eleitoral que o candidato pretende angariar com tais alegações falsas, por meio de “um discurso substancialmente negativo com relação ao candidato que seria favorecido pelas falhas do sistema”, além da configuração de “propaganda negativa de

³ “As passagens transcritas no início desta petição integram um conjunto de assertivas que compõe o propósito de desacreditar a legitimidade do sistema de votação digital que será empregado nas eleições vindouras e que tem sido adotado desde 1996. Invectivas contra a confiabilidade das urnas eletrônicas por parte do ilustre representado não são inéditas, como é notório” (p. 7); e acrescenta, ainda, que a descrição de reiterados episódios “serve para dar conta da notoriedade das posições inclinadas ao repúdio ao sistema de votação” (p. 7).

todo o sistema eleitoral, que lhe afeta a credibilidade e, por isso até a de todos os candidatos que aceitam participar do pleito segundo as regras vigentes” (p. 19).

Ao final, a Representação tenciona demonstrar que o discurso proferido se ajusta às hipóteses de incidência do novo art. 9º-A da Resolução e argumenta que o “discurso de vitimização, inerente à hipótese descrita [...], equivale a pedido de voto em quem o profere e de não voto nos que são apontados como beneficiários das tramas narradas” (p. 20), de modo a caracterizar propaganda antecipada. Assim, também com base no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, o MPE pede a remoção dos vídeos que reproduzem o discurso presidencial aos diplomatas estrangeiros, bem como a aplicação de multa por propaganda eleitoral antecipada.

O Presidente da República, na condição de candidato à reeleição e de representado, apresentou defesa em que pediu o não conhecimento da ação por impropriedade da via eleita, ao argumentar que o discurso questionado não é hábil a configurar propaganda antecipada, tendo em vista que não apresenta conotação eleitoral (sendo, ao revés, indiferente eleitoral), já que o sujeito supostamente prejudicado é o sistema de votação, apuração e totalização dos votos – e não a honra e a imagem de qualquer pré-candidato. Subsidiariamente, defendeu que não estão, no caso, presentes os requisitos para configuração de propaganda eleitoral extemporânea, pela alegada ausência de conteúdo eleitoral, de pedido explícito de votos ou de violação à igualdade de chances na disputa. Nesse sentido, alegou que o pronunciamento poderia ser enquadrado no art. 36-A, inciso V, da Lei nº 9.504/1997, que autoriza expressamente a divulgação de “posicionamento pessoal” sobre questões políticas, uma vez que suas colocações teriam se dado no intuito de “sugerir aprimoramentos ao sistema eleitoral para o Tribunal Superior Eleitoral”.

Diante do quadro narrado, de conspícuo interesse público, e considerando que o dispositivo transcrito foi introduzido recentemente na regulamentação eleitoral, não tendo sido objeto de análise e delimitação pela jurisprudência, os Consulentos resolveram nos dirigir as seguintes indagações:

“1. Qual é o objeto e o alcance do ilícito eleitoral previsto no art. 9º-A da Resolução TSE nº 23.610/2019 e quais são os requisitos para sua aplicação?”

2. Configurado o ilícito previsto no art. 9º-A da Resolução TSE nº 23.610/2019, quais medidas podem ser adotadas para garantir a sua cessação?
3. Pode a desinformação contra o processo eleitoral gerar repercussões penais?”

II. O PROBLEMA

Sob o ângulo mais concreto, a contenda diz respeito *ao objeto e ao alcance do novo art. 9º-A da Resolução*, de seguinte redação: “*É vedada a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos, devendo o juízo eleitoral, a requerimento do Ministério Público, determinar a cessação do ilícito, sem prejuízo da apuração de responsabilidade penal, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação*”.

A leitura do dispositivo revela, contudo, que há mais em jogo do que mero equacionamento de pontual propaganda extemporânea a ser sancionada. O art. 9º-A tutela a integridade do processo eleitoral como um todo contra um específico método de agressão, a saber, a desinformação. Essa *dimensão sistêmica*, como é fácil de perceber, transcende o aspecto individual ligado à obtenção de vantagem concorrencial no pleito ou os eventuais efeitos gerados perante o eleitorado. Esse aspecto transbordante conecta o problema de que aqui se cuida com o tema mais geral dos *ataques discursivos contra as instituições do Estado de Direito*⁴ – e ninguém duvida de que a integridade do processo eleitoral compõe o pilar de um Estado de Direito vigoroso –, o que, em situações mais graves, pode adquirir não apenas repercussões eleitorais, como também penais, como, aliás, recorda a parte final do próprio dispositivo (“sem prejuízo da apuração de responsabilidade *penal*, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação”). Também a Representação destaca essa dimensão sistêmica, ao identificar “a propaganda negativa *de todo o sistema eleitoral*, que

⁴ Cf., a propósito, Cf. LINZ, J. *The breakdown of democratic regimes: crisis, breakdown, & reequilibration*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1978. p. 28, ss.; e PONTES, J. G. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 173 e 217.

lhe afeta a credibilidade e, por isso, até a de todos os candidatos que aceitam participar do pleito segundo as regras vigentes” (p. 19).

O problema mais geral a que terá de se dedicar este Parecer passa a ser, portanto, a demarcação de uma *linha divisória entre a retórica eleitoral lícita – porque garantida pelo direito à liberdade de expressão – e a desinformação ilícita*. Afinal, apenas a enunciação judicial de uma tal linha divisória é que poderá conferir real sentido aos anseios do legislador ao editar o art. 9º-A da Resolução. A Representação, que reflete com especial intensidade essa dimensão sistêmica que habita o art. 9º-A, configura providencial ocasião para essa enunciação balizadora, sobretudo por já estarmos, desde 15 de agosto, em pleno período eleitoral.

III. ESTRUTURA DO PARECER

A existência dessa dimensão sistêmica impõe a este estudo uma estrutura específica.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer todas as questões de *direito material* envolvidas na demarcação das fronteiras entre retórica eleitoral lícita e desinformação ilícita (B.). A tensão entre liberdade de expressão e tutela da integridade do processo eleitoral (B. I.) será equacionada a partir de uma análise da singularidade desse relevante bem jurídico – indispensável à consecução dos desígnios mais profundos do Estado de Direito –, cuja tutela será tanto mais urgente quando mais próximo estiver o momento culminante da democracia: o da votação, da apuração e totalização dos votos (B. II.). A essa altura, a especificidade da desinformação como método de agressão a esse bem permitirá a iluminação dos sentidos contidos no art. 9-A da Resolução, de modo a demonstrar que sua aplicação não está estritamente vinculada à jurisprudência tradicional construída para o controle da legalidade da propaganda eleitoral (B. III.). Essa iluminação nos colocará em condições de, enfim, traçar a linha divisória entre quatro zonas, a saber: a ampla zona da permissão, a zona do ilícito eleitoral em primeiro nível, a zona do ilícito eleitoral em segundo nível e, por fim, a zona do ilícito penal. Como se verá, a sobreposição concomitante entre as zonas de ilícito – uma situação extrema, mas que pode ocorrer – gera atentado dos mais graves contra a integridade do processo eleitoral, que deve ser cessado, apurado e sancionado com presteza e vigor (B. IV.).

A dimensão sistêmica da desinformação ilícita revelada na seção de direito material exigirá um correlato de *direito processual*, que permita concluir por uma tutela judicial efetiva do bem jurídico “integridade do processo eleitoral”, em toda sua singularidade, e que, ademais, dê vida plena ao novo art. 9º-A da Resolução (C. I.). Essa tutela judicial efetiva da integridade do processo eleitoral em um contexto dinâmico de ataques reiterados e sistêmicos à confiabilidade das urnas eletrônicas e das instituições eleitorais por meio de desinformação pode justificar, no âmbito de representação por violação ao art. 9º-A, a imposição de consequências processuais de caráter flexível destinadas à garantia da “cessação do ilícito” – como se lê na letra do referido artigo –, inclusive por meio da concessão de direito de resposta, do emprego da tutela inibitória, da inauguração de um processo de fiscalização contínua até o fim da campanha eleitoral e de outras medidas cautelares (C. II.).

A *conexão* entre a seção de direito material – que revela o conteúdo de injusto da desinformação contra a integridade do processo eleitoral – e a de direito processual – que permite a edificação de formas processuais que ofereçam tutela efetiva ao bem – nos colocará em condições de avaliar se a descrição contida na Representação, atenta à dimensão sistêmica ao descrever as condutas do representado, pode produzir outras consequências processuais que reflitam essa dimensão, com o que, finalmente, poderemos responder às indagações (D.)

B. DIREITO MATERIAL: A RETÓRICA ELEITORAL PERMITIDA E A DESINFORMAÇÃO ILÍCITA

A distinção entre retórica eleitoral permitida e desinformação ilícita deve partir de considerações de natureza *jurídico-dogmática* sobre a autonomia e a singularidade do bem jurídico “integridade do processo eleitoral”, sobretudo quando afetado por um específico método de agressão, a saber, a desinformação (I., II. e III.). Em um segundo momento, as considerações passam a ser de natureza *jurídico-positiva*: a partir de uma determinação mais precisa do conteúdo do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, do art. 9º-A da Resolução e do art. 359-L do Código Penal, será possível demarcar as fronteiras entre as zonas de licitude e de ilicitude (IV. e V.). A gravidade dos ilícitos será o critério de medida para a determinação do grau interventivo de eventuais medidas de cessação do ilícito.

I. DUAS PREMISSAS: PREVALÊNCIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DEBATE POLÍTICO-ELEITORAL E NECESSIDADE DE TUTELA DAS INSTITUIÇÕES DO ESTADO DE DIREITO

Este estudo pode partir de *duas premissas* de que ninguém discorda em abstrato, mas das quais nem sempre são retiradas todas as consequências jurídicas mais concretas. A primeira delas é a de que, no caloroso debate público de ideias, sobretudo quando em causa estiver a crítica ao poder, a liberdade de expressão deve ter inequívoca prevalência⁵. A segunda é a de que o exercício dessa liberdade, caso afete um bem jurídico digno de tutela, pode ensejar responsabilização posterior⁶. Essas duas premissas assumem enorme relevância quando os ataques discursivos se dirigem a uma instituição do Estado de Direito⁷, sobretudo quando a crítica ao poder parte de dentro do próprio poder – um “ataque intestino”, para rememorar feliz expressão da Ministra Rosa Weber⁸. Como há consenso nas premissas, mas hesitação nas consequências, convém explicitar alguns aspectos relevantes que pautam o exercício da liberdade discursiva nesse setor delicado.

Em primeiro lugar, é preciso distinguir analiticamente entre *enunciação de fatos* e *emissão de juízos de valor*. A comunicação de fatos se insere no âmbito do direito à liberdade de informação, enquanto que a liberdade de expressão em sentido estrito se refere às demais formas de manifestação do

⁵ Cf. STF. HC 82.424, Tribunal Pleno, Red. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 19.03.2004. No mesmo sentido: STF. RE 898.450, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 31.05.2017; ADO 26, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 13.06.2019; e MI 4.733, Rel. Min. Edson Fachin, J. 13.06.2019.

⁶ Como é o caso da honra individual. O limite dessa condescendência com a verbosidade estará, contudo, atingido nos casos das chamadas *críticas aviltantes* ou *injúrias pela forma*, categorias desenvolvidas pela Corte Constitucional alemã e recentemente recepcionadas pelo STF, na Pet. 8.424 e na AP 1.044, sobretudo nos votos do Ministro Gilmar Mendes. Nesses casos, em resumo, as ofensas ao agente estatal se desvinculam completamente do objeto do debate, se desatrelam de um assunto de interesse geral, e a suposta “crítica ao poder” se revela mero ensejo para, por meio de incontinência discursiva, ultrajar a honra individual alheia.

⁷ Cf. LEITE, A.; TEIXEIRA, A. Parecer. Defesa do Estado de Direito por meio do direito penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 182, p. 385-458, 2021.

⁸ STF. AP 1044, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 23.06.2022. Os ataques discursivos à democracia são ainda mais graves quando partem do “centro do poder”, nas palavras de VILHENA, O. Democracia militante. *Folha de São Paulo*, 14 de março de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2020/03/democracia-militante.shtml>. Acesso em: 22 ago. 2022.

pensamento, como opiniões, juízos de valor e emoções. No caso da liberdade de informação, o interesse coletivo na obtenção de informações de fatos dotadas de confiabilidade e credibilidade determina um regime jurídico específico, de acordo com o qual se estabelecem requisitos (como a veracidade) e se atribuem responsabilidades e deveres mais rigorosos (como a diligência na apuração e a boa-fé na enunciação). Na doutrina brasileira, essa distinção tem interesse prático na medida em que o legítimo exercício do direito de manifestação do pensamento exige atuação diligente e de boa-fé na transmissão de fatos, de modo que estará fora do âmbito de proteção da liberdade de expressão a comunicação maliciosa ou manifestamente negligente de fatos inverídicos⁹.

Na dogmática constitucional alemã, é dominante a posição de que apenas as manifestações que corporificam uma *opinião*, um juízo de valor do emitente, um posicionamento pessoal, estão abrangidas pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão – recordemos seminal trabalho de Dieter Grimm¹⁰. Ainda que não se chegue a esse ponto e se reconheça algum grau de proteção constitucional a declarações errôneas sobre fatos quando se tratem de erros honestos e não propositais, deve-se concluir que *não há, nunca houve e não deve haver um direito fundamental a falsear – de modo intencional e deliberado – fatos sabidamente inverídicos*. Por vezes, é árdua a distinção entre os dois conceitos, eis que juízos de valor costumam estar baseados em fatos mais ou menos seguros. Ainda assim, esse primeiro recorte – nem sempre levado a sério – já revela que a produção de narrativas *sabidamente mentirosas* não encerra, em si, o exercício de um direito fundamental à liberdade de expressão que mereça a nobre proteção conferida aos juízos de valor, de modo que a tensão entre proibição jurídica e liberdade de expressão não se coloca com toda intensidade. Se o Direito não proscreve a mentira pura e simples, é por outras razões: *a mentira só adquire relevância jurídica quando inserida em contexto específico, quando se transforma em veículo de agressão a bens relevantes*.

No debate político-eleitoral em específico, são, assim, permitidos e benfazejos os *juízos de valor* no sentido de uma diversa arquitetura eleitoral, visionária ou retrógrada, emitidos seja para ensejar a melhoria do sistema vigente, seja para a sua substituição completa, seja ainda destinada apenas a

⁹ CARVALHO, L. G. G. C. de. *Direito de informação e liberdade de expressão*, 1999, p. 25.

¹⁰ GRIMM, D. Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Neue Juristische Woche (NJW)*, 1996, p. 1697 ss.

corporificar meticulosa estratégia eleitoral. Há um momento, contudo, em que mesmo juízos de valor que se insiram no âmbito de proteção da liberdade de expressão, e, com mais razão, a enunciação de fatos falsos podem ingressar na *zona de ilicitude*. Essa transformação ocorre, para ficar apenas com um caso, quando os *ataques discursivos se dirigem às bases fundamentais do Estado de Direito e produzem um abalo no funcionamento real de uma instituição democrática*.

Esse delicado contexto, como já se disse em outro estudo¹¹, lançou historicamente a pergunta sobre a conveniência de conferir incondicional “liberdade para os inimigos da liberdade” – o “paradoxo da democracia e da tolerância”, que ganharia notoriedade em Popper¹² –, ou se não seria, antes, o caso de acautelar a ordem constitucional contra os “inimigos da Constituição”, que se valem dos mecanismos constitucionais e democráticos para destruir, de dentro, a Constituição e a democracia¹³. Seria preciso abandonar a “democracia indiferente”¹⁴. Surgiria, ainda no final da década de 30 do século XX¹⁵, o conceito

¹¹ LEITE, A.; TEIXEIRA, A. Parecer. Defesa do Estado de Direito por meio do direito penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 182, p. 385-458, 2021.

