CONSELHO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO CONGRESSO NACIONAL

PARECER Nº 3, DE 2014-CCS

Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 2014.

COMISSÃO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO - 7ª RELATORIA

RELATÓRIO SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PERÍODO ELEITORAL

Comissão de Relatoria: Conselheiros Ronaldo Lemos[1] (coordenador), Alexandre Jobim, José Catarino Nascimento

Prezados Membros do Conselho de Comunicação Social,

Trata-se de Relatório a respeito de aspectos do tema relativo à Liberdade de Expressão no Período Eleitoral. Notadamente, a 7ª Relatoria da Comissão de Liberdade de Expressão, sob minha coordenação, ficou incumbida de elaborar relatório que tratasse de dois projetos de lei específicos e de uma proposta de emenda constitucional[2]. No entanto, por se tratar de proposições que modificam a lei eleitoral (Lei 9.504 de 1997) e a própria Constituição Federal, esta Relatoria entendeu importante realizar uma análise mais global do tema da liberdade de expressão no período eleitoral, tecendo também comentário, quando pertinente, a respeito das proposições em tela.

O período eleitoral é o momento em que a Liberdade de Expressão torna-se ainda mais preciosa. É o momento em que, por meio do discurso e do contraste de posições na esfera pública, o eleitor é capacitado a escolher seus representantes. Por essa razão, os contornos da liberdade de expressão precisam ser especialmente claros nesse período, especialmente em um momento em que a internet e as mídias sociais geram novas modalidades de discussão e participação pública.

Diante da função assumida, que muito honra esta Relatoria, apresentamos a seguir considerações sobre a liberdade de expressão durante o período eleitoral, tendo em vista a oportunidade deste Conselho em se manifestar sobre a questão, na expectativa de que o presente parecer subsidie o Congresso Nacional nos futuros debates a respeito das periódicas reformas da lei eleitoral.

---

[1] O Conselheiro Ronaldo Lemos agradece ao pesquisador Antonio Bastos pelo auxílio na pesquisa do material levantado.

[2] PL 7780/2010, de autoria do deputado Chico Alencar. PL 96/2011 (PSOL-RJ), de autoria do deputado Rubens Bueno (PPS-PR). PEC 57/2012, de autoria do Senador Luiz Henrique (PMDB-SC) e outros.

I) Análise de Aspectos da Liberdade de Expressão no Período Eleitoral

1. O direito a liberdade de expressão e manifestação de pensamento é um direito fundamental[3] extremamente importante para indivíduos e democracias, sobretudo durante o período que antecede uma disputa eleitoral.[4] Contudo, embora seja considerada garantia fundamental do cidadão, esse direito não é absoluto, e não deve impedir a imposição de algumas restrições em situações envolvendo o seu exercício abusivo[5] ou a persecução de específico interesse público.[6]

2. No período eleitoral, o embate entre liberdade de expressão e outros princípios fundamentais assume especial relevância. Entre os princípios que informam o sistema eleitoral brasileiro, destaca-se o da igualdade[7], recorrentemente utilizado como fundamento para controlar o abuso de poder econômico de candidatos e partidos, bem como exercer algum grau de controle sobre propagandas políticas com o objetivo de assegurar condições equitativas entre candidatos a cargos políticos durante a disputa eleitoral.[8]

---

[3] CF, artigo 5°, incisos IV e IX.

[4] MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional.* 2nd ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360; GODOY, C. L. B. de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.* São Paulo: Atlas, 2001, p. 49; SCHAUER, F., (2005). *Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture.* KSG Working Paper No. RWP05-019, disponível em http://ssrn.com/abstract=668523 ; STONE, A., (2010). *The Comparative Constitutional Law of Freedom of Expression.* U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 476; GUINN, D. E., *Philosophy and Theory of Freedom of Expression.* The Encyclopedia of American Civil Liberties, disponível em: http://ssrn.com/abstract=801344 .

