

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Põe-se em questão na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental *“ato da Secretaria de Governo e da Secretaria de Comunicações de produção de relatórios de monitoramento sobre as atividades de parlamentares e jornalistas em suas redes sociais”*.

O arguente apresenta informação divulgada, especialmente em meios de comunicação e sem acesso dos dados por eventuais atingidos diretamente, de que a Secretaria de Governo e a Secretaria de Comunicação da Presidência da República teriam determinado a produção de relatórios de monitoramento de redes sociais de parlamentares e jornalistas, com finalidade de realizar vigilância de suas atividades.

Afirma estimar-se que *“ao todo 116 (cento e dezesseis) parlamentares tiveram suas redes sociais monitoradas a pedido da Secretaria de Governo e da Secretaria de Comunicação: são 105 deputados federais, nove senadores, uma deputada estadual e um vereador”*.

Enfatiza que a finalidade daqueles relatórios seria demonstrar, pelo levantamento do comportamento de parlamentares e jornalistas nas redes sociais, sua adesão ou oposição ao governo.

Proposta de conversão do exame de cautelar em julgamento de mérito

2. A ação está instruída com as informações dos órgãos nos quais exarados o ato impugnado e com manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, pelo que proponho a conversão do exame do requerimento de medida cautelar em julgamento de mérito, como vem sendo adotado por este Plenário, em respeito ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Assim, por exemplo:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 8.939/2009 DO ESTADO DA PARAÍBA. FERIADO ESTADUAL AOS BANCÁRIOS E ECONOMIÁRIOS. VIOLAÇÃO AO

PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DESVIO DE FINALIDADE. INSTITUIÇÃO DE DESCANSO REMUNERADO A CATEGORIA ESPECÍFICA, SOB O PRETEXTO DE INSTITUIÇÃO DE FERIADO. OFENSA AO ART. 22, I, DA CF. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL RECONHECIDA. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a não complexidade da questão de direito em discussão e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. Instituição de “feriado” somente a bancários e economiários, sem discrimen razoável, configura ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Inconstitucionalidade material reconhecida. 3. Lei estadual que, a pretexto de instituir feriado, concede benefício de descanso remunerado à categoria dos bancários e economiários incorre em desvio de finalidade e viola a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho. Inconstitucionalidade formal reconhecida. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.566/PB, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 9.11.2018).

Legitimidade ativa do autor

3. O Partido Verde – PV é constitucionalmente legitimado para o ajuizamento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental (inc. VIII do art. 103 da Constituição da República e inc. I do art. 2º da Lei n. 9.882/1999).

Este Supremo Tribunal firmou jurisprudência no sentido de que partido político com representação no Congresso Nacional é legitimado universal para a propositura de ações do controle abstrato de constitucionalidade, dispensando-se análise e conclusão sobre o nexo de pertinência temática entre as finalidades estatutárias e o pedido (ADI n. 1.096/MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 22.9.1995, e ADI n. 1.963, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ 7.5.1999).

Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental

4. Quanto ao cabimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, tem-se no disposto no § 1º do art. 102 da Constituição da República:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” .

Nos termos do *caput* do art. 1º da Lei n. 9.882/1999, o objetivo da arguição de descumprimento de preceito fundamental é *“evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”* .

O § 1º do art. 4º da Lei n. 9.882/99 veda o ajuizamento da arguição *“quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”* .

O autor da presente arguição sustenta que o ato impugnado contrariaria o preceito fundamental da liberdade de expressão, *“verdadeiro pressuposto do funcionamento do Estado Democrático de Direito”*. Assinala que a arguição de descumprimento de preceito fundamental consubstanciaria o *“único meio eficaz para afastar a lesão ao preceito fundamental da liberdade de expressão, já que, o prosseguimento pelas vias ordinárias não surtiria os efeitos pretendidos dada a urgência da situação aqui sob análise”* .

Este Supremo Tribunal Federal assentou que *“a subsidiariedade da arguição é condicionada pelo meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata”* (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 554 AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 9.3.2020).

Como realçado pelo Ministro Gilmar Mendes, *“a existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação”* (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 33, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 27.10.2006).

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 99, anotou o Ministro Ricardo Lewandowski que

“ (...) a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) constitui via estreita, ação especial, somente admissível se atendidos determinados pressupostos estabelecidos na lei de regência. Dentre esses pressupostos destaca-se o princípio da subsidiariedade, segundo o qual não deve ser permitida a utilização da ADPF quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 5º, § 1º, Lei 9.882/99).