¹² Cf. POPPER, K. *The open society and its enemies*. London/New York, v. I, 2009. p. 130 e ss., p. 202 e ss. e sobretudo p. 293 (nota 4 ao capítulo 7), que erige como “princípio democrático” a “evitação da tirania” (pp. 132-133), e conclui: “*There is a fundamental difference between a democratic and a totalitarian criticism of democracy*” (p. 202). Popper afirma que esses paradoxos remetem à obra de Platão. O paradoxo da tolerância (“*Unlimited tolerance must lead to the disappearance of tolerance*”, p. 293) conduz Popper à seguinte conclusão: “*We should therefore claim, in the name of tolerance, the right not to tolerate the intolerante*” (p. 293). O autor, à mesma página, não descarta que, nesse mister, sejam necessárias proibições penais.

¹³ VOßKUHLE, A.; KAISER, A.-B. Wehrhafte Demokratie. *JuS*, p. 1154 e ss., 2019.

¹⁴ MANNHEIM, K. *Diagnose unserer Zeit: Gedanken eines Soziologen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1951. p. 19. Em outro contexto, em 1929, no calor dos debates, Kirchheimer valeu-se da expressão “democracia do conforto”: KIRCHHEIMER, O. In: BUCHSTEIN, H. (org.). *Otto Kirchheimer: Gesammelte Schriften*. Baden-Baden: Nomos, 2017. p. 171 e ss., p. 214 e ss.

¹⁵ Pioneiro foi o já citado estudo de LOEWENSTEIN, K. *Militant democracy and fundamental rights*. *The American Political Science Review*, Vol. XXXI, p. 417 e ss., p. 430 e ss., 1937. Para o debate subsequente, foi fundamental o também já citado livro de MANNHEIM, K. *Diagnose unserer Zeit: Gedanken eines Soziologen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1951: “Para sobreviver, nossa democracia tem que se tornar uma democracia combativa (*streitbare Demokratie*)”. Sobre o debate mais recente, ISSACHAROFF, S. *Fragile Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 100 e ss., p. 123: “*It is by now well established that all constitutional orders retain emergency powers, either formally or informally*”; TYULKINA, S. *Militant democracy: undemocratic political parties and beyond*. London: Routledge, 2016. p. 41 e ss. É também divulgada a formulação de MOUFFE, C. *The democratic paradox*. London/New York: Verso Books, 2005. p. 4: “*Liberal-democratic institutions should not be taken for granted: it is always necessary to fortify and defend them*”; no Brasil, cf. sobre o “paradoxo da democracia”, VIEIRA, O. V. *A batalha dos*

de “democracia combativa”¹⁶, ou seja, uma democracia com maior instinto de sobrevivência, sem ingenuidades a respeito de sua inevitável e permanente fragilidade, sem adotar aciana passividade em face de seus detratores internos. Uma democracia que mira a paz, mas não descarta a guerra. Não se trataria – e esse ponto é delicado – de introjeção de uma devoção a valores constitucionais – anseio mais acomodado a ditaduras –, mas de *autodefesa institucional*, de modo a assegurar um ambiente em que os demais direitos fundamentais estejam assegurados a todos¹⁷.

A necessidade de tutela das bases fundamentais do Estado de Direito também contra ataques discursivos é percebida em quase todas as democracias modernas¹⁸. Para mencionar apenas um exemplo, a vigente Constituição alemã, a Grundgesetz de 1949, respirando esse ambiente, abraçaria decididamente a ideia de autoproteção institucional¹⁹. A GG, costuma-se dizer, viria a erigir uma “ordem democrática baseada na liberdade” (*freiheitliche und demokratische Ordnung*)²⁰, que assegura, por meio de alguns mecanismos, “limites últimos” ao exercício individual e coletivo dessa liberdade²¹. Esse ideário captado pela rubrica “democracia combativa” se expressa em dispositivos específicos da GG, se bem que de maneira multifacetada, como, por exemplo, nas polêmicas

Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 215 e ss.

¹⁶ Informações interessantes no estudo comparativo de FLÜMANN, G. *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten*. Berlin: Springer, 2014; cf. também FÜHRMANN, M. *Antixtremismus und wehrhafte Demokratie*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

¹⁷ Sobre o tema, no Brasil, cf. o estudo indispensável de PONTES, J. G. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

¹⁸ Há recentíssima e interessante monografia dedicada a esse tema, defendida como tese de doutorado na Universidade Humboldt, de Berlim: VOLKMANN, V. *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?* Berlin, 2019. No recente precedente firmado no julgamento da AP 1044, a Ministra Rosa Weber mencionou a experiência comparada na criminalização de ataques discursivos ao regime democrático: “Menciono, em caráter exemplificativo, os tipos penais previstos no Código Penal italiano (art. 290 – ‘Vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate’), português (art. 333 – ‘crime de coação contra órgãos constitucionais’) e alemão (§ 90b, StGb). Assim, o Código Penal alemão tipifica o crime de ultraje ou depreciação hostil dos órgãos constitucionais (§ 90b, StGb), praticado mediante o uso da palavra [...]” (STF. AP 1044, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 23.06.2022).

¹⁹ Sobre a formação, evolução e conteúdo da GG, ver SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

²⁰ Sobre esse conceito, em detalhes, o estudo de Gusy, *AöR* 1980, p. 279 e ss.

²¹ VOßKUHLE, Andreas; KAISER, Anna-Bettina. “Wehrhafte Demokratie”. *JuS* 2019, p. 1154 e ss.

proibições de partidos (art. 21 II GG) e de reunião (art. 9 II GG) – condicionadas a critérios restritos e passíveis de declaração apenas pelo BVerfG (art. 21 IV GG) –, na remotíssima possibilidade de que direitos fundamentais “caduquem” em razão do comportamento de seu portador – a “*Grundrechtsverwirkung*” do art. 18 GG²² – e, sob certo aspecto, nas cláusulas pétreas ou “garantias eternas” do art. 79 III GG, que amarram o legislador ordinário²³. O Código Penal alemão, por sua vez, contém um extenso capítulo dedicado à proteção penal do Estado de Direito²⁴.

Traçar a linha entre retórica eleitoral lícita, porque garantida pela liberdade de expressão, e desinformação ilícita significa, em outras palavras, *elaborar a proteção do Estado de Direito dentro do Estado de Direito*²⁵. A proteção jurídico-penal das instituições contra ataques discursivos deve, portanto, partir de resoluta compreensão da preferência da liberdade de expressão em manifestações na esfera pública – elemento que une a tradição americana²⁶, alemã e, no Brasil, a jurisprudência do STF²⁷. Essa preferência, como se viu, cederá em casos específicos, naturalmente, mas deve constituir o ponto de arranque de qualquer formulação. Não se deve estipular uma proibição jurídica ao primeiro sinal de febre democrática, muito ao revés: em regra, a instituição sólida deve sobreviver às invectivas discursivas mais mordazes, sem

²² Não se tem notícia de que o dispositivo já tenha sido efetivamente aplicado pelo BVerfG; cf. VOßKUHLÉ, A.; KAISER, A.-B. *Wehrhafte Demokratie*. *JuS*, p. 1154 e ss., p. 1156, 2019; ulteriores informações em PAPIER/DURNER, *AöR* 2003, p. 340 e ss., p. 349 e ss., indicando que a norma possui uma “função simbólica e de chamada de atenção”.

²³ Mais detalhes em VOßKUHLÉ, A.; KAISER, A.-B. *Wehrhafte Demokratie*. *JuS*, p. 1154 e ss. 2019. Oscar Vilhena menciona ser essa ideia de “entrincheirar determinados dispositivos” uma herança da erosão de Weimar: VIEIRA, O. V. *A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 95.

²⁴ Com informações históricas sobre o momento anterior a essa inclusão e com as razões da nomenclatura, BACKES, O. *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*. Köln/Berlin/Bonn/München, 1970. p. 160 e ss.

²⁵ Nosso diagnóstico já brevemente exposto em LEITE, A.; TEIXEIRA, A.; BORGES, A. *Fake news: mentiras criminosas? Estadão*, 10 de junho de 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fake-news-mentiras-criminosas/>. Acesso em: 23 set. 2022. “Não transformemos a ‘irmã siamesa’ em inimiga capital, mas protejamos as instituições e o regime democrático”.

²⁶ Cf. BARENDT, E. *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 155 e ss.

²⁷ Sobre o conceito de “posição preferencial”, cf. STF, Rcl 22.328, 1ª T., Rel. Min. Luís Roberto Barroso, J. 06.03.2018. A respeito do papel das Supremas Cortes na defesa da democracia, ISSACHAROFF, S. *Fragile democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 275 e ss.

extrapolar os limites estabelecidos nas leis vigentes – essa altivez é seu traço verdadeiramente honorável²⁸. A liberdade de expressão não é um privilégio de uma elite intelectual²⁹, nem pressupõe lógica, coerência ou mesmo aderência constitucional³⁰. Liberdade de expressão não exige têmpera. O pugilato franco de ideias é salutar, seja porque o pluralismo de ideias promove o “alcance da verdade” – como queria Mill³¹ –, seja porque permite que as vertigens visionárias de minorias cultivem o sonho de se tornarem maioria – como, de certa forma, queria Kelsen³² –, mas sobretudo, em termos mais deontológicos,

²⁸ Cf. MÖLLERS, Christoph. *Demokratie: Zumutungen und Versprechen*. Berlin: Wagenbach Klaus, 2012. p. 111. Como bem sintetizou João Gabriel Pontes, “especialmente em cenários de normalidade institucional, reprimendas, ainda que duras, ao modo de funcionamento de determinado regime democrático costumam ser até positivas do ponto de vista do aprofundamento do debate público e, por isso, não ameaçam a liberdade de expressão, muito pelo contrário: são manifestações constitucionais desse direito” (PONTES, J. G. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 225).

²⁹ Assim, MÖLLERS, C. *Demokratie: Zumutungen und Versprechen*. Berlin: Wagenbach Klaus, 2012. p. 18-19; da mesma forma, decididamente, HÖRNLE, T. *Kultur, Religion, Strafrecht: Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft*. München: C.H. Beck, 2014. p. 44-45. Cf. também RAZ, J. *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 160 e ss., sobre a proteção do “bad speech” e da validação de “ways of life”.

³⁰ Oscar Vilhena recorda do caráter “particularmente duro” de que esses embates públicos podem estar revestidos: VIEIRA, O. V. *A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 35.

³¹ MILL, J. S. On Liberty, Chapter II. In: *On Liberty and other essays*. Oxford: Oxford Paperbacks, 2008. p. 20 e ss.; cf. SKORUPSKY, J. *Why Read Mill Today?* New York: Routledge, 2006. p. 56 e ss.; SCHAUER, F. Facts and the First Amendment. *UCLA Law Review*, n. 57, p. 897 e ss., 2010; cf. BAKER, E. *Human Liberty and Freedom of Speech*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 6 e ss.; cf. também MACEDO JUNIOR, R. P. Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience? *Revista de Direito da GV*, v. 13, n. 1, p. 274 e ss., jan./abr. 2017; sobre o “efeito resfriador” das limitações à liberdade de expressão, ver SOUSA FILHO, A. B. de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 370 e ss.; ver também SCHAUER, F. Fear, risk and the First Amendment. *Boston University Law Review*, n. 58, p. 685 e ss., 1978; SHAUER, F. Free speech, the search for truth, and the problem of collective knowledge. *SMU Law Review*, n. 70, p. 231 e ss., 2017; e SUNSTEIN, C. R. Falsehoods and the First Amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 33, n. 2, p. 388 e ss., p. 400 e ss., 2020.

³² KELSEN, H. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. ed. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1929. p. 132 e ss., p. 134, que, em seu “relativismo político” (p. 134), mencionava, contudo, os limites da “proporcionalidade” (p. 132). Dizemos “de certa forma”, porque a visão de Kelsen, segundo algumas leituras, parecia ir ainda mais longe (cf. PAPIER, H.-J./DURNER, AöR 2003, p. 340 e ss., p. 344); sobre a ideia de “democracia como autocorreção”, RIJPKEMA, B. *Militant democracy: the limits of democratic tolerance*. New York: Routledge, 2018. p. 133 e ss., p. 136; contra essa ideia mais relativista, como se sabe, MARCUSE, H. *Repressive Toleranz*. Frankfurt: Suhrkamp, 1965. p. 93 e ss., p. 101 e ss.

porque é direito fundamental sem o qual o regime democrático não pode ser pensado³³.

Chegará um momento, contudo, em que o método de agressão escolhido pelo emissor do juízo de valor ou da enunciação de fatos falsos afetará de tal forma uma instituição que componha o pilar do Estado de Direito, que uma reação estatal em forma de proibição jurídica será não apenas prudente e indicada, como impositiva para a própria sobrevivência do Estado de Direito. O fundamental, em primeiro lugar, é definir quais são os bens que compõem as bases fundamentais de um Estado de Direito, para depois avaliar os métodos de afetação desses bens.

II. A INTEGRIDADE DO PROCESSO ELEITORAL: UM BEM JURÍDICO SINGULAR

Embora se possa discorrer longamente sobre quais sejam esses bens fundamentais, é inegável que a *integridade ou a higidez do processo eleitoral* participa do cerne do Estado de Direito. Ninguém negaria, sem negar a própria ideia de Estado de Direito, que eleições livres e periódicas são indispensáveis para o regime democrático desenhado pela Constituição³⁴. As dúvidas esvanecem irrevogavelmente ao ler o § 4º do art. 60 da CF, em que desfilam as cláusulas pétreas: lá, no inciso II, está o “voto direto, secreto, universal e periódico”. Não à toa, identifica-se amplo consenso na literatura jurídica nacional e estrangeira no sentido de que a noção de democracia combativa

³³ Fundamental, a esse respeito, DWORKIN, R. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 195 e ss., p. 200 e ss., que recorda não serem as justificações “instrumentais” e “constitutivas” da liberdade de expressão necessariamente excludentes mutuamente (p. 201). Sobre justificações consequencialistas e deontológicas do direito de liberdade de expressão, COSTA NETO, J. *Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2014, p. 19 e ss.; cf. FAGUNDES, M. S. Direitos do homem, ordem pública e segurança nacional. *Revista de Direito Público*, v. 7, n. 30, 1974, p. 97 e ss., em que se pode ler: “A segurança não existe como uma abstração, isto é, por si e para si, porém, como instrumento para o bem coletivo”. A respeito das fundamentações “deontológicas” no direito penal, GRECO, L. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 230 e ss.

³⁴ Há absoluto consenso na literatura jurídica nacional e estrangeira de que a noção de democracia combativa ou militante deve ser mobilizada contra aqueles que ameaçam o sufrágio e suas dimensões essenciais (e.g., periodicidade). A esse respeito, cf., no Brasil, PONTES, J. G. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 134; e, em outro quadrante, RIJPKEMA, B. *Militant democracy: the limits of democratic tolerance*. New York: Routledge, 2018. p. 140 e ss.

deve ser mobilizada contra aqueles que ameaçam o sufrágio e suas dimensões essenciais (e.g., periodicidade)³⁵. João Gabriel Pontes, em recente estudo, destacou que “medidas militantes podem ser utilizadas para impedir que o direito de voto seja extinto ou que se adulterem as suas qualidades essenciais ao funcionamento da democracia como autocorreção”³⁶.

A integridade do processo eleitoral, órgão vital do Estado de Direito, corporifica bem jurídico dotado de *singularidade* digna de nota. Como se verá abaixo em detalhes, o art. 9º-A da Resolução se destina precisamente a dar conta dessa natureza singular.

Em primeiro lugar, convém destacar que a proteção de um *bem coletivo-institucional* dessa natureza é independente em relação à afetação de outros bens, como a honra individual dos demais candidatos ou o equilíbrio concorrencial do pleito. Tampouco se trata de exigir um impacto sobre o eleitorado, como quer o art. 323 do Código Eleitoral, ou a obtenção de vantagem em forma de voto. Não se cuida, portanto, de modalidade de propaganda irregular que pode ser removida e sancionada com multa, como se dá no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, ou de abuso do poder político ou econômico, que pode gerar inelegibilidade ou cassação, como se dá no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990. Esses bens podem ser lesionados sem que o processo eleitoral tenha sido afetado em sua integridade, como um todo. De outro lado, se a integridade do processo *em si* estiver afetada, essa afetação ganhará autonomia e preferência em relação a outras afetações³⁷.