[5] BASTOS, C. R. *A liberdade de expressão e a comunicação social,* in Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI 20/49, jul-set. 1997; CLÉVE, C. M., *Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial,* in SARMENTO, D. (Org.); GALDINO, F. (Org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006; MENDES, G. F. *Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem,* in Revista Tributária e de Finanças Públicas, RTrib 5/16, out-dez. 1993; BARROSO, L. R. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa,* in Revista de Direito Privado, RDPriv 18/105, abr-jun. 2004.

[6] BASTOS, C. R., *ibid*; CLÉVE, C. M., *ibid.*

[7] RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral.* 2. ed. Río de Janeiro: Forense, 1993, p. 465. Vide também TSE, REsp 12.374-TO, Relator Min. Torquato Lorena Jardim, j. 03/03/1995, p. 1083; e REsp 15.270-CE, Relator Ministro Costa Porto.

[8] TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 21.272 - Ac. nº 21.272, de 29.5.2003, rel. Min. Fernando Neves: *"Recurso especial. Representação. Emissora de rádio. Programação normal. Art. 45, III, Lei nº 9.504/97. Emissão de opinião contrária a candidato à reeleição e a sua campanha. Impossibilidade. Matéria publicada pela imprensa escrita. Comentário. Inconstitucionalidade. Prequestionamento. Ausência. Preliminar de nulidade. Afastamento. Recurso não conhecido. 1. As restrições contidas na Lei nº 9.504/97 à propaganda eleitoral em emissora de rádio e televisão, aquela do art. 45, II, inclusive, não implicam ofensa ao texto constitucional que garante a liberdade de expressão e de informação, pois objetivam manter o equilíbrio na disputa eleitoral,*

3. A despeito da importância desses princípios constitucionais (liberdade de expressão e igualdade), uma questão importante dentro do ordenamento jurídico brasileiro é que este não possui uma definição clara e precisa sobre o que vem a ser propaganda eleitoral[9]. Esta zona de incerteza acaba por permitir um sem número de medidas, sem a necessária segurança jurídica, para resguardar a almejada igualdade entre os candidatos, acarretando, por vezes, efeitos deletérios a outros direitos fundamentais como a liberdade de expressão.

4. É comum, nesse sentido, a imposição de medidas coercitivas pelas Cortes eleitorais brasileiras para garantir a igualdade entre candidatos, tais como a retirada do conteúdo supostamente lesivo e o direito de resposta. No entanto, pensando-se no processo legislativo e nas reformas futuras da lei eleitoral, é necessário levar em consideração modificações para que o texto legal não enseje intervenções excessivas no campo da liberdade de expressão no momento em que mais se precisa dela, no período eleitoral.

5. A esse respeito, vivemos em um momento em que ocorre um avanço progressivo de novos tipos de mídia, que passam a compor também a esfera pública. Notadamente, a esfera pública passa a ser formada não apenas pelas mídias ditas "tradicionais", mas também pela internet e pelas diversas formas de mídias sociais que surgem a partir delas, sujeitas a regras e regulações distintas, até por sua também distinta configuração técnica.

6. Ademais, a Constituição Federal estabelece uma diferença de tratamento entre os meios de comunicação social (empresas jornalísticas e de radiodifusão) e os meios de comunicação unipessoal (serviços postal e de telecomunicações). Por exemplo, o primeiro (comunicação social) é submetido a um capítulo específico da Constituição (arts. 220 a 224), ao passo que o segundo (comunicação pessoal) é regulado por outros dispositivos (art. 21, incisos X e XI). Como se sabe, a internet não dispõe de previsão constitucional específica.