Conforme entendimento desta Corte sobre o tema, embora, em princípio, deva-se ter em mente, para efeito de aferição da subsidiariedade, os demais processos objetivos previstos no ordenamento jurídico, a exigência refere-se, precisamente, à inexistência de outro meio capaz de oferecer provimento judicial com eficácia ampla, irrestrita e imediata no caso concreto.

É o que se depreende da leitura de trecho do voto do Relator na ADPF 33-MC, Ministro Gilmar Mendes:

‘ Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata -, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (...)

É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata.’ (sem grifos no original).

Bem examinados aos autos, entendo ser possível, no caso concreto, ao menos em tese, a obtenção do provimento pretendido de forma ampla, geral e imediata, pela utilização de outras medidas processuais. Essa circunstância, por si só, é suficiente para afastar a via utilizada (...)” (decisão monocrática, DJ 22.3.2007).

Indiscutível é a natureza de direito fundamental da livre manifestação do pensamento. Na espécie, tem-se ainda a demonstração de afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade decorrente da utilização de recursos públicos para a espreita de redes sociais de jornalistas e parlamentares sem legitimidade nem objetivo lícito.

Deve ser realçado, como anotei no voto condutor na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 722 MC (DJe de 22.10.2020),

não ter relevo a circunstância de a petição inicial vir acompanhada de referência a matéria jornalística para comprovação do que alegado. O quadro fático descrito teve ampla divulgação na imprensa e as informações prestadas pelos órgãos responsáveis não o negam nem contradizem.

Cabível, portanto, a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental .

Mérito

5. As informações prestadas pelo Secretário Especial de Comunicação Social do Ministério das Comunicações confirmam que os relatórios de monitoramento de redes sociais foram elaborados por empresas contratadas, ressaltando que *“tais relatórios de monitoramento de redes sociais auxiliam nas tomadas de decisão e servem de subsídios para atuação nas áreas de comunicação do Governo Federal e podem se materializar em produções de conteúdo para os canais Governamentais, realização de campanhas de comunicação, definições de agendas ou outros”*. Ali se assinalou que

“ (...) o serviço de monitoramento tem finalidade exclusivamente fundada no interesse público na medida em que ‘o governo necessita identificar os anseios e necessidades postas pelos cidadãos que, num estado democrático, é o cliente final e principal’. A título de detalhamento do motivo dessa atividade, cabe trazer o esclarecido pela referida nota técnica:

21. (...) no âmbito das competências da pasta, o reconhecimento dos diversos segmentos da sociedade é componente da construção da comunicação social. Neste sendo, pode se apregoar que tal construção passa por um processo definido e direto de estratégia, no qual o agente público deve identificar: o que dizer? como dizer? quando dizer? onde dizer? quanto investir? Ademais, falas-se de um país de dimensões continentais, o qual é definido por regionalismos e outras peculiaridades intrínsecas ao seu povo, fazendo com que a identificação para tais perguntas sejam plurais, à vista dos diversos fatores sociais e culturais relevantes, dos quais pode-se citar: conteúdos disseminados pela imprensa e formadores de opinião e, principalmente, a experiência vivenciada pelo cidadão no uso de serviços públicos”.

As informações registram que em 2015 foram contratadas empresas para planejamento, desenvolvimento e execução de soluções de

comunicação digital, prevendo-se o serviço de monitoramento *on line* de redes sociais de particulares e agentes públicos. Ressaltou-se que o último contrato para a prestação desse serviço teve vigência entre 27.3.2020 e 23.9.2020. Tem-se nas informações do Ministério das Comunicações:

“Em vista dessa necessidade de construção de espaços de permanente diálogo e articulação entre as diversas áreas da administração com a sociedade, é que foram firmados pela então SECOM/PR, ainda no ano de 2015, portanto, por Administração anterior à atual, contratos com a Empresa Brasileira de Comunicação Produção Ltda - TV1 e a AgênciaClick Mídia Interava S/A, tendo como objeto literal a ‘contratação de empresa prestadora de planejamento, desenvolvimento e execução de soluções de comunicação digital’. Nesses instrumentos contratuais, já se encontrava previsto o serviço de monitoramento on-line , cujas atividades englobavam o seguinte (NOTA TÉCNICA Nº 725/2021/SEI-MCOM):