A integridade do processo eleitoral pode ser lesionada, como é fácil de perceber, também por *extraneus* à disputa eleitoral, sem obtenção de qualquer benefício político-eleitoral imediato e sem triscar a honra dos demais participantes do pleito. Esse bem integra o seletorol do que o Professor inglês

³⁵ RIJPKEMA, B. *Militant democracy: the limits of democratic tolerance*. New York: Routledge, 2018. p. 140 e ss.

³⁶ PONTES, J. G. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 209.

³⁷ Não se desconhece a existência de evidências de que o argumento da fraude eleitoral tem sido utilizado, com sucesso, como estratégia de mobilização política. Cf., a propósito desse fenômeno nas eleições gerais brasileiras de 2018, GOMES, W.; DOURADO, T. M. *Fake news*, um fenômeno de comunicação política entre jornalismo, política e democracia. *Estudos em Jornalismo e Mídia*, v. 16, n. 2, p. 33-45, 2019. Mas essa dimensão relativa aos possíveis ganhos eleitorais resultantes de campanhas de desinformação contra o processo eleitoral não exclui a autonomia jurídica da tutela da integridade do sistema eleitoral em face da proteção da igualdade de chances.

Jeremy Horder, em recente e providencial estudo dedicado ao tema, chamou de *direitos de “participação política”*, cuja afetação pode ser objeto legítimo de uma proibição³⁸. Outros resultados são eventuais fenômenos acompanhantes. A conotação eleitoral, de toda forma, é ínsita a qualquer agressão à integridade do processo eleitoral *como um todo*.

A singularidade desse bem jurídico se manifesta em outro aspecto decisivo para este estudo. O *dinamismo* do bem integridade do processo eleitoral faz com que ele esteja *submetido a diferentes fases*, que oscilam entre calma e procela. O processo eleitoral – talvez seja possível recuperar linguagem que marcou a discussão em torno do próprio conceito de perigo a um bem jurídico, ainda no século XIX³⁹ – vai, ao longo do tempo, sofrendo uma espécie de *abalo existencial*: à medida que o período eleitoral vai se aproximando, esse bem, por estar submetido a intempéries, passa a estar mais exposto a agressões de toda sorte e, por isso mesmo, passa a reclamar uma maior proteção por parte do Estado. O início do período de campanha eleitoral propriamente dito – quando a propaganda passa a ser autorizada (art. 36 da Lei nº 9.504/1997) – agudiza a situação de abalo e inaugura verdadeira *crise existencial do bem*. Esse aspecto dinâmico, entre outras coisas, sugere que as formas de proteger o bem – seja cessando o ilícito, seja sancionando-o – devam se adequar ao momento em que a agressão ocorre: ela será tanto mais grave quanto mais *frágil* estiver o bem.

É também o passar do tempo que confere contornos cada vez mais concretos ao próprio *conceito de integridade* do processo eleitoral. Essa integridade – que diz respeito, sobretudo, ao processo de votação e de apuração e totalização de votos – depende, sobretudo, das regras acordadas em formato de lei parlamentar que regerão o pleito vindouro, respeitada a regra da anualidade eleitoral⁴⁰. Essas regras abstratas que delineiam os contornos da integridade do processo vão ganhando maior concreção a partir do início do período das convenções partidárias e, especialmente, com o *início do período de*

³⁸ HORDER, J. Online free speech and the suppression of false political claims. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, p. 15-16, 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3827192> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3827192>.

³⁹ Karl Binding falava em “um abalo na certeza existencial do bem jurídico”: BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, v. I, 1872, p. 372-373.

⁴⁰ O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Cf. STF. ADI 3.685, Rel^a Min. Ellen Gracie, DJ 22.03.2006.

campanha eleitoral. A partir desse *marco temporal*, não há dúvida sobre a especial gravidade de ataques à integridade do processo eleitoral em curso, em concreto. Daí por que a tutela jurisdicional incidente sobre ataques discursivos contra esse bem se torna mais intensa à medida que se aproxima o pleito, já que, nesse momento, não há dúvida de que não se trata mais de exercício de especulação sobre o melhor sistema em abstrato, mas formas concretas de perturbação ou lesão da integridade de um *processo eleitoral em curso*.

III. A DESINFORMAÇÃO COMO MÉTODO DE AGRESSÃO À INTEGRIDADE DO PROCESSO ELEITORAL

Há, naturalmente, vários métodos de agressão ao bem jurídico “integridade do processo eleitoral”: coação, grave ameaça, violência física ou agressões verbais. O tempo presente – e não é este Parecer o local para que discorramos longamente sobre esse fenômeno em abstrato⁴¹ – revelou um método especialmente eficiente e agressivo de afetação a esse bem: a *desinformação*, sobretudo a desinformação sistêmica, a produção industrial de uma narrativa falsa em forma de campanha – a “mentitiva”, para rememorar do alentado neologismo do Professor alemão Bernd Schünemann⁴². Esse método é nitidamente autônomo (embora não inteiramente dissociado) em relação a outras formas de ataque, por exemplo, à honra individual e a outras formas de discurso de ódio ou, ainda, de condutas de incitação à violência, que convocam outros problemas de que não se cuida na Representação.

Acima, no tópico I. deste estudo, destacamos a consagrada distinção entre enunciação de fatos e emissão de juízos de valor. A enunciação de fatos sabidamente falsos com o objetivo de atacar um bem jurídico constitucionalmente relevante, como se viu, não goza de toda proteção do nobre direito fundamental à liberdade de expressão. A mentira, sempre que adquira *relevância contextual* e opere como um veículo de agressão a um bem, pode ser legitimamente proibida pelo Direito: assim é quando a mentira se converte em meio de gerar disposição patrimonial alheia, como no estelionato, mas também quando significar falseamento de substrato fático ou de

⁴¹ Para uma visão global sobre o fenômeno, cf. FUNKE, D.; FLAMINI, D. *A Guide to Anti-disinformation Actions around the World* (2018). Disponível em: <https://www.poynter.org/ifcn/anti-disinformation-actions/>. Acesso em: 22 ago. 2022.

⁴² SCHÜNEMANN, B. *Gefährden Fake News die Demokratie wächst aber im Strafrecht das Rettende auch?* *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 10/2019, p. 620 e ss.

informações, por exemplo, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Assim é também no contexto do processo eleitoral, um bem que, como se viu, integra indiscutivelmente o cerne do Estado de Direito⁴³.

Esse método de agressão específico, a desinformação, conecta-se com a *singularidade* do bem jurídico protegido: a desinformação precisa ser idônea para abalar o bem jurídico, isto é, para afetar a realização integral dos processos de votação e de apuração e totalização dos votos, tal como definidos pela lei aplicável ao processo eleitoral em vista. O método precisa ter *aptidão* para lesionar o bem jurídico. Para garantir que a aplicação do dispositivo não restrinja excessivamente as liberdades discursivas, é preciso, assim, adotar algumas cautelas decorrentes justamente do requisito da gravidade. Afinal, “*não é todo fato sabidamente inverídico ou gravemente descontextualizado sobre o processo eleitoral que deve ser objeto da restrição, mas apenas aquele que revele aptidão para colocar em risco tal bem jurídico [a integridade do processo eleitoral]*”⁴⁴. Para realizar essa análise, deve-se considerar “*não apenas [o] conteúdo específico, mas também [as] circunstâncias concretas da comunicação*”, o que inclui “(i) seu emissor (*e.g.*, candidatos ou agentes públicos que divulguem tais conteúdos têm maior potencial de atingir o bem jurídico tutelado do que cidadãos comuns); (ii) o grau de certeza sobre a falsidade do conteúdo (*e.g.*, alegações que já tenham sido objeto de verificação por instituições de checagem de fatos podem presumidamente constituir ‘fato sabidamente inverídico’); (iii) a gravidade das alegações falsas ou descontextualizadas; (iv) a reiteração ou a presença de indícios de uma estratégia coordenada de deslegitimação do processo eleitoral; e (v) a disseminação e a repercussão das afirmações”⁴⁵.

Essa aptidão, no contexto do processo eleitoral, dependerá da *fase* a que está submetida o bem a ser protegido. Como vimos, o processo eleitoral sofre, com a passar do tempo, um processo de aprofundamento de seu abalo existencial, que tem seu ponto culminante, no início do período eleitoral, o marco temporal decisivo que determina uma espécie de crise existencial do bem. A partir desse momento, o bem ingressa em fase de especial fragilidade.

⁴³ É crescente o consenso de que a desinformação pode produzir danos significativos aos regimes democráticos. Cf., sobre o tema, BENNETT, W. L.; SEGERBERG, A. *The logic of connective action: digital media and the personalization of contentious politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

⁴⁴ Cf. OSORIO, A. *Liberdade de expressão e direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2022.

⁴⁵ Cf. OSORIO, A. *Liberdade de expressão e direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2022.

O passar do tempo, de outro lado, confere contornos concretos àquilo que deverá ser considerada a integridade do processo eleitoral em concreto: com as leis parlamentares definidas, respeitada a anualidade, o sistema de votação, de apuração e de totalização dos votos está definido. Essas decisões legislativas são tomadas a partir de uma base fática que, da mesma forma, se sedimenta com o passar do tempo, eis que compõe o *substrato fático das regras jurídicas que regem o processo eleitoral*. Com o início do período eleitoral, tanto as regras quanto o seu respectivo substrato fático passam a compor o conceito jurídico de integridade de um processo eleitoral em curso.

A desinformação, sobretudo a sistêmica, sobre a integridade do processo eleitoral configura método de agressão especialmente grave precisamente porque embaralha, a partir de narrativas elusivas, juízos de valor e enunciação de fatos, falseando o substrato fático que embasou as deliberações congressuais e que pauta a atividade do órgão jurisdicional responsável pelo processo eleitoral: *a desinformação sistêmica visa a retirar, tendo a mentira como veículo, o substrato fático das regras válidas*. A partir do momento em que essas regras passam a reger o processo eleitoral, todos se submetem a uma espécie de *base fática mínima*, a respeito da qual se pôde debater durante todo o período anterior, de modo a influenciar as deliberações congressuais a respeito do pleito vindouro. Essa *substituição arbitrária da base fática que gerou as regras válidas* a que todos devem se submeter é ainda mais grave se o período eleitoral já estiver em curso, quando esse projeto de desinformação como estratégia deliberada de destruição adquire enorme eficiência, em face da fragilidade em que o bem se encontra.

Essa gravidade assume enormes proporções se o emissário da campanha de desinformação for, por exemplo, o chefe de um dos Poderes⁴⁶. Essa estratégia será ainda mais perigosa – porque artilosa – para o bem jurídico “integridade do processo eleitoral” caso o seu emissário se valha do *dúplice status* que ostenta – Presidente da República e candidato como qualquer outro – para travestir uma nua campanha de desinformação em posicionamento oficial protegido. Afinal, essa estratégia artilosa, entre outras coisas, *desequilibra os riscos jurídicos*

⁴⁶ Há pesquisa que demonstra, com farta base empírica, que a desinformação vocalizada pelo Presidente da República possui maior alcance e, nessa medida, tem maior aptidão para produzir danos sensíveis à integridade do processo eleitoral. Cf., a propósito, ALMEIDA, S. et al. *Desinformação on-line e eleições no Brasil: a circulação de links sobre desconfiança no sistema eleitoral brasileiro no Facebook e no YouTube* (2014-2020). Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2020. p. 22.

a que estão submetidos os candidatos: o Presidente da República, na vigência de seu mandato, não está submetido, para ficar com insular exemplo, a medidas cautelares de privação de liberdade (art. 86, § 3º, da CF). Essa inusitada duplicidade, com a qual não contava o legislador constituinte originário, que desconhecia a reeleição, gera plúrimas escaramuças de natureza jurídica, pendentes ainda de uma melhor resolução. Uma delas é o fato de o Presidente República, que escreve com timbre oficial e fala como representante da nação, valer-se de um partido político, instituição fundamental à representação popular e comprometido até a medula com o regime democrático (art. 17 da CF)⁴⁷, para urdir campanha massiva de desinformação contra o cerne do Estado de Direito: a integridade do processo eleitoral – que o elegera.

Não se trata, portanto, de crítica abstrata às regras como retórica eleitoral, mas de estratégia de falseamento intencional da base fática que subjaz às regras jurídicas, de um projeto de desestabilização de um processo eleitoral em concreto, já em curso.

IV. FRONTEIRAS ENTRE A LICITUDE A ILCITUDE: DEMARCAÇÃO DE QUATRO ZONAS

As considerações de natureza jurídico-dogmática permitem uma concretização das ideias agora sob o ângulo *jurídico-positivo*, isto é, à luz das regras atualmente vigentes. Convém distinguir analiticamente entre as zonas de licitude (1.) e as zonas de ilicitude (2., 3. e 4.).

1. A ampla zona de permissão: artigo 36-A da Lei nº 9.504/1997 e o “posicionamento pessoal”

Como há prevalência da liberdade de expressão no debate político-eleitoral (acima, I.), não é preciso discorrer sobre a zona de permissão: ela constitui a regra e é, nesse contexto, bastante ampla. O que exige justificação é a restrição a essa liberdade. Em matéria de propaganda eleitoral, o legislador registrou essa prevalência ao explicitar a regularidade da “divulgação de *posicionamento pessoal* sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais”

⁴⁷ A propósito, lembro João Gabriel Pontes que, “se a Carta Maior contempla que a criação de partidos políticos deve observar valores cruciais como a democracia, o pluripartidarismo e o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos, *a contrario sensu*, é proibida a existência de agremiações partidárias que rejeitem esses valores” (PONTES, J. G. *Democracia militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 15).

(art. 36-A, inciso V, da Lei nº 9.504/1997)⁴⁸. A escolha do léxico foi sábia: “posicionamento pessoal” significa emissão de juízo de valor próprio sobre questões políticas em geral, de modo a tomar parte do debate público de ideias. Como se sabe, na tradição alemã, apenas juízos de valor estão integralmente compreendidos no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão, que simplesmente não alcança a enunciação falsa de fatos. Na tradição brasileira majoritária, dir-se-ia que a proibição à enunciação falsa de fatos relativamente ao processo eleitoral consubstancia restrição legítima do direito fundamental à liberdade de expressão. Seja qual for a metodologia empregada, *a liberdade de expressão não protege a enunciação de fatos sabidamente inverídicos voltada à fragilização de um pilar do Estado de Direito: a integridade do sistema eleitoral*. Essa estratégia não configura “posicionamento pessoal”, como é fácil de perceber. Assim, é possível concluir, sem margem para dúvidas, que a enunciação de fatos conspicuamente falsos não está ressalvada no inciso V do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997 precisamente por não corporificar juízo de valor, por não ser um “posicionamento pessoal”. Nessa medida, a desinformação lançada contra o processo eleitoral, além de estar fora do âmbito de alcance do art. 36-A, inciso V, da Lei nº 9.504/1997, também não está protegida pela cláusula constitucional da liberdade de expressão.

2. O ilícito eleitoral: o artigo 9º-A da Resolução

A zona de ilicitude inicia, como já destacado, quando um juízo de valor ou, com maior razão, a desinformação massiva afeta o singular bem jurídico coletivo-institucional “integridade do processo eleitoral”. Se o método de agressão for a desinformação, ele nem sequer pode ser absorvido pelo inciso V do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, que se refere a “posicionamento pessoal”, como se viu. Há, contudo, mais razões que fazem com que a desinformação massiva, entoada em campanha discursiva concertada, que afete a integridade do processo eleitoral como bem jurídico autônomo, constitua grave ilícito de natureza eleitoral. Essas razões estão por trás do novo art. 9º-A da Resolução – um dispositivo que ainda não teve toda a sua potência esgotada.