7. Com isso, surgem assimetrias regulatórias. Por um lado, no âmbito da internet, presencia-se no Brasil uma situação de enorme volume de ações judiciais e medidas coercitivas proferidas pelos tribunais brasileiros, especialmente com decisões demandando a remoção liminar de conteúdos durante o período eleitoral. Sites, blogs, páginas de web, redes sociais e empresas de internet de modo geral deparam-se durante o período com um grande volume de ações judiciais, muitas delas originadas a partir de lacunas existentes na lei eleitoral, como a inexistência de uma definição precisa do que consistiria "propaganda eleitoral[10]", ou ainda, por conta de incertezas que ainda

---

sendo a legitimidade das eleições e a isonomia entre os candidatos também garantidas pela Constituição da República. Precedentes da Corte. [...]."

[9] O Tribunal Superior Eleitoral já se manifestou em diversas ocasiões que qualquer ato ou discurso político pode ser considerado propaganda eleitoral. Vide TSE, Rep n° 1825-4.2010.6.00.0000, j. 15/03/2012, Relator Min. Marcelo Ribeiro; AgRgRespE nº 35.719, j. 24/03/2011, Relator Min. Aldir Passarinho Júnior; e AgRgRespE nº 26.833, j. 05/08/2008, Relator Min. Aldir Passarinho Júnior.

[10] A chamada "mini-reforma eleitoral", que consistiu na aprovação da Lei 12.891 de 2013, mitigou parcialmente o problema, mas não o resolveu. Na referida lei, que altera a lei eleitoral, foram inseridas

prosperam quanto à forma como devem ser tratados "ataques" e "agressões", se pela justiça comum, ou pela justiça eleitoral.

8. Por outro lado, os serviços de comunicação social, por sua configuração jurídica e técnica, já existem em um ambiente de forte regulação, tornando-se no entanto destinatários de demandas progressivamente crescentes com relação ao contorno de suas obrigações e restrições. Tais demandas acabam por aumentar a assimetria regulatória entre a comunicação social e os meios de comunicação unipessoal, com consequências também negativas para a liberdade de expressão, sobremaneira no período eleitoral. Neste sentido, nesse ambiente de rápida mudança tecnológica com impacto no plano nacional e global, deve-se cogitar quais são os limites da intervenção estatal tanto sobre a internet quanto sobre a comunicação social, de forma a promover o maior enriquecimento possível da esfera pública, obviamente levando-se em conta limites que permitam a coibição de ilícitos e abusos claramente definidos em lei.

9. Nesse sentido, vale brevemente mencionar os movimentos de defesa da liberdade de expressão que têm surgido da sociedade brasileira, com propostas que ampliam a possibilidade de manifestação de indivíduos e partidos pela internet, especialmente durante o período eleitoral. A título de exemplo, vale citar a proposta de projeto de lei de iniciativa popular apresentada pelo movimento "Eleições Limpas"[11], encabeçado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, em parceria com diversas entidades da sociedade civil, cujo objetivo é (a) resguardar a liberdade de expressão (arts. 36, §1º; e 36-C); (b) restringir a vedação à veiculação de propaganda eleitoral na internet aos sítios com controle editorial (art. 57-C, alínea "a"); e (c) limitar a responsabilidade de provedores de conteúdos e de serviços multimídia, que não adotem as providências para tornar indisponível conteúdo supostamente ofensivo, aos casos de veiculação de propaganda eleitoral onerosa (art. 57-F).

10. Referida proposta promove também o esforço de apresentar uma definição específica para o que consiste "propaganda eleitoral", da seguinte forma: *"Entende-se como propaganda eleitoral a manifestação realizada em meios pagos que leve ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, futura candidatura, ação política que se pretende desenvolver ou razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública.* E ainda: *"não será considerada*

---

disposições que tornam mais claro os contornos da "propaganda antecipada". Mas a definição específica do que consiste propaganda eleitoral aceitável continua em aberto e a lei continua a fazer uso de conceitos vagos para permitir a remoção de manifestações do pensamento, como o parágrafo 3º do artigo 57-D, que dispõe que: *"Sem prejuízo das sanções civis e criminais aplicáveis ao responsável, a Justiça Eleitoral poderá determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais"*. Tal dispositivo impõe o ônus às mídias sociais de atuarem como vigilantes dos conteúdos nelas postados, podendo incorrer em sanções civis e criminais. Além disso, o texto legal abre margem para alto grau de subjetividade na decisão, uma vez que não exemplifica ou ilustra os contornos do que pode ser considerado "agressão" ou "ataque". Nesse sentido, melhor seria direcionar a responsabilidade pela postagem de conteúdos ilícitos ao próprio autor do conteúdo ilícito, ao mesmo tempo em que promove definição mais objetiva dos critérios que configuram conteúdos que merecem sancionamento e remoção.