⁴⁸ “Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: [...] V – a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais.”

O art. 9º-A da Resolução, que dispõe sobre “propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral”, tem como objeto a vedação da (i) divulgação ou do compartilhamento de a) fatos sabidamente inverídicos ou b) gravemente descontextualizados (ii) capazes de atingir a integridade do processo eleitoral. Ele está inserido em seção específica dessa resolução que trata da “desinformação na propaganda eleitoral” e configura uma das “condutas ilícitas em campanha” de que fala a epígrafe da Resolução. Seu objeto inclui *narrativas de desinformação* (tanto por meio de afirmações falsas sobre fatos quanto por afirmações de tal modo descontextualizadas de modo a gerar uma percepção falsa da realidade) que tenham gravidade suficiente para lesionar a *higidez e a integridade das eleições* (especialmente, por meio da descredibilização do processo eleitoral e dos órgãos e autoridades responsáveis por sua condução). Ainda nos termos da redação do dispositivo, nos casos em que configurado o ilícito, deve “o juízo eleitoral, a requerimento do Ministério Público, determinar a cessação do ilícito, sem prejuízo da apuração de responsabilidade penal, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação”.

Esse dispositivo tem uma *história*, que auxilia em sua interpretação e que lhe confere autonomia tanto em relação a ilícitos ligados à propaganda quanto a condutas de abuso de poder. Ele foi incluído, como é cediço, pela Resolução TSE nº 23.671, de 14 de dezembro de 2021, em resposta a sugestões recebidas em audiência pública⁴⁹, que davam conta da necessidade de refletir na regulamentação eleitoral a então recentíssima decisão do TSE no RO 0603975-98, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado pelo Plenário em 28.10.2021. No caso, o TSE determinou a cassação do diploma e a inelegibilidade do Deputado Estadual Fernando Francischini, por uso indevido dos meios de comunicação e abuso de poder político e de autoridade, em razão de *live* realizada pelo parlamentar no dia do primeiro turno das Eleições 2018 em que alegou “a existência de fraudes em urnas eletrônicas, afirmando falsamente que urnas tinham sido apreendidas e que ele teria tido acesso a documentos da própria Justiça Eleitoral que confirmariam a suposta fraude”, tendo alcançado mais de 70 mil pessoas ao vivo e que obteve posteriormente mais de 6 milhões

⁴⁹ “Novas regras do TSE sobre propaganda eleitoral para 2022 avançam em temas de atenção para a defesa de direitos digitais”. *Internetlab*, 21 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://internetlab.org.br/pt/noticias/novas-regras-do-tse-sobre-propaganda-eleitoral-para-2022-avancam-em-temas-de-atencao-para-a-defesa-de-direitos-digitais/>. Acesso em: 23 ago. 2022.

de visualizações⁵⁰. Dados esses contornos fáticos, o Tribunal entendeu que “o ataque ao sistema eletrônico de votação, noticiando-se fraudes que nunca ocorreram”, tem gravidade suficiente para caracterizar tanto “abuso do poder de autoridade” quanto “utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social”, ainda quando as acusações são divulgadas pelas redes sociais⁵¹.

No caso, a Corte Eleitoral salientou *dois aspectos* importantes, que podem auxiliar na delimitação do objeto do art. 9º-A da Resolução, inexistente à altura.

Primeiro, o de que *há evidente conotação eleitoral nos discursos que contêm ataque à integridade do processo eleitoral*, uma vez que tais falsas denúncias serviriam também para autopromoção e para angariar votos de eleitores enganados por essas narrativas fraudulentas, como se lê em trechos da ementa do julgado⁵². Essa construção, como se vê, se devia ao fato de, à altura, sem dispositivo específico de tutela da integridade do processo eleitoral, essa demonstração era necessária em face dos requisitos para a constatação das diferentes formas de abuso de poder, mas deixa de sê-lo em face do novo art. 9º-A da Resolução.

O segundo aspecto que deve ser destacado é que, para além de afirmar a existência de benefícios eleitorais concretos advindos de ataques à integridade do processo eleitoral, o TSE fixou, em alentada antevisão, *um conteúdo próprio e autônomo para o ilícito*, que se refere à garantia da normalidade das eleições e da higidez processo democrático de eleição de representantes, o que independe da existência de violação à igualdade de chances entre os candidatos. Nesse sentido, no RO 0603975-98, destacou-se que “[o] ataque ao sistema eletrônico de votação, noticiando-se fraudes que nunca ocorreram, tem repercussão nefasta na legitimidade do pleito, na estabilidade do Estado Democrático de Direito e na confiança dos eleitores nas urnas eletrônicas”. Da mesma forma, o seguinte excerto do voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão nesse caso: “[E]merge de forma clara,

⁵⁰ Cf. OSORIO, A. *Liberdade de expressão e direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2022.

⁵¹ TSE. RO 0603975-98, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 28.10.2021.

⁵² “19. Os dividendos angariados pelo recorrido são incontrovertidos. A *live* ocorreu quando a votação ainda estava aberta no Paraná, ao passo que o acesso à internet ocorre de qualquer lugar por dispositivos móveis, reiterando-se que a transmissão foi assistida por mais de 70 mil pessoas, afora os compartilhamentos do vídeo. 20. O recorrido valeu-se das falsas denúncias para se promover como uma espécie de paladino da justiça, de modo a representar eleitores inadvertidamente ludibriados que nele encontraram uma voz para ecoar incertezas sobre algo que, em verdade, jamais aconteceu. Também houve autopromoção ao mencionar que era Deputado Federal e que a imunidade parlamentar lhe permitiria expor os hipotéticos fatos.”

a meu juízo, que os bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal e pelas normas infraconstitucionais concentram-se na paridade de armas e na lisura, na normalidade e na legitimidade das eleições. A afronta a quaisquer desses postulados ensejará o reconhecimento do ilícito. Como consectário lógico, penso não haver margem para dúvida de que constitui ato abusivo, a atrair as sanções eleitorais cabíveis, a promoção de ataques infundados ao sistema eletrônico de votação e à própria democracia, inculcando-se no eleitorado a falsa ideia de fraude [...]”⁵³.

O reconhecimento da autonomia desse bem jurídico, entre outras coisas, deveu-se à arguta observação da rumorosa quadra histórica atravessada pelo País, em que *projetos de desinformação se transformaram em estratégia virulenta de deslegitimação do processo eleitoral* e, assim, do regime democrático – como, aliás, destacou Aline Osório em estudo dedicado ao tema: “[a] grande inovação do julgado foi assentar – especialmente como aviso para casos futuros – que a disseminação pelas redes sociais de alegações infundadas de fraude eleitoral pode ter aptidão de ameaçar a sobrevivência da democracia e, nesse sentido, ostentar gravidade suficiente para justificar a cassação de mandato parlamentar”, sendo que “esse entendimento está diretamente relacionado ao momento crucial pelo qual passa o país, de recessão democrática e tentativas reiteradas de minar a credibilidade do sistema eleitoral”⁵⁴.

O art. 9º-A da Resolução buscou, portanto, traduzir o ambiente refletido sobretudo nessa importante decisão. Ele é filho da decisão, e, como sói acontecer, superou e transcendeu os seus pais. O art. 9º-A não cuida, como se vê, de eventuais denúncias legítimas sobre potenciais fraudes na votação e da discussão sobre a necessidade de aperfeiçoamentos ou mesmo de substituição do sistema de votação, apuração e totalização dos votos hoje adotado no Brasil. Não está abrangida pelo âmbito de incidência do ilícito, por exemplo, a proposta de adoção do voto impresso como bandeira de campanha eleitoral, como “posicionamento pessoal”, como juízo de valor. Diferente, porém, é o caso em que a defesa de um novo sistema eleitoral assume a forma de uma estratégia de desinformação urdida a partir de afirmações sabidamente inverídicas sobre fraudes no sistema eleitoral vigente que já foram cabalmente afastadas – disso, sim, cuida o art. 9º-A. O art. 9º-A da Resolução abriga o que

⁵³ TSE. ROE 060397598, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE 10.12.2021.

⁵⁴ Cf. OSÓRIO, A. *Liberdade de expressão e direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2022.

acima denominamos de *estratégia (ou campanha) de falseamento do substrato fático que subjaz às regras abstratas questionadas*, destinada a afetar a integridade do processo eleitoral em concreto.

Nesse sentido, aliás, o voto do Ministro Edson Fachin no julgamento da 2ª Turma do STF, que manteve a decisão de cassação do deputado proferida pelo TSE, ao não referendar medida cautelar de suspensão dos efeitos do acórdão daquele Tribunal concedida monocraticamente: “[P]arece-me evidente que não há direito fundamental há que se prosperar alegação de violação a direito fundamental em nome da propagação de discurso contrário à democracia. O silêncio deste Supremo Tribunal Federal diante de tal prática, ao meu modo de ver, configuraria em grave omissão inconstitucional e em descumprimento de suas nobres atribuições. A existência de um debate livre e robusto de ideais, ainda que intenso e tenso, não compreende o salvo conduto para agir, falar ou escrever afirmações notoriamente, sabidamente falsas ou que só visam tumultuar o processo eleitoral. Assim, às vezes é necessário repetir o óbvio, não existe direito fundamental a atacar à democracia a pretexto de se exercer qualquer liberdade, especialmente a liberdade de expressão. A lealdade à Constituição e ao regime democrático é devida a todos, sobretudo aos agentes públicos que só podem agir respeitando-a. Não se deve confundir o livre debate público de ideias e a livre disputa eleitoral com a autorização para disseminar desinformação, preconceitos e ataques à democracia”.⁵⁵ (grifou-se)

Considerando esses contornos, é possível oferecer parâmetros seguros para investir o TSE de instrumentos efetivos para a defesa da democracia constitucional, aptos a lidar com o sofisticado repertório de ataques discursivos capazes de colocar em risco a integridade do processo eleitoral. Em especial, busca-se assegurar ferramentas para que o Tribunal possa lidar com estratégias organizadas e estruturadas de deslegitimação das bases da democracia que emergem de autoridades públicas e, assim, possuem maior aptidão para lesionar os bens jurídicos protegidos.

Por tudo isso, o fundamental parece ser assentar que há um *objeto autônomo de proibição no art. 9-A*: a tutela da integridade do processo eleitoral contra a desinformação que se direciona, não contra os candidatos, mas contra o próprio sistema. Tal objeto dispensa, como visto, a prova de benefícios eleitorais

⁵⁵ STF. TPA 39-MC-Ref, 2ª T., Rel. Min. Nunes Marques, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin, J. 07.06.2022.

aos candidatos na disputa ou a caracterização de propaganda negativa contra qualquer concorrente. *Busca-se, em verdade, reprimir as campanhas de desinformação que possuem efeitos desestruturantes sobre o pacto social de respeito aos resultados eleitorais, a realização de eleições livres e justas e os pilares do regime democrático.* Tais efeitos incluem, entre outros: a redução da participação política (por meio de tentativas de supressão de voto); a produção de desconfiança em relação aos organismos eleitorais, à seriedade do processo eleitoral e à fidedignidade dos resultados dos pleitos; o estímulo à polarização e ao extremismo violento⁵⁶.

Em face dessa conformação, parece evidente que a aplicação do art. 9º-A da Resolução TSE nº 23.610/2019 não está estritamente vinculada à jurisprudência tradicional construída para o controle da *legalidade da propaganda eleitoral* – em especial da propaganda eleitoral antecipada. Afinal, a tutela da integridade do processo eleitoral é garantida como próprio pressuposto da disputa entre os candidatos e da ideia de eleições livres e justas: uma propaganda eleitoral regular só pensável em um cenário de um processo eleitoral, em si, íntegro. E mais: os contornos do que configura – ou não – propaganda eleitoral negativa antecipada foram firmados em julgados tradicionais de ataques entre os candidatos – e não de ataques ao processo eleitoral *em si*. A conotação eleitoral, bem vistas as coisas, é ainda mais evidente em face de ataques contra o sistema de votação como um todo. Daí ser a legitimidade ativa para requerimento de cessação do ilícito exclusivamente do Ministério Público, e não de candidatos eventualmente prejudicados – ainda que se possa considerar problemático o não reconhecimento expresso, pela norma, da legitimidade (ainda que suplementar) dos partidos políticos.

A jurisprudência tradicional do TSE sobre a propaganda irregular, como se sabe, prevê que “o ilícito de propaganda antecipada pressupõe, de um vértice, a existência de pedido explícito de votos ou, de outro, quando ausente esse requisito, manifestação de cunho eleitoral mediante uso de formas que são proscritas no período de campanha ou afronta à paridade de armas”⁵⁷. Em síntese, de acordo com esse entendimento clássico, para a configuração de propaganda antecipada, são utilizados os seguintes critérios: primeiro, é

⁵⁶ Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação no âmbito da Justiça Eleitoral: plano estratégico: eleições 2022. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/9965>. Acesso em: 23 ago. 2022.

⁵⁷ TSE. AgR-REspe 060021882, Rel. Min. Benedito Gonçalves, J. 17.02.2022.

necessário determinar se a mensagem veiculada tem conteúdo eleitoral. Caso não haja relação com a disputa, a conduta será um “indiferente eleitoral”, de modo a afastar a atuação da Justiça Eleitoral. Caso, porém, seja verificado o caráter eleitoral da mensagem, há três parâmetros alternativos para definir a configuração ou não de propaganda eleitoral antecipada ilícita: (i) a existência de pedido explícito de votos; ou (ii) o uso de meios de propaganda vedados durante o período eleitoral; ou (iii) a violação ao princípio da igualdade de chances entre os competidores⁵⁸. Já em relação à propaganda *negativa* antecipada, a Corte Eleitoral tem adaptado esses parâmetros para exigir (i) “pedido explícito de não voto”, ou (ii) “veiculação de conteúdo que exorbite a liberdade de expressão por se afigurar sabidamente inverídico ou gravemente ofensivo à honra ou imagem do pré-candidato”⁵⁹.

Em face do art. 9º-A da Resolução, portanto, não há de se buscar estabelecer um pedido de voto ou não voto em candidatos, já que a integridade do processo eleitoral como um todo e a disposição de aceitação dos resultados são pressupostos da própria competição. Nesses casos, há um ataque referido ao próprio valor do voto, e nenhuma conotação eleitoral seria mais reluzente do que essa. Para a configuração do ilícito do art. 9º-A da Resolução, basta, assim, a verificação de dois elementos: (i) a divulgação ou o compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados contra a *integridade processo eleitoral em si*; e (ii) a potencialidade do método de agressão (a *desinformação*), que é medida pela aptidão de o conteúdo sabidamente inverídico ou descontextualizado abalar a integridade do processo eleitoral.

A natureza *singular* do bem jurídico “integridade do processo eleitoral”, que fica submetido a diferentes fases à medida que o período eleitoral se aproxima, bem como a maior ou menor proeminência do emissor da desinformação matizam a gravidade e a potencialidade do método de agressão “desinformação”, de modo que é possível graduar o conteúdo de ilícito contido no art. 9º-A em dois níveis. Essa graduação será relevante para determinar a natureza da medida processual adotada para a cessação e repressão do ilícito.

⁵⁸ Cf. OSORIO, A. *Liberdade de expressão e direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2022.

⁵⁹ TSE. REspe 060004534, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, J. 17.02.2022. Ver, ainda, TSE. AgR-REspe 0600016-43, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 13.12.2021; AgR-REspe 0600603-19, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 21.09.2021; AgR-REspe 0600026-62, Rel. Min. Carlos Horbach, DJe 03.08.2021; e AgR-REspe 0600099-06, Rel. Min. Sérgio Banhos, DJe 12.11.2019.

2.1 O ilícito eleitoral de primeiro nível

O *ilícito eleitoral de primeiro nível*, por violação ao art. 9º-A da Resolução, ocorre em casos em que o relevante bem jurídico “integridade do processo eleitoral” ainda não está em fase de extremo abalo existencial, ou seja, quando há ainda disputa aberta sobre as regras abstratas que regerão o pleito vindouro. Nesse caso, o método de agressão precisa adquirir grande robustez: será preciso uma desinformação sistêmica massiva, que possa abalar a integridade do processo eleitoral em vista, sobre cujas regras ainda se pode discutir da maneira mais ampla possível. A base fática que subjaz às regras jurídicas pode ser, em certa medida disputada, eis que não se consolidaram ainda a partir da deliberação soberana do Parlamento a respeito das regras aplicáveis ao pleito vindouro. O fato de o bem jurídico ainda não ter ingressado em sua fase mais crítica pode ser compensado, por exemplo, pela potência discursiva do emissor da desinformação, com o que o requisito da robustez estará preenchido.

Essa exigência de gravidade decorre do fato que, nesse momento, há como adotar outras estratégias de proteção do bem jurídico – na linha da estratégia “*more speech*” de que vale a Supreme Court norte-americana⁶⁰ –, como desdidas oficiais ou estudos comprobatórios da falsidade que promovam uma melhor qualidade do debate público de ideias⁶¹. Da mesma forma, as instituições encarregadas pela deliberação a respeito das regras legais – no caso, o Parlamento, e, em certa medida, também o TSE – poderão distinguir entre informações falsas e verdadeiras e tomar a sua decisão soberana. A “cessação do ilícito”, aqui, pode, portanto, ocorrer por meio de medidas cautelares e repressivas menos graves.

2.2. O ilícito eleitoral de segundo nível

O *ilícito eleitoral de segundo nível*, por violação do art. 9º-A da Resolução, ocorre em casos em que já existe um abalo existencial mais profundo do bem jurídico “integridade do processo eleitoral”: a concretização dos contornos do

⁶⁰ Ver SUNSTEIN, C. Falsehoods and the First Amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 33, p. 388 e ss., 2020.

⁶¹ Nesse campo, destacou-se o trabalho, nos últimos três anos, do Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação do TSE, cujos resultados foram recentemente publicados pelo próprio Tribunal. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/programa-de-enfrentamento-a-desinformacao-do-tse-tem-mais-de-150-parcerias-659181>. Acesso em: 22 ago. 2022.

bem jurídico e a proximidade do período eleitoral submetem o bem a uma fase de especial fragilidade, em que a desinformação afeta um processo eleitoral em concreto, já em curso, e não se dirige mais a regras abstratas e seus fundamentos. Com a fixação das regras do jogo eleitoral, um ano antes do pleito, a base fática mínima já está sedimentada. Especialmente com o início do período eleitoral propriamente dito, estratégias de desinformação se dirigem a um substrato fático já amplamente debatido e consolidado – por exemplo, a partir das deliberações congressuais soberanas ou desditas oficiais –, e que sustenta as regras jurídicas que dão contorno ao processo eleitoral em curso. Esse aspecto possui transcendência e determina a própria interpretação dos elementos do ilícito do art. 9º-A da Resolução. A consolidação da base fática mínima e os esclarecimentos oficiais fazem o elemento “sabidamente” ganhar contornos mais normativos, e menos psicologizante: um emissário de desinformação já não pode alegar que desconhecia a falsidade das informações. A essa altura, a falsidade das afirmações se encontra em uma *zona de certeza positiva*, tendo em vista que foram objeto de esclarecimentos oficiais e múltiplas checagens de fato, conforme demonstrado acima.

Uma estratégia de desinformação durante esse período de fragilidade do bem, sobretudo se urdida por chefe de Poder, adquire enorme potencial lesivo e convoca a decretação de medidas mais graves de cessação do ilícito, para que o sistema de votação, apuração e totalização dos votos possa transcorrer na exata medida determinada pela lei que espelha a vontade do povo. É a única forma de garantir que o processo eleitoral seja regido pelas regras editadas pelo Parlamento e não por caprichos ocasionais de Creontes redivivos, destinados a criar um sistema paralelo – até mesmo porque não é preciso ser Tirésias para antever o fim da tragédia.

3. O ilícito penal: o artigo 359-L do Código Penal

Ataques discursivos e estratégias de desinformação podem assumir, em determinados contextos, uma gravidade tal que permite divisar um salto qualitativo: de ilícito eleitoral passam a ser *ilícito penal*. A rigor, o legislador brasileiro do presente já percebeu a potencialidade lesiva da desinformação em massa como veículo de agressão a bens jurídicos, sobretudo ao prever o delito de comunicação enganosa em massa no art. 359-O do Código Penal, prontamente vetado pelo Presidente da República em exercício. Também no Projeto de Código Eleitoral, em vias de votação, há o delito de divulgação de

fatos sabidamente inverídicos contra o sistema eleitoral⁶². *De lege lata*, esse salto qualitativo pode ocorrer quando estiverem presentes os requisitos do delito de *abolição violenta do Estado de Direito*, do art. 359-L do Código Penal, de seguinte redação: “Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência”. Esse aspecto merece especial atenção.

A proteção do Estado de Direito por meio do direito penal está inserida em uma delicada *tensão*. De um lado, parece evidente que o direito penal, que se põe a tutelar bens como o patrimônio contra subtrações sem violência, deve tutelar as condições de existência do Estado de Direito contra ataques violentos às suas bases fundamentais e também contra ações destinadas a coagir o livre exercício dos Poderes. Pensemos no impedimento físico de uma deliberação congressual ou na invasão da sede de um Tribunal Constitucional, destinada à deposição dos Magistrados e ao fechamento da instituição. A proteção penal é, aqui, inegavelmente *necessária*.

Não por outra razão, para mencionar alguns exemplos, a ordem jurídica alemã inaugura a sua Parte Especial com a proibição de alterar violentamente (ou com ameaça de violência) a ordem constitucional vigente (§ 81, I, n. 2. StGB), com previsão de pena perpétua; a coação contra órgãos constitucionais vem também prevista (§ 105 StGB). Da mesma forma, o Código Penal português prevê os chamados “crimes contra a realização do Estado Direito”, a partir do art. 325, em que se pune a alteração violenta do “Estado de Direito constitucionalmente estabelecido”. A epígrafe portuguesa é especialmente feliz: o Estado de Direito não é um fato consumado, mas um processo que se realiza por meio de instituições, que devem ser protegidas. Nesses casos, vê-se bem, há tanto um bem jurídico digno de tutela como um meio de agressão com potencialidade lesiva.

É, portanto, natural que o direito penal seja também chamado a atuar ao lado do Direito Eleitoral. Depois da didática debacle da República de Weimar, urdida meticulosamente, de dentro, pelas carpideiras nazistas, as democracias constitucionais aprenderam a se proteger por meio de normas

⁶² Síntese das alterações da parte penal do Projeto do novo Código Eleitoral (PLP 121/21). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/806549-projeto-do-novo-codigo-actualiza-lista-de-crimes-eleitorais/>. Acesso em: 22 ago. 2022.

penais – tornaram-se, para usar conhecida e aqui já veiculada expressão, “democracias combativas”. Nelas, é possível cogitar de um renovado desenho institucional, opinar sobre uma nova ordem constitucional e, mais do que isso, envidar esforços nesse sentido, por meio de todos os meios de convencimento existentes. O direito penal não se preocupa com o conteúdo da proposição – se disparatada, se utópica, se infundada –, mas com o *método* utilizado: violência, grave ameaça e coação não são métodos de convencimento, mas de *constrangimento institucional*.

De outro lado, se o objeto de proteção, aqui, é o próprio Estado de Direito em sua subsistência, parece desaconselhado aguardar, ingênua e acacia-namente, a realização integral de propósitos destrutivos já seriamente alardeados em verso: imaginemos que a invasão do Tribunal Constitucional e a deposição violenta de seus integrantes venham sendo sistematicamente insufladas em redes sociais, com base em notícias conspicuamente mentirosas; ou, ainda, que tenha sido edificado um clandestino aparato industrial de fabricação de mentiras sobre o funcionamento das instituições – de geração de uma “mentitiva” para recordar vez mais da expressão cunhada por Schünemann –, destinado a estimular, no seio da população, a recusa sistemática do cumprimento de decisões judiciais emanadas de um determinado tribunal. Nesse delicado setor, as rupturas consumadas são dificilmente remediáveis e, em alguns casos, irreversíveis. Uma democracia indiferente a esse prelúdio de levante flerta com a sua ruína.

Traçar esses limites parece ser o desafio posto pelo tempo presente, em que o pugilato de ideias se dá, em larga medida, na estrepitosa arena digital. Como proibir a antessala da destruição do Estado de Direito, sem garrotear a liberdade de expressão? Em outras palavras, o desafio é *proteger o Estado de Direito dentro do Estado de Direito*, sem desbordá-lo.

Nesse aspecto, valem as considerações que já fizemos acima quando cuidávamos do ilícito eleitoral. O objeto de proteção do art. 359-L do Código Penal é o *funcionamento real das instituições* – aqui, a integridade do processo eleitoral em sua relevância para o Estado de Direito –, e o *método de agressão* deve ter aptidão para lesionar ou colocar em perigo esse bem. A pergunta que se coloca é se *ataques discursivos* possuem essa aptidão – e a resposta, preenchidos determinados requisitos, deve ser positiva. Mesmo antes do surgimento das redes sociais, a ordem jurídica alemã, por exemplo, protegia os elementos e as instituições fundamentais do Estado de Direito por meio de um tipo penal,

o § 90b StGB, o chamado ultraje a órgãos constitucionais. Não se recomenda, naturalmente, transporte do dispositivo, contudo: esse setor é telúrico por natureza. Cada democracia carrega a cruz de sua edificação histórica.

O método de agressão, nesse setor, deve assumir inequívoca robustez. Afinal, as instituições atacadas são capazes de autodefesa (sem recurso apressado ao direito penal) e que, em democracias, devem estar sujeitas ao escrutínio da sociedade. Em outras palavras, *os novos ataques discursivos devem, de certa maneira, equivaler aos métodos clássicos de agressão, violência, grave ameaça e coação*. Não bastará uma opinião desairosa isolada, tal como pode bastar para a ofensa à honra individual ou a um grupo vulnerável. De outro lado, não se deve desconhecer que uma *campanha discursiva de desinformação* – uma *estratégia organizada* destinada a minar as bases de uma instituição do Estado de Direito, tal como é o caso do processo eleitoral –, por sua capilaridade, rapidez e permanência, pode assumir a mesma potencialidade lesiva de atos violentos.

No tipo penal vigente, o art. 359-L, há a exigência de “violência ou grave ameaça” como métodos de agressão, com o que surge, em respeito ao venerável princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF), a exigência de que a desinformação assuma também a forma de uma grave ameaça, ou seja, seja expressada em *estrutura condicional* típica do clássico conceito jurídico-penal de ameaça. Caso a estratégia discursiva de falseamento do substrato fático que sustenta as regras jurídicas vigentes venha acompanhada dessa estrutura condicional – “se não houver voto impresso, não haverá eleições”; “se não houver fiscalização paralela, recusarei o resultado”; “se as regras não forem alteradas, poderá haver tumulto” –, então estará configurada a *grave ameaça*.

No caso de a desinformação em forma de grave ameaça estar dirigida à integridade do processo eleitoral em si, sobretudo do processo eleitoral em curso, estará configurada a *tentativa de abolir o Estado de Direito*, com nítida restrição do exercício de um dos Poderes, no caso, o Poder Judiciário. Como vimos, é difícil delimitar quais são os *elementos essenciais* do Estado de Direito que merecem ser protegidos – a carta que, se retirada, faz o castelo ruir. O Código Penal alemão esforça-se por defini-los no § 92. Na ordem jurídica brasileira, a maior pista está no art. 60, § 4º, da Constituição, que enuncia as matérias que não podem ser abolidas por emenda. Essa interdição de debate oficial parlamentar de reforma sinaliza que estratégias de abolir as matérias ali lançadas *por outras vias* – tais como a desinformação massiva – também devem

estar proscritas. Entre essas matérias, estão a *separação de Poderes*, prevista no inciso I do § 4º do art. 60 da CF (na Alemanha, menciona-se a independência do Poder Judiciário expressamente) e o *voto* direto, secreto, universal e periódico, previsto no já citado inciso II do art. 60, § 4º, da CF.

A gravidade desse método de agressão aumenta exponencialmente quando a “pedra vem de dentro”, isto é, do seio de um dos Poderes, cuja aptidão para lesionar o bem, decorrente da legitimidade que o timbre áulico confere, é incontestável. Aqui – e no presente caso a desinformação parte do Presidente da República –, parece haver uma conexão com a ideia de “especial acesso ao bem jurídico”, utilizada para explicar a maior reprovação existente nos chamados delitos especiais ou próprios. Se é verdade que o livre exercício das funções públicas merece a tutela do direito penal, também é verdade que esse exercício onera o agente público com *deveres adicionais*. Em 22 de agosto de 2022, já no curso do período eleitoral, o Presidente da República, em entrevista, afirmou: “Aceito o resultado das eleições, se elas forem limpas”⁶³.

4. Situação extrema: sobreposição de ilicitudes como grave agressão ao cerne do Estado de Direito

Há uma situação extrema em que as zonas de ilicitude eleitoral de segundo nível e de ilicitude penal se *sobrepoem*. Basta imaginar o caso de desinformação massiva durante o período eleitoral, entoada por um chefe de Poder e que assuma a estrutura condicional típica da grave ameaça: nesse caso, pode haver realização concomitante do art. 9º-A da Resolução e do art. 359-L do Código Penal, ensejando medidas urgentes e graves de “cessação do ilícito”, tal como prevê o art. 9º-A, além de apuração imediata da responsabilidade penal do suspeito, também como impõe a parte derradeira do art. 9º-A.

V. CONCLUSÃO QUANTO AO DIREITO MATERIAL

Com base nas considerações de natureza jurídico-dogmática e também jurídico-positiva, é possível traçar uma linha divisória entre retórica eleitoral lícita, porque garantida pelo direito à liberdade de expressão, e desinformação ilícita, porque lesiva à integridade do processo eleitoral. A singularidade do bem jurídico impõe

⁶³ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/08/bolsonaro-mente-no-jn-ao-negar-ter-xingado-ministros-do-stf-e-questiona-urnas.shtml>. Acesso em: 22 ago. 2022.

uma proteção jurídica gradual, que se revela mais necessária à medida que o processo eleitoral ingressa em sua fase culminante. As regras vigentes e o substrato fático que lhes garante sustentação passam a determinar a integridade de um processo eleitoral concreto. Em causa está a proteção do cerne do Estado de Direito, e não a regularidade pontual de uma propaganda ou a igualdade de chances no pleito eleitoral.

Essas cautelas em determinar com precisão as zonas de ilicitude deitam as suas raízes naquilo que constitui o elã vital da democracia e do debate político-eleitoral: a convivência saudável com a *crítica mordaz ao poder*. O estandarte da *liberdade de manifestação de ideias* impede a *interdição do discurso* destoante, invectivo ou cáustico sobre um porvir institucional diverso. Liberdade de expressão tampouco exige *têmpera*, elegância ou erudição. Essa é, precisamente, a *força da democracia*, qual seja, a de promover (e não proibir) a diversidade da fauna discursiva e a de submeter o agir estatal ao permanente escrutínio dos cidadãos comuns, dos humoristas, dos jornalistas e dos juristas. Também integrantes de Poderes podem criticar uns aos outros.