[11] Disponível em: http://eleicoeslimpas.org.br/assets/files/projeto_de_lei_eleicoes_limpas.pdf?1371963119

propaganda eleitoral, para o fim previsto neste dispositivo, a difusão de programas e a defesa ou crítica de candidaturas em qualquer meio, inclusive na internet, desde que realizada de forma gratuita".

11. No mesmo sentido foram as discussões em torno do projeto de lei 5.735/13, ocorridas no âmbito do grupo de trabalho criado na Câmara dos Deputados para estudar reformas à legislação eleitoral. Dentre os aspectos discutidos no âmbito do projeto, tratou-se da possibilidade de se restringir a suspensão de acesso somente ao perfil do usuário responsável pelo conteúdo ofensivo (art. 57-I, §3º), e não a todo o conteúdo informativo do sítio que hospeda tal conteúdo ofensivo. Outro aspecto desse Projeto de Lei é a definição do responsável pela veiculação da resposta do candidato supostamente ofendido pelo conteúdo ofensivo. Nesse caso o projeto apontava que o responsável pela ofensa deveria providenciar a veiculação da resposta do ofendido (art. 58, IV, "d"). São discussões importantes, a serem retomadas em futuros debates sobre a reforma da lei eleitoral.

12. O quadro exposto acima demonstra a necessidade de, especificamente no período eleitoral, adotar-se uma definição clara do que é propaganda eleitoral. É particularmente importante que seja excluída e, portanto, não seja objeto de censura ou reprimenda posterior a manifestação crítica feita no âmbito da internet por qualquer cidadão. Isso porque integra o rol de direitos de qualquer cidadão fiscalizar e fazer um juízo de valor, ainda que negativo e mesmo no período eleitoral, dos atos de seus representantes[12].

13. De maneira similar, do ponto de vista da liberdade de expressão é também necessário um aprimoramento de como a legislação define como infração eleitoral os chamados "ataques" e "agressões". Tal como discutido em outro parecer aprovado pelo Conselho de Comunicação Social[13], tratando do direito de resposta:

"[...] a tutela de direito de resposta somente pode estar relacionada a questões fáticas, e não a questões subjetivas, de juízo de valor. **A ofensa, como sabido, é um juízo de valor subjetivo,** cuja tutela jurisdicional estatal deverá ser a reparação pecuniária (pela violação ao direito substancial) ou a condenação criminal (pela incidência do tipo penal). [...] Em democracias consolidadas, como na Alemanha, o direito de resposta está regulamentado em lei infraconstitucional, cuja causa de pedir está relacionada tão-somente a questões de fato (erros, imprecisões) apresentadas no contexto jornalístico."

14. Tais agressões ilícitas, mesmo se praticadas em período eleitoral, podem não se configurar como campanha ou atos de manifestação política com o objetivo de influenciar as eleições. Como corolário, deve ser levada em consideração do ponto de vista do processo legislativo que elas possam ser expressamente tratadas pela Justiça Comum e não pela Justiça Eleitoral.

---

[12] Vide TSE, AgRg REspE nº 26718, Relator Min. Ayres Britto, j. 22/04/2008.

[13] Conselho de Comunicação, "Relatório sobre o PLS 141/2011 Dispondo sobre o Direito de Resposta", aprovado pelo CCS em 05 de Agosto de 2013, comissão de Relatoria composta pelos Conselheiros Ronaldo Lemos (coordenador), Alexandre Jobim, José Catarino Nascimento.