O Direito admite a *deselegância* da formulação, a *desmesura* gerada pelo calor do momento, a *opinião disparatada*, mas não permite a *calculista* estruturação de uma empresa discursiva destinada a *desmantelar* as bases fundamentais do Estado de Direito por meio de *desinformação* sistêmica, *subtraindo* o substrato fático que sustenta as regras jurídicas vigentes, *retirando-lhes* o chão e, no limite, *impedindo* que elas – como produtos de *deliberação* congressual que *espelham* a vontade do povo – se imponham como *normas cogentes*. Essa empresa discursiva será mais grave, se o processo eleitoral já estiver em curso e se *provier* de candidato que ostenta o *status* de Presidente da República. *A proibição jurídica da desinformação contra a integridade do sistema de votação visa a impedir que o processo eleitoral seja pautado e regido por idiosincrasias pessoais, em substituição à vontade popular expressada em lei*. O limite à *verborragia*, como visto, não está no conteúdo das ideias, mas no *método escolhido* para exercer o direito de tomar parte no debate público.

A força da democracia é também a sua *fraqueza*. Sempre pode ser tarde demais – e é por isso que é preciso *enunciar*, previamente e com clareza, as zonas de ilicitude. Em face da *antevisão* dos perigos iminentes, a República de Weimar tentou, em vão, *proteger-se* às pressas com as Leis de Proteção

da República de 1922 e 1930, que acabaram por revelar desespero e tibieza. Voßkuhle, Professor e ex-Presidente da Corte Suprema alemã, recorda que, em 1932, a Justiça alemã não considerou o partido nacional-socialista (NSDAP) como um “partido hostil à Constituição” e não lhe cassou a licença, e indaga, provocativamente, se outra decisão teria mudado o curso da história. Ninguém menos do que Joseph Goebbels, com macabro esgar, enunciaria, nas vésperas do III Reich, em 1933: “Será sempre um dos aspectos mais risíveis da democracia o fato de ela própria ter disponibilizado aos seus inimigos mortais os meios com os quais ela seria aniquilada”. E foi.

Em seu fraternal acolhimento ao diverso, a democracia põe a mesa em que seu inimigo mortal graciosamente se sinta, antes de arditamente virá-la. Há um *breve espaço* entre o convite para sentar-se à mesa e o momento que antecede a sua virada, e é precisamente nesse entreato – no “breve espaço entre a luz e a sombra”, para rememorar título de romance de Cristovão Tezza – que a proteção eleitoral e penal ingressa, resoluta, no recinto: um legítimo instrumento sancionatório protetor do Estado de Direito não interdita o convite para sentar-se, nem cassa previamente a palavra do convidado, mas impede a virada de mesa.

C. DIREITO PROCESSUAL: DINAMISMO PROCESSUAL E A TUTELA JUDICIAL EFETIVA DA INTEGRIDADE DO PROCESSO ELEITORAL

São precisamente os instrumentos do direito processual que garantem que não seja tarde demais. Os ilícitos seriam almas sem corpo caso não dispusessem de instrumentos que lhe impusessem na realidade, seja em forma de medidas cautelares, seja em forma de sanção. A integridade do processo eleitoral é bem jurídico singular, que pode ser afetado pela desinformação sistêmica de maneira dinâmica, em diversos momentos, por diferentes pessoas e com diferentes níveis de intensidade, como se viu. Em vista dessa natureza dinâmica que o ilícito eleitoral do art. 9º-A da Resolução pode ostentar, impõe-se indagar sobre o perfil que o processo judicial instaurado para apurar e sancionar tal ilícito deve assumir. Parece óbvio dizê-lo, mas o dinamismo da ilicitude identificada deve se espelhar no dinamismo do processo de cessação e de apuração dessa ilicitude.

A dimensão sistêmica revelada na seção de direito material exigirá, assim, um correlato de *direito processual*, que permita concluir por uma *tutela*

judicial efetiva do bem jurídico “integridade do processo eleitoral”, em toda sua singularidade, que dê vida plena ao novo art. 9º-A da Resolução (I). O desafio é o de conformar o processo judicial à luz das características materiais que informam o tipo específico de ilícito consubstanciado na desinformação sistêmica contra a integridade do sistema eleitoral. Além disso, cumpre identificar, em caso de realização do ilícito do art. 9º-A da Resolução, quais as respostas judiciais cabíveis para realizar o objetivo anunciado pela própria norma, isto é, a *cessação do ilícito* (II).

I. PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA DA INTEGRIDADE DO PROCESSO ELEITORAL

O processo judicial por meio do qual o ilícito eleitoral do art. 9º-A da Resolução é adjudicado deve ter, portanto, condições de oferecer ao bem jurídico tutelado – a *integridade do processo eleitoral* – proteção judicial efetiva contra esse tipo específico de agressão consubstanciado na desinformação estrutural ou sistêmica, em seus diferentes níveis. Como se viu, não se trata apenas de propaganda irregular. A tutela jurisdicional deve ser apta a captar, portanto, essa *dimensão sistêmica* dos ataques à higidez do processo eleitoral, sobretudo do processo eleitoral em curso. Tal exigência torna indispensável a abertura do processo judicial, notadamente no contexto de um ciclo eleitoral já iniciado, tanto para a *contínua fiscalização*, em caso de provável reiteração do ilícito, como também para a adoção de providências materiais suficientes para garantir a *completa cessação do ilícito eleitoral*. Essa feição flexível do processo judicial instaurado para a verificação e interrupção da desinformação sistêmica contra o processo eleitoral decorre da interpretação adequada dos *direitos fundamentais ao acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva*.

1. Direito ao procedimento

Como se sabe, todos os direitos fundamentais, além das suas feições subjetivas, apresentam uma *dimensão objetiva*⁶⁴, uma vez que consagram os bens jurídicos mais relevantes de dada comunidade política. Entre as

⁶⁴ Cf., e.g., HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 239, ss.; ANDRADE, J. C. V. de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 143, ss.; e SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 158, ss.

principais consequências dessa *dimensão objetiva*, figura a afirmação de um direito a *organização e procedimento* adequados à tutela efetiva dos bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais⁶⁵.

A existência de um direito à organização e ao procedimento parte da premissa realista de que os direitos não se efetivam por milagre ou prestidigitação, dependendo, portanto, de providências estatais como a criação de mecanismos procedimentais apropriados para que possam gerar os seus efeitos no mundo concreto⁶⁶. Dessa maneira, os direitos fundamentais ao acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva impõem que os instrumentos processuais sejam aptos a responder, de modo adequado, à violação dos direitos materiais que visam a salvaguardar. Como explicou Luiz Guilherme Marinoni, “não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material”. Ou seja, é o *direito material que dará os contornos do processo*, de modo que “que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional”⁶⁷.

E não poderia ser diferente, tendo em vista que o acesso à justiça e à efetividade da tutela jurisdicional são direitos fundamentais, extraídos do art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁶⁸. É que o direito à

⁶⁵ Cf. ALEXU, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 472-474.

⁶⁶ Cf. MENDES, G. F. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 02, n. 13, jun. 1999; e CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 440.

⁶⁷ MARINONI, L. G. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, n. 07, p. 199-258, 2004.

⁶⁸ “Presentemente, respeitável corrente doutrinária, levando o processo às suas últimas consequências finalísticas, ou seja, de efetivo instrumento de proteção ao direito da parte, assim entendido este último no seu mais amplo sentido, propugna pela preocupação, em primeiro lugar, de assegurar, judicialmente, esse direito, devendo o processo atender à consecução dessa finalidade. Para tanto, bate-se por uma revisão dogmática dos escopos do processo e da jurisdição, de modo a proporcionar esta os objetivos da efetividade substancial da proteção buscada pelo acesso ao Poder Judiciário. Essa visão do processo, sem dúvida saudável e digna de aplausos, decorre da instrumentalidade do processo, vista por uma grandeza maior do que, pura e simplesmente, a de simples meio de apreciação da pretensão processual”. Essa é tese muito bem exposta por DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

tutela jurisdicional, especialmente no campo da tutela das dimensões essenciais do regime democrático, não pode se resumir a uma mera previsão normativa abstrata (constitucional ou legal), mas, ao reverso, há de ser efetivo e realizado concretamente: o preceito há de ser cumprido não apenas na forma, mas na sua substância.

A efetividade da tutela jurisdicional depende da sua idoneidade para responder adequadamente à violação aos direitos e garantias fundamentais. Valoriza-se, sob essa ótica, o aspecto empírico subjacente à tutela judicial dos bens jurídicos constitucionais: as exigências concretas decorrentes das situações reais de violação de direitos devem moldar o perfil da tutela jurisdicional⁶⁹. O importante é garantir que a tutela judicial seja suficiente para fazer cessar a ofensa material ao direito fundamental. Especialmente em litígios que se voltam à solução efetiva de problemas concretos altamente complexos e mutáveis, é perfeitamente aceitável que as providências requeridas no âmbito dessas demandas variem, à luz de mudanças no quadro fático e jurídico subjacente⁷⁰.

O direito ao procedimento, subjacente à dimensão objetiva do acesso à justiça e da efetividade da tutela jurisdicional, determina que, no caso de campanhas sistêmicas de desinformação contra o sistema eleitoral, *as respostas judiciais para a completa cessação do ilícito não podem se limitar à remoção de conteúdos isolados ou à mera declaração da ilicitude de uma propaganda antecipada com cominação de multa pontual*: esses são apenas fenômenos acompanhantes – se bem que relevantes – de uma *ilicitude maior* e mais profunda, que atinge o cerne a integridade de um processo eleitoral como um todo.

Na prática, o que definirá o meio mais adequado para a apropriada apuração e eficaz interrupção do ilícito de desinformação contra o sistema eleitoral serão as circunstâncias concretas por meio das quais esse tipo de ataque à higidez do processo eleitoral se realiza, sobretudo a natureza, a robustez, a frequência de eventual reiteração e os métodos de agressão empregados. Será preciso determinar o nível de gravidade do ilícito praticado, ou seja, em

⁶⁹ Cf., no direito convencional, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, de 18.08.2000, p. 163. V. Caso Durand y Ugarte vs. Peru, de 16.08.2000, p. 101, y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala), de 19.11.1999, p. 234.

⁷⁰ Cf. FISS, O. Foreword: the forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 01, p. 01-58, nov. 1979; e CHAYES, A. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 07, p. 1281-1316, maio 1976.

qual zona de ilicitude ele se encontra, o que implica identificar a *fase* em que a desinformação ocorre e a *posição* de seu emissor.

2. Projeções mais concretas do direito ao procedimento em face da tutela da integridade do processo eleitoral contra a desinformação ilícita

Firmada essa premissa, logo se percebe que o *caráter incremental e sistêmico* dos planos discursivos de desinformação contra a higidez do sistema eleitoral deve produzir a revisão do *modelo atomizado* de fiscalização da legitimidade de cada uma das manifestações individuais que integram o projeto sistêmico de agressões ao processo eleitoral. Em geral, atos discursivos isolados praticados contra o sistema de votação ou à Justiça Eleitoral não são aptos a revelar o real risco à higidez do processo eleitoral e à própria democracia que deles pode resultar. *Apenas uma visão global e agregativa dos diversos atos discursivos de desinformação proferidos ao longo do tempo pode dar uma visão mais adequada da sua capacidade para deslegitimar o processo eleitoral e, assim, abalar os alicerces do edifício democrático.* Daí por que a tutela jurisdicional deve estar adaptada às exigências de controle de grupos de atos discursivos que formam, em seu conjunto, uma *campanha organizada e estruturada de desinformação contra a integridade do sistema eleitoral*, que vai se tornando mais perigosa à medida que se aproxima o período eleitoral propriamente dito. Apenas essa adaptação processual poderá revelar, entre outras coisas, a estrutura empresarial por trás da desinformação – o que será tanto mais grave se agremiações partidárias, comprometidas com o regime democrático (art. 17 da CF), compuserem o empreendimento destinado a destruir a integridade de um processo eleitoral em curso.

Tais exigências se desdobram em três consequências processuais principais. *Em primeiro lugar*, o processo instaurado para apurar, sancionar e paralisar a desinformação contra a integridade do processo eleitoral tem seu objeto delimitado pelo fenômeno material referido pela petição inicial, o que não impede nem a adoção de providências não requeridas expressamente na representação nem a adaptação do processo para responder a novas investidas ilegítimas contra a higidez do processo eleitoral praticadas no curso da ação judicial já instaurada. *Em segundo lugar*, a tutela da higidez do processo eleitoral e da integridade do sistema de votação, vista a partir da sua dimensão objetiva, demanda da Justiça Eleitoral o emprego de todas as providências judiciais permitidas pelo direito necessárias à completa cessação da prática ilícita, inclusive a concessão de direito de resposta e o deferimento da tutela inibitória

mais adequada. *Em terceiro lugar*, a identificação da efetiva ocorrência do ilícito previsto no art. 9º-A da Resolução exige, ainda, a instauração de inquérito administrativo para a integral apuração, em toda a sua extensão, do elemento de *organização* da empreitada ilícita revestida de caráter sistêmico.

3. Delimitação do objeto do processo por infração do artigo 9º-A da Resolução em caso de ilícito eleitoral: a Representação

Como se demonstrou no capítulo destinado ao estudo de direito material (B.), há um *objeto autônomo* protegido pelo art. 9º-A: a tutela da integridade do processo eleitoral contra a desinformação que se direciona, não contra os candidatos, mas contra o próprio sistema⁷¹. Tal objeto dispensa, a rigor, a prova de benefícios eleitorais aos candidatos na disputa ou a caracterização de propaganda negativa contra qualquer concorrente. Como assentou o MPE na Representação em discussão, trata-se, substancialmente, de “*propaganda negativa de todo o sistema eleitoral*”, que lhe afeta a credibilidade e, por isso até a de todos os candidatos que aceitam participar do pleito segundo as regras vigentes” (p. 19). A afetação descrita, portanto, se dirige a “*todo o sistema eleitoral*”, e não visa a apenas granjear pontuais benefícios eleitorais, o que, como visto, pode ser um fenômeno acompanhante, mas que não capta a *dimensão sistêmica* abrangida no art. 9º-A da Resolução.

A aplicação do art. 9º-A da Resolução não está, assim, estritamente vinculada à jurisprudência tradicional construída para o controle da legalidade da propaganda eleitoral – em especial da propaganda eleitoral antecipada, preocupada com o restabelecimento do equilíbrio concorrencial por meio da remoção liminar e da multa sancionatória. Essa dimensão transbordante faz a adstrição do pedido final à dimensão individual, baseada na propaganda irregular, traduzir uma *resposta processual e sancionatória insuficiente* para dar conta da *dimensão coletiva e estrutural do ilícito narrado*, isto é, do grave perigo ao processo eleitoral como um todo, narrado na relevante Representação apresentada pelo MPE. Daí por que o TSE, ao processar a Representação movida por iniciativa ministerial, pode lançar mão de outras providências tais

⁷¹ Trata-se do que Frederico Franco Alvim denomina “desinformação antissistema”, que é aquela que “ataca as instituições de maneira massiva, generalizada e sistemática, com o objetivo de, através dessas mentiras, estimular a violência social, especialmente a violência relacionada com a recusa social dos resultados”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=69E07mW7bMI>. Acesso em: 20 ago. 2022.

como o deferimento do direito de resposta e a imposição de tutela inibitória – *i.e.*, obrigação de não repetir as manifestações sabidamente inverídicas contra o processo eleitoral – para fins de obtenção da integral e efetiva *cessação do ilícito*, sem prejuízo da instauração de inquérito administrativo no âmbito do próprio TSE. Afinal, nesse setor delicado, a linguagem é de *cessação de ilícito*, e não de remoção de conteúdo seguida de multa. Nenhum Estado de Direito protege as suas instituições fundamentais apenas por meio de remoção de conteúdo e de multa – enquanto encarcera pessoas por crimes patrimoniais não violentos. Em face desses casos, *extinguir o processo com a decretação de multa seria supor que a integridade do processo eleitoral não está em risco*.

Na hipótese que nos foi submetida, *não haveria ampliação do objeto da demanda*, na medida em que a Representação tem como fundamento legal não apenas o art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, como também o art. 9º-A da Resolução (“O Ministério Público Eleitoral, no uso de suas atribuições, nos termos dos arts. 127 da Constituição, 72 e seguintes da Lei Complementar 75/93, com fundamento nos arts. 36, *caput* e § 3º, da Lei 9.504/97 e 9º-A da Resolução TSE 23.610/2019, vem propor REPRESENTAÇÃO...”). Ademais, o MPE, em várias oportunidades ao longo da alentada petição inicial, menciona expressamente essa *dimensão sistêmica*, ao descrever os ataques reiterados à integridade das urnas eletrônicas como um projeto de desinformação destinado a minar a credibilidade do sistema eleitoral *como um todo* – à p. 7, são elencados 20 episódios, que não esgotam o florilégio discursivo, mas dão nota da reiteração –, além de indicar que isso pode ocorrer também durante o processo eleitoral (de modo a evidentemente extrapolar o campo de ilicitude da propaganda irregular extemporânea), ao mencionar os impactos que tal projeto pode ter no ato de votação: “Tanto mais quando o desafio aos fatos assentados tem potencial de impactar sobre a tomada de decisões da cidadania, maior há de ser a exigência de respeito a tais fatos, em prol da legitimidade, estabilidade e segurança na vida política” (p. 6).

O MPE, na Representação em discussão, empreendeu válido esforço de conformar os fatos graves aos parâmetros firmados pela jurisprudência tradicional para a configuração da propaganda eleitoral negativa antecipada. Esse enquadramento, necessário para o art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, não é decisivo para o ilícito do art. 9º-A da Resolução, constituindo fenômeno acompanhante de um ilícito mais grave contra a integridade do processo eleitoral como um todo. Ao se transportar os parâmetros firmados para a

propaganda negativa antecipada para a aplicação do art. 9º-A, que tem como bem jurídico tutelado a integridade do *próprio* processo eleitoral, não há dúvida de que configura o ilícito previsto nesse dispositivo a disseminação intencional e sistemática de conteúdo que exorbite a liberdade de expressão por se afigurar sabidamente inverídico contra a Justiça Eleitoral e seus integrantes, contra o sistema eletrônico de votação e contra o processo eleitoral em suas diferentes fases⁷². Nada pode ter mais “conotação eleitoral” do que um ataque à integridade do processo eleitoral como um todo.

É a própria Representação, ao delimitar o objeto da demanda, que narra o ilícito em termos de *programação organizada de um amplo projeto discursivo de desinformação intencional* voltado contra a integridade do processo eleitoral, que se desenvolve em escala e que, enfim, bateu à porta do início do período eleitoral em concreto. Não é irrelevante, nesse contexto, a circunstância de que o próprio Ministério Público identificou, em sua narrativa fática, o caráter sistêmico da desinformação praticada pelo Presidente da República. De outro lado, não se pode perder de vista que o caráter dinâmico do ilícito narrado pelo Ministério Público demanda do TSE um correspondente dinamismo processual em forma de provimento judicial, na exata medida em que a proibição da continuidade do mesmo plano inicial do ilícito que deu origem à Representação originária não pode ficar à mercê de novas representações e tampouco de aditamentos formais. Se o mesmo ilícito narrado na Representação inicial seguir sendo praticado pelo mesmo autor, caberá ao TSE adotar, no âmbito do processo já instaurado por iniciativa do Ministério Público, as medidas cabíveis para a sua imediata cessação, com base no art. 9º-A da Resolução.

Portanto, a tutela efetiva da integridade do processo eleitoral em um contexto de ataques reiterados e sistêmicos à confiabilidade das urnas eletrônicas e das instituições eleitorais pode exigir que a Representação por violação ao art. 9º-A da Resolução dê ensejo, a partir de uma concepção de *tutela jurisdicional efetiva*, à imposição de todas as medidas necessárias à garantia da “cessação do ilícito”, com o objetivo último e fundamental de preservar a integridade do processo eleitoral, como exige o art. 9º-A da Resolução.

⁷² A delimitação desses conteúdos falsos pode ser encontrada no Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação no âmbito da Justiça Eleitoral: plano estratégico: eleições 2022. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/9965>. Acesso em: 23 ago. 2022.

II. OS MEIOS PROCESSUAIS PARA A REALIZAÇÃO DA FINALIDADE DA NORMA: A CESSAÇÃO DA DESINFORMAÇÃO CONTRA A INTEGRIDADE DO SISTEMA ELEITORAL

O léxico legal impõe a cessação do ilícito. Convém destacar, a essa altura, que a literalidade do art. 9º-A da Resolução não explicita quais seriam os efeitos específicos da incidência do dispositivo, limitando-se a estabelecer que deve “o juízo eleitoral, a requerimento do Ministério Público, *determinar a cessação do ilícito*, sem prejuízo da apuração de responsabilidade penal, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação” (grifos nossos). O art. 9º-A da Resolução é fundamento legal da Representação.

A abertura textual da norma não é despropositada. Em verdade, seu objetivo é o de garantir a efetividade da tutela a ser concedida à luz das circunstâncias concretas por meio das quais os ataques à higidez do processo eleitoral se realizam. A abertura dá conta do aspecto gradual e da singularidade do bem jurídico “integridade do processo eleitoral”, que pode ser afetado em diferentes fases e pessoas. De fato, a depender dos contornos de cada hipótese de divulgação de desinformação contra o processo eleitoral, a “cessação do ilícito” pode exigir medidas – preventivas ou repressivas – diversas, que traduzam a gravidade do ilícito identificado. Essa resposta processual dependerá, então, do nível de gravidade em que a ilicitude se situa. Especialmente considerando a constante evolução tecnológica e a natureza mutável dos meios, técnicas e estratégias adotados para a produção e disseminação de campanhas desinformativas, o órgão julgador deve ser capaz de determinar a aplicação de consequências flexíveis e talhadas para as particularidades dos casos concretos. A rigor, a redação do art. 9º-A da Resolução reflete, com especial nitidez, a *dimensão sistêmica* do ilícito por ele descrito, que transcende os interesses individuais dos candidatos.

O léxico adotado pela norma indica o reconhecimento do perigo a um bem do mais elevado valor axiológico na ordem constitucional brasileira (a integridade do processo eleitoral como relicário do Estado de Direito) que precisa ser imediatamente interrompido ou paralisado (linguagem que denota, inclusive, a possibilidade de exercício do poder de polícia). As clássicas sanções de remoção de conteúdo e a aplicação de multa, apesar de necessárias para sancionar a prática ilícita e promover a responsabilização de seus autores, não são hábeis a impedir e prevenir sua prática continuada, de modo a satisfazer,

de maneira adequada, as exigências jurisdicionais de uma tutela efetiva do processo eleitoral. Afinal, o que está em jogo é o próprio procedimento de tradução de votos em representação política, condição de possibilidade para que a vontade popular se expresse periodicamente e para a manutenção do regime democrático.

Em termos sancionatórios, portanto, não se trata apenas de remover conteúdo e multar o candidato que busca granjear vantagem concorrencial por meio de propaganda irregular, tal como previsto de forma mais limitada no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/1997. É necessário garantir a possibilidade de adoção de medidas mais eficazes para a tutela da integridade do sistema eleitoral *como um todo, com fundamento no art. 9º-A da Resolução*⁷³. Pode-se cogitar, *sem pretensão exauriente*, quais seriam, então, essas possíveis consequências.

1. Demarcação de linha divisória entre retórica eleitoral lícita e desinformação lícita

Em primeiro lugar, a dimensão sistêmica contida no art. 9º-A da Resolução, cuja violação vem narrada na Representação apresentada por iniciativa do Ministério Público – e, como não poderia ser diferente, não por outros candidato ou partido político –, oferece providencial oportunidade para que se estabeleça, em face do início do processo eleitoral, a *linha divisória entre retórica eleitoral lícita, porque amparada pela liberdade de expressão, e desinformação ilícita*. Essa enunciação judicial representaria medida menos gravosa e bastante efetiva de tutela do processo eleitoral, sobretudo porque balizaria, de forma equânime, as zonas de ilicitude em que podem incorrer todos aqueles envolvidos no pleito eleitoral.

A Representação, com fundamento no art. 9º-A da Resolução, narra *desinformação sistêmica reiterada*, que desaguou em manifestação do Presidente da República – em elusiva ocasião, que sobrepunha faixa presidencial e bandeira de campanha – em face de diplomatas acreditados no país, destinada a subtrair o substrato fático das regras do sistema eleitoral vigente por fatos

⁷³ O processo pode assumir, nesse sentido, contornos processuais semelhantes aos de litígios estruturantes, de modo a permitir certo grau de flexibilidade na delimitação das medidas necessárias para garantir a “cessação do ilícito”. Cf., sobre o ponto, VITORELLI, E. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 430 e ss.

paralelos já desmentidos, como se lê na Representação, que destaca a fase em que o ataque ocorre: “Desta vez, elas estão lançadas em período próximo das eleições, veiculando noções que já foram demonstradas como falsas, sem que o representado haja mencionado os desmentidos oficiais e as explicações dadas constantemente no passado. Algumas frases, ainda, apresentam à audiência fatos que, descontextualizados, mostram-se engendradas para abalar a confiança no sistema” (p. 7-8).

2. Direito de resposta?

Em segundo lugar, pode-se determinar o *direito de resposta* ao próprio organismo eleitoral atingido por afirmações sabidamente inverídicas ou gravemente descontextualizadas contra a integridade do processo eleitoral. Com a consolidação da base fática mínima que sustenta as regras válidas, o “sabidamente” passa a ter um conteúdo normativo, como se disse acima: não é possível desconhecer essa base fática. Embora tradicionalmente o direito de resposta previsto no art. 58 da Lei nº 9.504/1997 seja assegurado a candidato, partido ou coligação, o dispositivo foi desenhado para um contexto em que os ataques e a desinformação se voltavam contra os competidores da disputa, e não contra o processo eleitoral e os órgãos e autoridades responsáveis por sua condução. No art. 9º-A da Resolução, contudo, o que está em causa é a integridade do processo eleitoral em si. *Não há razão para que a normalidade e a higidez do pleito sejam protegidas de forma menos intensa pelo ordenamento jurídico do que a igualdade de chances entre os candidatos e partidos.* Por isso, os danos profundos e sistêmicos ao processo eleitoral causados pela desinformação massiva, sobretudo *durante o período eleitoral*, podem ser reparados pela concessão de direito de resposta, que confira aos organismos eleitorais a possibilidade de contrapor fatos – a *base fática mínima que sustenta as regras* – ao sistema de inverdades criado para abalar a confiança da população nos resultados eleitorais e na própria democracia.

Na hipótese de campanhas de desinformação contra o processo eleitoral que são veiculadas ou divulgadas pela internet e pelas redes sociais, a operacionalização do direito de resposta deve seguir o previsto no art. 30, § 3º, da Resolução TSE nº 23.610/2019, que dispõe que, “em se tratando de provedor de aplicação de internet que não exerça controle editorial prévio sobre o conteúdo publicado por suas usuárias e seus usuários, a obrigação de divulgar a resposta recairá sobre a usuária ou o usuário responsável pela

divulgação do conteúdo ofensivo, na forma e pelo tempo que vierem a ser definidos na respectiva decisão judicial”.

No caso da Representação objeto deste Parecer, pode-se determinar ao Presidente da República – que possui compromisso constitucional com o regime democrático – a veiculação de vídeo ou mensagem contendo esclarecimentos oficiais prestados pelo TSE a respeito das inverdades veiculadas no discurso proferido a diplomatas estrangeiros, em todas as suas redes sociais e grupos públicos de aplicativos de mensageria instantânea, de modo a expor a base fática mínima que sustentaram as deliberações congressuais e que pautam a prestação jurisdicional nesse setor. Trata-se de medida menos gravosa à liberdade de expressão do representado e, ao mesmo tempo, que promove a dimensão coletiva da liberdade de expressão, garantindo que os esclarecimentos de fato cheguem ao mesmo público que consumiu a desinformação. Considerando especialmente que o ambiente das redes sociais é propício à formação de bolhas e câmaras de eco, que restringem a circulação de informações plurais, a concessão do direito de resposta amplia o acesso a fontes confiáveis – de modo a “furar” os filtros das bolhas e tribos que consomem majoritariamente conteúdos falsos sobre as urnas eletrônicas.

3. Tutela inibitória?

Em terceiro lugar, é possível também a *adoção de tutela inibitória* capaz de impor proibições mais específicas de reiteração das agressões à higidez do sistema eleitoral, sobretudo porque o *período eleitoral está em andamento*. Trata-se de tutela jurisdicional de caráter preventivo, que tem como objetivo impedir a continuação e a repetição do ato ilícito, e que pode se revelar por meio da imposição tanto de obrigações de fazer quanto de obrigações de não fazer⁷⁴. A tutela inibitória encontra previsão no art. 497, *caput* e parágrafo único do Código de Processo Civil, que reconhece, expressamente, a possibilidade de concessão de “tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito”. Na tutela inibitória que visa impedir a continuação do ilícito, a ilicitude continua na medida do prosseguimento da ação ou atividade. No entanto, o fato de a ação já ter iniciado não retira da tutela inibitória a sua natureza preventiva, uma vez que a prática da conduta ilícita pode ocorrer

⁷⁴ MARINONI, L. G. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 36.

novamente no futuro. A tutela inibitória se dirige, nesse caso, contra o perigo de continuação do ilícito⁷⁵. Nada mais acomodado ao léxico do art. 9º-A da Resolução, que fala em cessação do ilícito.

A propósito, convém registrar que a jurisprudência do STJ criou parâmetros gerais para o deferimento da tutela inibitória que podem ser utilizados na ponderação entre a liberdade de expressão e a necessidade de proteção de outros bens jurídicos constitucionais, o que pode ser transposto para o caso da desinformação contra uma instituição do Estado de Direito. Segundo o STJ, “o deferimento da tutela inibitória, que procura impedir a violação do próprio direito material, exige cuidado redobrado”, sendo necessário que se evidencie a presença de três requisitos: (i) “a presença de um risco concreto de ofensa do direito, evidenciando a existência de circunstâncias que apontem, com alto grau de segurança, para a provável prática futura [...] de ato antijurídico”; (ii) “a certeza quanto à viabilidade de se exigir do réu o cumprimento específico da obrigação correlata ao direito, sob pena de se impor um dever impossível de ser alcançado”; e (iii) “que a concessão da tutela inibitória não irá causar na esfera jurídica do réu um dano excessivo”⁷⁶. Como se lê na própria Representação de que aqui se cuida, não se pode nem cogitar de um exercício protegido de liberdade: “A tentativa de infundir temor no eleitor sobre o respeito efetivo da sua vontade, atribuindo, direta ou subliminarmente, maquinações ou negligência aos que gerem as eleições, não encontra base devidamente demonstrada, despreza argumentos e evidências sólidas em contrário e não atenta para a deliberação do Congresso Nacional de apoio ao modelo adotado. *Não há como ouvir o discurso e o admitir no domínio normativo da liberdade de expressão.* Discursos assim dissociados de fatos estabelecidos não se justificam no campo da troca lídima de ideias nem no ambiente do compartilhamento idôneo de informações” (p. 19) (grifos nossos).

No presente caso, as condições materiais que justificam a adoção de tutela inibitória estão presentes e vêm descritos na Representação. O risco concreto de continuidade da prática de desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral é elevadíssimo e pode ser extraída do catálogo, citado

⁷⁵ MARINONI, L. G. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198 e 199.

⁷⁶ STJ. REsp 1.388.994, Relª Min. Nancy Andriighi, J. 19.09.2013.

pelo MPE na Representação, de mais de duas dezenas de episódios similares ao pronunciamento aos diplomatas estrangeiros apenas em 2021. Por outro lado, a determinação de não reiteração da conduta ilícita é plenamente viável e não produz restrição excessiva ao seu direito à liberdade de expressão, uma vez que todo tipo de crítica (ainda que ácida) e as sugestões de aprimoramento do sistema eleitoral (inclusive, pela proposta de adoção do voto impresso) permanecem autorizadas, desde que não estejam fundamentadas em fatos sabidamente inverídicos e já amplamente desmentidos tanto pelas autoridades eleitorais como também por agências de verificação de fatos independentes, e que compõem, como dito acima, o *substrato fático das regras vigentes para o processo eleitoral em curso*.