15. Ainda assim, para as manifestações ou ofensas que restarem definidas como sendo de natureza eleitoral, é preciso que determinar os contornos específicos para a definição do que se considera "agressão", dado seu caráter subjetivo. Com isso evita0se que manifestações do pensamento legítimas, ainda que negativas, sejam tomadas por ofensas e desse modo removidas ou sancionadas indevidamente. Por isso, uma explicitação no texto legal de *numerus clausus* definindo os contornos do que hoje a lei trata simplesmente pelo termo "agressões" e "ataques" é medida que reforçaria sobremaneira os contornos da liberdade de expressão durante o período eleitoral.

16. Não se trata aqui de mitigar a coibição a ilícitos, mas sim de se determinar que pleitos que impliquem em restrição drástica à liberdade de expressão, como ordem de retirada de conteúdos ou a aplicação de sanções punitivas por conta da veiculação de manifestações do pensamento legítimas, só possam ser deferidas, quando estritamente necessárias e após submissão ao crivo judicial, com os contornos claramente definidos em lei. A busca pelo necessário equilíbrio já foi bem descrita na decisão do Supremo Tribunal Federal que examinou a recepção da antiga lei de imprensa pela Constituição Federal, *in verbis*:

> *"EMENTA: (...) 4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem*

sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa."[14]

17. Desse modo, o período eleitoral não pode transfigurar-se em um momento de excepcionalidade dos princípios constitucionais, no qual as garantias e mecanismos de proteção à liberdade de expressão tradicionalmente existentes são temporariamente substituídas por outro regime em que punições e medidas coercitivas são exacerbadas, remoções de conteúdos e outras sanções tornam-se corriqueiras, sendo expedidas em grande volume, até mesmo diariamente, durante aquele período. Ao contrário, o período eleitoral é justamente aquele em que as garantias da liberdade de expressão devem ser resguardadas e protegidas com maior afinco.

II) Breve Análise das proposições legislativas no âmbito da 7ª Relatoria

18. Em face das considerações feitas acima, passa-se à análise das proposições legislativas específicas definidas no âmbito da 7ª Relatoria da Comissão de Liberdade de Expressão.

i) PL 9504/97[15]

19. Trata-se de projeto de lei que altera o § 4º e acrescenta os § § 5º e 6º ao art. 33 da Lei nº 9.504/97, para majorar a multa e ampliar o conceito de pesquisa fraudulenta, além de estabelecer novas sanções. Do ponto de vista da Liberdade de Expressão, objeto da análise da presente relatoria, cumpre discorrer apenas sobre o § 5º do projeto de lei, que dispõe como fraudulenta pesquisa "realizada e divulgada até cinco dias antes da eleição e o resultado do respectivo pleito divulgado pela Justiça Eleitoral estiver acima da margem de erro registrada pela entidade ou empresa responsável". A intenção do projeto de lei é louvável. No entanto, a criminalização de pesquisas que apontem diferenças para além da margem quando do efetivo pleito parece medida com exageradas repercussões negativas para a liberdade de expressão e cuja efetividade no sentido de se alcançar sua finalidade é improvável. A razão é que os cinco dias que antecedem as eleições são naturalmente propensos a mudanças de orientação por parte dos eleitores, muitos dos quais deixam efetivamente para decidir seus representantes efetivamente na véspera do pleito, o que se diga, é um direito inalienável do eleitor.

---

[14] STF, ADPF nº 130/DF, Relator Min. Carlos Britto, j. 30/04/2009.

[15] Art. 1º. O Art. 33 da Lei nº 9.504/97 passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 33 ..... § 4º A divulgação de pesquisa fraudulenta constitui crime, punível com detenção de seis meses a um ano e multa no valor de quinhentos mil a um milhão de reais. § 5º Caracteriza-se também como fraudulenta a pesquisa quando ela for realizada e divulgada até cinco dias antes da eleição e o resultado do respectivo pleito divulgado pela Justiça Eleitoral estiver acima da margem de erro registrada pela entidade ou empresa responsável. § 6º Configura utilização indevida dos meios de comunicação social, apurada nos termos do art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a existência de vínculo formal de partido político ou de coligação com a entidade ou a empresa responsável pela divulgação de pesquisa fraudulenta, no período de um ano antes da eleição, sujeitando o candidato beneficiário à cassação do registro ou do diploma." Art. 2º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

20. Desse modo, a variação do resultado da pesquisa pode ocorre não por conta de fraude propriamente dita, mas de movimentos eleitorais legítimos, abrindo a possibilidade de que sejam criminalizadas pesquisas efetivamente legítimas, que ao mostrarem o "instantâneo" eleitoral dos dias que antecedem a eleição, são posteriormente superadas por mudanças posteriores de orientação dos eleitores, o que é sempre possível.

21. Dessa forma, ainda que louvável o esforço de se garantir que as pesquisas eleitorais sejam realizadas de forma idônea e respeitando-se as melhores práticas e os controles necessários, valer-se da criminalização dos resultados das - que podem ser legítimas, corretas tecnicamente e realizadas de boa-fé – divergentes do resultado do pleito parece-nos não ser boa medida legislativa. A esse respeito, o eleitor beneficiar-se-ia, em verdade, da existência de uma pluralidade de pesquisas divulgadas no período eleitoral, de modo que possa aferir a partir de diversas fontes o *status quo* da eleição no momento que a antecede. Essa pluralidade de pesquisas concorrentes e idôneas é a melhor forma de se garantir a objetividade e se evitar fraudes. Da forma como está redigido o projeto de lei, parece-nos que haverá um desestímulo à divulgação de pesquisas justamente no momento em que elas podem ser mais valiosas para o eleitor planejar seu voto.

ii) PL 7780/2010[16]

22. Trata-se de projeto que propõe alterar a lei 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei Eleitoral). O projeto proíbe que emissoras de rádio e televisão, durante o período eleitoral, usem "trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que redundem na incorrência dos crimes previstos nos Arts 138, 139 e 140 do Código Penal, contra candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito".

23. Em face da defesa da liberdade de expressão e da situação legal atual, trata-se de iniciativa positiva. Isso se dá por que a legislação eleitoral atualmente em vigor veda de maneira ainda mais estrita o uso de "trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito".

24. Como visto, pela lei eleitoral, o ilícito configura-se por meio de montagens que possam "ridicularizar" ou "degradar" candidatos, partidos ou coligações, mesmo que essas montagens não se configurem em calúnia, difamação ou injúria nos termos do código penal.

25. Desse modo, cria-se um regime de excepcionalidade para o período eleitoral: montagens e trucagens, que são usualmente utilizadas por humoristas - uma vez que o riso e a sátira são um

[16] Art. 1º O Art. 45 da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997 passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 45. ..... II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que redundem na incorrência dos crimes previstos nos Arts 138, 139 e 140 do Código Penal, contra candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; V - veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa que beneficie ou prejudique a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente; Art. 2° Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

elemento socialmente importante e valioso - que são protegidas pela liberdade de expressão durante todo o ano, passam a ser sujeitas a um regime excepcional durante o período eleitoral. A esse respeito, vale notar que a "ridicularização" ou até mesmo a "degradação" da imagem de uma pessoas pública, pode ser componentes legítimos do humor, presentes em obras como as peças de Shakespeare, no Decameron de Plutarco, na obra de escritores como James Joyce, ou ainda, nos poemas satíricos de profundo conteúdo político de Gregório de Matos. Pela disposição da lei atual é como se os "Gregórios de Matos" do nosso tempo tivessem que silenciar durante o período eleitoral, caso utilizassem de montagens ou trucagens para fazer humor satírico.