Além disso, deve-se lembrar de que a tutela inibitória é, de certo modo, prevista na Resolução TSE nº 23.608/2019, que dispõe sobre representações, reclamações e pedidos de direito de resposta previstos na Lei nº 9.504/1997 para as eleições. O parágrafo único do art. 4º dessa resolução menciona expressamente a possibilidade de cumulação do direito de resposta com “a análise de pedido de suspensão, remoção ou *proibição de nova divulgação da propaganda apontada como irregular*” (grifos nossos). Com maior razão, se a proibição concreta se dirigir a uma campanha discursiva destinada a dismantelar as bases fundamentais do sistema eleitoral vigente, enquanto o processo eleitoral está em curso.

É claro que o deferimento de tal tutela deve ser absolutamente excepcional. Afinal, no sistema constitucional brasileiro, a liberdade de expressão é dotada de uma posição preferencial (cf. acima B. I.), que lhe confere proteção reforçada contra restrições, especialmente por meio do estabelecimento da presunção de primazia da liberdade de expressão no caso de colisões e da presunção de vedação à censura⁷⁷. No entanto, considerando que o bem jurídico tutelado pelo art. 9º-A possui relevância axiológica máxima em uma democracia constitucional, tal restrição à liberdade de expressão, especialmente quando já iniciado o ciclo eleitoral, está amplamente justificada pela necessidade de garantir as condições de realização do projeto democrático. Difícil imaginar método de agressão mais eficiente: só resta pensar em violência física.

⁷⁷ Cf. OSORIO, A. *Liberdade de expressão e direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2022.

O fato de o emissor da desinformação ser o *Presidente da República em acúmulo com a posição de candidato* é, aliás, de fundamental importância: não se pode evocar a proteção máxima conferida à posição de chefe de Estado para exercer uma “liberdade” que a nenhum outro candidato está disponível. Não se pode ignorar que, conforme aponta Cass Sunstein em livro recém-publicado, os atos e discursos das autoridades públicas não se atêm à sua dimensão de eficácia material, apresentando, ainda, relevante função expressiva⁷⁸. O que tais agentes dizem ou deixam de dizer, do ponto de vista simbólico, é igualmente importante para fins de condicionamento da atuação tanto dos membros da sociedade civil quanto daqueles que fazem parte da estrutura do Estado. No caso em questão, o projeto de desinformação acerca da integridade do sistema eleitoral levado a cabo pelo Presidente da República e candidato à reeleição se mostra especialmente grave, tendo em vista a dimensão e as prerrogativas do cargo que ocupa⁷⁹.

4. O dever de apuração integral do ilícito de desinformação contra a integridade do sistema eleitoral praticado no curso de um ciclo eleitoral já iniciado

Ademais, a necessidade de apurar toda a extensão da estratégia discursiva consistente em agressões à integridade do sistema eleitoral e as responsabilidades correspondentes sugerem a conveniência de instauração de um *procedimento de natureza investigatória, uma fiscalização contínua* que perdure enquanto o bem jurídico estiver especialmente frágil – ou seja, durante toda a extensão do período eleitoral –, que não se confunde com a remoção do conteúdo e a imposição de multa. Se a realização do ilícito é contínua, também contínua deve ser a sua apuração – também aqui direito material e processual dão as mãos. Essa consequência não é inédita no TSE.

Foi o que ocorreu, recentemente, no caso do Partido da Causa Operária, que deu origem à instauração, pelo Ministro Mauro Campbell Marques, de inquérito administrativo para apuração do ilícito do art. 9º-A da Resolução TSE nº 23.610/2019, como se vê dos seguintes trechos da decisão: “Na espécie, o

⁷⁸ Cf. SUNSTEIN, C. R. *How change happens*. Cambridge: MIT Press, 2019. p. 39.

⁷⁹ Não por acaso, seus discursos têm criado artificialmente um clima de desconfiança generalizada contra o regime democrático, com preocupantes consequências relacionadas ao crescimento de tendências autoritárias em diversos níveis da vida nacional, bem como com a incitação à recusa de resultados eleitorais adversos e ao extremismo violento.

Partido da Causa Operária, no respectivo perfil no Twitter, veiculou postagens, as quais foram replicadas nas demais plataformas, sem nenhuma prova ou sequer indício, de maneira irresponsável e abusiva, nos seguintes termos: [...] Conforme se infere do dispositivo acima noticiado, a ninguém é permitido veicular informações descontextualizadas com ataques infundados ao sistema eletrônico de votação e à própria democracia, incutindo-se no eleitorado falsa ideia de fraude. *Com mais razão, não se pode admitir que concorra para a instabilidade do regime democrático, o partido político, o qual, segundo legislação de regência, é pessoa jurídica destinada a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo.* Consabido que, no Brasil, não há direito fundamental que se revista de natureza absoluta, mesmo a liberdade de expressão e a manifestação do pensamento, uma vez que o seu exercício, na espécie, encontra limite quando implica ofensa à imagem da Justiça Eleitoral (art. 5º, X, da Constituição Federal), à tutela do processo eleitoral que tem como principais objetivos a garantia da normalidade das eleições, da legitimidade do voto e da liberdade democrática. *Dessa forma, havendo a possibilidade de utilização de recursos do fundo partidário para atacar as instituições eleitorais e a legitimidade das Eleições de 2022, com o potencial de tumultuar e desacreditar a integridade do processo eleitoral vindowro, há de se apurar os fatos ora em análise e obstar, liminarmente, a propagação das mensagens transcritas*⁸⁰.

Em 2021, o Plenário do TSE aprovou proposta do então Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral, Ministro Luis Felipe Salomão, de instauração de *inquérito administrativo* para apurar fatos que pudessem configurar ilícitos eleitorais relativamente aos ataques contra o sistema eletrônico de votação e à legitimidade das Eleições de 2022. O procedimento investigatório foi iniciado justamente em razão de “relatos e declarações, sem comprovação, de fraudes no sistema eletrônico de votação, com potenciais ataques à democracia e à legitimidade das eleições”⁸¹. Àquela altura, na decisão do Plenário que determinou a instauração do inquérito administrativo, ressaltou-se que o procedimento abrangeria “*ampla dilação probatória*”, o que

⁸⁰ Trecho da decisão do Ministro Mauro Campbell extraída da decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes no âmbito da STF. Pet 10.391, DJE 02.07.2022.

⁸¹ A íntegra da portaria de instauração está disponível em: https://www.tse.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/arquivos/corregedoria-geral-eleitoral-inquerito-administrativo/@@download/file/TSE-cge-inqu%C3%A9rito-administrativo.pdf. Acesso em: 21 ago. 2022.

incluiria “medidas cautelares para a colheita de provas, com depoimentos de pessoas e autoridades, juntada de documentos, realização de perícias e outras providências que se fizerem necessárias para o adequado esclarecimento dos fatos” (grifos nossos).

Diante de cenário semelhante e mais grave – agora qualificado pela efetiva realização do ilícito eleitoral previsto expressamente no art. 9º-A da Resolução por parte do Presidente da República e às vésperas do período eleitoral –, deve-se adotar a mesma providência e *instaurar o correspondente inquérito administrativo como forma de apuração e de fiscalização contínua*, a fim de fazer valer a parte final do mesmo dispositivo, que estabelece a necessidade de “apuração de responsabilidade penal, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação”. Para atender à totalidade do dispositivo invocado pelo MPE na Resolução, o TSE, ao reconhecer a procedência dos pedidos formulados na Representação, concluindo-se pela incidência do art. 9º-A da Resolução, *não deve se limitar à aplicação de multa e à remoção dos vídeos reproduzidos nas redes sociais*. Os pedidos liminares formulados pelo MPE de remoção e de aplicação de multa refletem *apenas* o aspecto individual, referido à caracterização da propaganda irregular (art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/1997), sem, porém, atuar sobre a dimensão *sistêmica* do ilícito, com base no art. 9º-A da Resolução – fundamento legal da Representação –, a respeito do qual pende ainda tanto pedido quanto eventual provimento judicial. Afinal, como se lê na Representação, esse projeto discursivo tem capacidade “de lançar descrédito sobre instituição nuclear para a existência democrática, como é o sistema eleitoral” (p. 6-7).

A Representação não poderia narrar o futuro, mas o Tribunal pode, com base na descrição de ilícitos passados, garantir que o futuro esteja sob supervisão.

III. RESUMO DAS CONCLUSÕES: CONEXÃO ENTRE DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

Convém resumir topicamente os resultados a que chegou este Parecer:

1. O debate arranca de duas premissas consensuais:
 - a) o direito fundamental à liberdade de expressão tem prevalência no debate público de ideias;
 - b) as bases fundamentais do Estado de Direito, quando em risco, devem ser tuteladas por meio de proibições jurídicas.

2. A enunciação de fatos conspicuamente falsos não goza da mesma proteção jurídica conferida à emissão de juízos de valor ou de posicionamentos pessoais, com o que o ônus de justificação para a sua restrição por meio de proibições jurídicas sofre sensível decréscimo.

3. A integridade do processo eleitoral em si, como um todo, compõe consagrado pilar do Estado de Direito e possui conteúdo autônomo em relação a bens tais como a igualdade de chances no pleito eleitoral; esses bens pressupõem a existência de um processo eleitoral íntegro.

4. O art. 9º-A da Resolução tutela esse bem e apreende essa dimensão sistêmica ou coletivo-institucional.

5. O bem jurídico “integridade do processo eleitoral” é dotado de singularidade, o que lhe confere dinamismo e permite a gradação dos ilícitos a ele relacionado: o ilícito será mais grave caso ocorra durante o período eleitoral, quando passam, então, a se referir a um processo eleitoral em concreto; durante o período eleitoral, o bem jurídico experimenta uma fase de especial fragilidade e merece maior proteção. Essa gradação pode depender também da posição ocupada pelo emissor da desinformação.

6. A desinformação é um eficiente método de agressão ao bem jurídico “integridade do processo eleitoral”, pois visa a subtrair arbitrariamente o substrato fático que sustenta as regras jurídicas que dão contornos à integridade do processo eleitoral, substituindo a vontade popular expressada em tais regras por caprichos pessoais de seu emissor, eventualmente já descartados pelo Parlamento.

7. Nesse caso, não se trata de especulação abstrata sobre o melhor sistema eleitoral, mas de campanha discursiva baseada em fatos já amplamente desmentidos destinada a afetar a integridade do processo eleitoral em concreto.

8. A prevalência da liberdade expressão impõe a delimitação precisa entre a retórica eleitoral lícita e a desinformação ilícita. É possível cogitar de quatro zonas:

- a) a ampla zona de licitude, que abarca posicionamentos pessoais ou juízos de valor sobre questões políticas (art. 36-A da Lei nº 9.504/1997);
- b) o ilícito eleitoral de primeiro nível, em caso de afetação da integridade do processo eleitoral por meio de desinformação robusta, ainda que fora do período eleitoral, por violação do art. 9º-A da Resolução;

- c) o ilícito eleitoral de segundo nível, também por violação do art. 9º-A, porém mais grave por agredir o bem em fase de especial fragilidade e quando há uma base fática mínima já consolidada que sustenta as regras jurídicas válidas para o pleito eleitoral em concreto, o que pode ensejar medidas mais severas de cessação do ilícito;
- d) o ilícito penal, por violação do art. 359-L do Código Penal, quando a desinformação contra a integridade do processo eleitoral – que integra as bases fundamentais do Estado de Direito – vem acompanhada de uma estrutura condicional que a transforme em grave ameaça em sentido jurídico-penal, transformando-se em inaceitável método de constrangimento institucional.

9. Caso esses ilícitos se sobreponham, tem-se situação extrema, que deve ensejar medidas interventivas de cessação do ilícito.

10. Esse ilícito de natureza dinâmica e gradual impõe como correlato um processo judicial igualmente dinâmico, tal como previu o legislador no art. 9º-A da Resolução, ao mencionar genericamente “medidas para a cessação do ilícito”, sem prejuízo de eventual apuração de responsabilidade por outros ilícitos; a gravidade do ilícito determina a gravidade da medida de cessação.

11. A proeminência do bem jurídico protegido, que não se confunde com o equilíbrio concorrencial do pleito, fez o legislador atribuir natureza autônoma a esse ilícito, espelhada tanto na legitimidade ativa exclusiva do Ministério Público quanto na abertura das consequências processuais (cessação do ilícito e apuração, e não apenas remoção do conteúdo e multa).

12. Em face da violação do art. 9º-A da Resolução, descrita em requerimento do Ministério Público, o Tribunal deve optar pelas medidas processuais que se revelem efetivas e proporcionais à cessação do ilícito, como a determinação em abstrato das zonas de ilicitude, a concessão de tutela inibitória em concreto, o oferecimento de direito de resposta e, por fim, a determinação da apuração dos ilícitos a ter lugar em procedimento investigatório, de modo a proceder a uma fiscalização contínua dos ilícitos descritos, no mínimo, enquanto durar o período eleitoral. Essas medidas, com base no art. 9º-A da Resolução, são também formas de conferir tutela judicial eficiente a um bem jurídico singular e indispensável à sobrevivência do Estado de Direito.

13. A Representação de que aqui se cuida, de iniciativa ministerial, narra projeto de desinformação sistêmica e massiva contra o processo eleitoral em concreto, divulgada de natureza continuada e persistente, e que tem como seu emissor o Presidente da República, que ostenta também a condição de candidato à reeleição, revelando a tentativa de substituir o substrato fático que embasou a deliberação congressional sobre as regras válidas para o pleito por uma concepção pessoal sobre “transparência”, não acolhida pelos representantes do povo em recente e soberana deliberação.

D. RESPOSTA AOS QUESITOS

As respostas às indagações desfilam pelo Parecer, e vêm aqui apenas resumidas de maneira concisa:

1. Qual é o objeto e o alcance do ilícito eleitoral previsto no art. 9º-A da Resolução TSE nº 23.610/2019 e quais são os requisitos para sua aplicação?

R.: O art. 9º-A da Resolução tutela a integridade do processo eleitoral como um todo, e não a igualdade de chances entre candidatos. A conotação eleitoral reside no fato de ser esse objeto de proteção um pilar do próprio Estado de Direito. O ilícito ali descrito tem alcance muito maior do que os ilícitos relacionados à propaganda irregular. Para a aplicação do dispositivo, é necessária a presença cumulativa de uma conduta de desinformação que tenha aptidão para lesionar o bem jurídico “integridade do processo eleitoral”.

2. Configurado o ilícito previsto no art. 9º-A da Resolução TSE nº 23.610/2019, quais medidas podem ser adotadas para garantir a sua cessação?

R.: O ilícito do art. 9º-A da Resolução possui natureza dinâmica e gradual, e depende, sobretudo, da fase em que o bem jurídico é afetado – se dentro ou fora do período eleitoral – e do autor da conduta proibida. Essa gradação do conteúdo de ilicitude determinará a medida adequada para cessação do ilícito – tais como determinação mais precisa de zonas de ilicitude, concessão de direito de resposta ou de tutela inibitória –, bem como imporá ulterior apuração de responsabilidade em processo de natureza investigatória.

3. Pode a desinformação contra o processo eleitoral gerar repercussões penais?

R.: Sim. Se o projeto de desinformação com robustez para afetar a integridade do processo eleitoral – um pilar do Estado de Direito – vier acompanhado da estrutura condicional que caracteriza o conceito jurídico-penal de grave ameaça, tem-se estratégia de constrangimento institucional e pode estar realizado o art. 359-L do Código Penal, a tentativa violenta de abolição do Estado de Direito.

Este é o nosso Parecer.

Munique e Brasília, 23 de agosto de 2022.



ALAOR LEITE



ADEMAR BORGES

Submissão em: 12.09.2022

Aceito em: 13.09.2022