26. Desse modo, o PL 7780/2010 apresenta solução mais equilibrada. Prevê que as montagens e trucagens são vedadas na medida em que se configurarem como ilícitos: calúnia, injúria e difamação, nos termos previstos no Código Penal. Na medida em que se configurarem apenas como sátira, não são ilícitas. Isso ajuda a evitar, conforme discutido acima no presente parecer, que o período eleitoral configure-se como um período de excepcionalidade com relação à liberdade de expressão, sujeito a regras próprias distintas dos contornos definidos pela Constituição Federal.

27. Já o inciso V do PL 7780/2010 veda a emissoras de rádio e televisão "veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa que beneficie ou prejudique a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente". Nesse caso, parece-nos dispositivo excessivamente gravoso e cuja eficácia é inviável por seus próprios termos. Primeiramente, fica a questão sobre como aferir se um determinado filme, novela, minissérie ou qualquer outro conteúdo ficcional beneficiou ou prejudicou determinado candidato ou partido político. A aferição é na prática, a nosso ver, impossível. Nesse sentido, em um período eleitoral onde possa haver acirrada disputa ideológica, uma emissora de televisão poderia ser impedida de exibir clássicos do cinema de esquerda como o Encouraçado Potemkin, os filmes de Dziga Vertov, ou o filme 1900 de Bernardo Bertolucci? Ou em sentido contrário, um filme como Lincoln, de Stephen Spielberg?

28. Desse modo, parece-nos que seria um cerceamento exagerado à liberdade de expressão, especialmente por se configurar uma ingerência da lei no território dramatúrgico e ficcional, que é especialmente imbuído da proteção constitucional relativa à liberdade de expressão. Desse modo, o terreno da ficção, da dramaturgia e também do documentário - representa visões pessoais sobre um determinado tema - devem ser sempre preservados com relação à ingerência da lei, na medida em que não incorram em ilícitos, tais como calúnia, injúria ou difamação. Tal cerceamento ou ingerência legal, ainda que com intenções louváveis de se preservar a igualdade e o "*level playing field*" durante o período eleitoral, não estaria em consonância com os desígnios da Constituição Federal.

iii) PEC 57/2012[17]

[17] Art. 16-A. É vedada a divulgação de pesquisas eleitorais, por qualquer meio, nos quinze dias que antecedem os pleitos eleitorais em 1º e 2º turnos". Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

29. Trata-se de Projeto de Emenda Constitucional que inclui o artigo 16-A na Constituição Federal, para vedar a divulgação de pesquisas eleitorais, por qualquer meio, nos quinze dias que antecedem os pleitos eleitorais em 1º e 2º turnos.

30. Pelas razões explicitadas acima, do ponto de vista da liberdade de expressão, entende-se que tal proposta tem o condão de cercear uma modalidade de discurso não apenas abrangida pela proteção à liberdade de expressão, como socialmente valiosa, que são as pesquisas eleitorais. A esse respeito, vale lembrar que a liberdade de expressão é Cláusula Pétrea da Constituição Federal, não sujeita a modificação ou aditamento. A **liberdade de expressão e informação, seu corolário,** são também disposições integrantes das Convenções Internacionais de Direitos Humanos das quais o Brasil participa, aí incluídas a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

31. Desse modo, ainda que se trate de projeto de emenda à Constituição, a restrição da divulgação de uma modalidade de discurso que se torna especialmente valiosa nos dias que antecedem o pleito autoral, parece-nos indevida e conflitante com Cláusula Pétrea, intocável por sua própria natureza. A esse respeito, ainda que possa haver defeitos e questionamentos quanto às pesquisas eleitorais divulgadas no passado, não faz sentido que tais problemas justifiquem a supressão do direito à informação e a mitigação da possibilidade de manifestação do pensamento justamente no período que mais se precisa de ambos estes direitos.

32. Mais do que isso, as pesquisas eleitorais têm outra dimensão fundamental: a prevenção de fraudes eleitorais. Um país onde há plena liberdade de realização e divulgação de pesquisas eleitorais, especialmente nos quinze dias que antecedem a eleição, torna-se muito mais imune a fraudes eleitorais do que um país que cerceia tais direitos em momento tão crucial. Uma sociedade livre e aberta para se informar e manifestar é muito mais forte e capaz de superar a possibilidade de pesquisas defeituosas ou até mesmo fraudes do que uma sociedade em que é cerceado um direito tão importante quanto este. A soberania do eleitor em decidir, que se configura também pelo direito à plena informação, deve ser preservada mesmo em face da existência de informações incorretas ou até mesmo fraudulentas. O eleitor não deve ser subestimado e sua capacidade de discernimento deve ser respeitada.

33. A esse respeito, muito melhor seria situação onde em vez de serem cerceadas pesquisas as pesquisas eleitorais, seja promovido um ambiente legal propício à existência de uma pluralidade de pesquisas eleitorais. Quanto mais pesquisas forem realizadas e divulgadas, realizadas a partir de critérios idôneos e das melhores práticas asseguradas por lei, mais bem salvaguardado estará o eleitor contra fraudes e tentativas de manipulação.

34. Além disso, cumpre notar que o Supremo Tribunal Federal discorreu longamente sobre a questão no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3741-2/2006, quando tratou de decidir sobre a tentativa de proibir a divulgação de pesquisas eleitorais quinze dias antes do pleito por meio de lei ordinária. A esse respeito, há argumentos importantes no relatório do Ministro Ricardo Lewandowski sobre os contornos constitucionais da liberdade de expressão e seu corolário, a liberdade de informação:

"... O que a Constituição protege, nesse aspecto, é exatamente, na precisa lição de José Afonso da Silva, "a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que comenter". A liberdade de expressão do pensamento, portanto, completa-se no direito à informação, livre e plural, que constitui um valor indissociável da ideia de democracia no mundo contemporâneo.

Trata-se de um direito tão impotante para a cidade que somente pode ser suspenso na vigência do estado de sítio, a teor do art. 139, III, da Carta Magna, decretado nos casos de "comoção grave de repercussão nacional" ou, ainda, de "declaração de guerra ou resposta à agressão armada" (art. 137, I e II).

Ademais, analisando-se a questão sob uma ótica pragmática, forçoso é concluir que a proibição da divulgação de pesquisas eleitorais, em nossa realidade, apenas contribuiria para ensejar a circulação de botas e dados apócrifos, dando azo a toda a sorte de manipulações indevidas, que acabariam por solapar a confiança do povo no processo eleitoral, atingindo-o no que ele tem de fundamental, que é exatamente a livre circulação de informações".

35. No caso da PEC em questão, para se evitar o temor de que possa haver risco de fraude nas pesquisas eleitorais, suprime-se a sua possibilidade de divulgação em momento crucial, os quinze dias que antecedem o pleito. No entanto, ao fazer isso, mitiga-se um dos principais antídotos contra fraudes eleitorais, estas sim, verdadeiro atentado à soberania do eleitor: a livre divulgação de pesquisas eleitorais anteriores ao pleito. Trata-se de medida desproporcional, cujos prejuízos superam em muito os potenciais benefícios. E que, ademais, toca em Cláusula Pétrea da Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é parte.

36. Dessa forma, acreditamos que há outras soluções legislativas menos gravosas para se coibir a eventual manipulação de pesquisas eleitorais.

***

Esse é o relatório, respeitosamente, submetido à apreciação do Conselho. Fica reservada a possibilidade de eventual manifestação suplementar, caso se faça pertinente.

Com votos de estima e consideração, subscrevemo-nos.

Atenciosamente,

Ronaldo Lemos, Alexandre Jobim, José Catarino Nascimento
Membros do Conselho de Comunicação Social

Maria José Braga
CONS. MARIA JOSÉ BRAGA
RELATORA "AD HOC"