Descritivo: Acompanhar de formar permanente (24x7) a imagem do órgão/tema em veículos online e redes sociais. O monitoramento deve indicar sua repercussão, reputação, evolução de sentimento, principais influenciadores e demais informações estratégicas para a tomada de decisões . Situações que indiquem possíveis repercussões com alto volume devem ser alertadas, especialmente aqueles que possam gerar crise. O resultado deve ter clareza na apresentação dos dados. A análise deve responder os porquês dos dados e não só os números pelos números, ou seja, explicar as razões pela qual determinado tema está positivo/negativo, o que está gerando esse efeito e exemplos de posts/notícias que comprovem esta explicação; Entregável: a) Relatório diário às 7h (corpo do e-mail) – deve trazer um resumo dos fatos do dia anterior (o que mais teve relevância, seja ela positiva ou negativa), tendências de temas quentes para o dia e o que tem potencial de continuar na pauta (por exemplo, algum tema de veículo ou imprensa que esteja repercutindo nas redes sociais); b) Relatório diário entre 12h e 14h (corpo do e-mail) – deve trazer os temas que mais estão repercutindo no dia – o cumprimento deste horário serve para que o cliente tenha tempo de agir no próprio dia; c) Alertas (corpo do e-mail) – organizar uma régua de corte de crise (por volumes de menções) e pesar bem o que merece ou não alertar. Devem apontar também alertas para temas positivos, ou seja, assuntos que venham repercutindo em alta escala positivamente para o cliente; d) Relatório semanal em arquivo de apresentação (sexta-feira entre 12h e 14h) - recorte com uma visão geral dos principais temas e o que mais repercutiu positiva e negativamente para os itens monitorados. Deve ser algo direto e objetivo, algo como 3 slides que resumam bem e de forma clara o que foi a semana; e) Relatório de fim de semana

(corpo do e-mail) - entre 12h e 14h do sábado, domingo e feriado - um consolidado com as principais informações do dia seguindo os mesmos parâmetros do relatório diário, sendo um para cada dia; f) Relatório mensal em arquivo de apresentação (quinto dia útil após encerramento do mês) – consolidado de todas as informações de maneira objetiva. Aspectos a serem considerados na avaliação de qualidade: atendimento dos prazos estipulados pelos entregáveis; qualidade das análises; alertas feitos de forma coerente e com relevância. Método de classificação da complexidade: quantidade de menções.

A Secretaria de Comunicação Institucional desta Pasta informa, ainda, que ‘o último contrato deu-se por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, IV da Lei nº 8.666/1993, formalizado no bojo do Processo SEI-PR nº 00170.00322/2020-59, sendo selecionada a IComunicação Integrada Eireli, ofertante do menor preço global e firmado o Contrato nº 1/2020, cuja vigência deu-se durante o período de: 27.03.2020 a 23.09.2020’; e que dentro de seu escopo de atividades consta que a contratada deveria prestar idêntico serviço de monitoramento on line”.

A Secretaria Especial de Comunicação Social do Ministério das Comunicações confirmou a alegação do arguente de restrição de acesso dos interessados aos relatórios de monitoramento mencionados, salientando que, “por conterem informações utilizadas como subsídio para a tomada de decisão administrativa, foram classificados como sendo documentos de disponibilização restrita, nos termos do inciso XII, do art. 3º, do Decreto nº 7.724, 16 de maio de 2012”.

Em suas informações, a Secretaria de Governo da Presidência da República atestou a contratação de empresas para o serviço de monitoramento on line desde 2015:

“Na espécie, ocorreu processo licitatório em 2014 que deu origem ao contrato de comunicação digital ora em análise, conforme amplamente noticiado na imprensa à época: ‘Secom abre licitação de R\$ 45 milhões em comunicação digital’ (...).

Por conseguinte, após o regular processo licitatório, em 2015, a SECOM contratou duas agências de comunicação digital: a Agência Click Mídia Interativa S/A (Isobar) e a Empresa Brasileira de Comunicação Produção Ltda-TV1.

24. Os contratos foram publicados no Diário Oficial da União, em 11.3.2015, Seção 3, página 3, conforme toda documentação colacionada em anexo. Ocorreram seis termos aditivos entre a SECOM e as

agências contratadas, o que permitiu a produção de efeitos do contrato entre março de 2015 até meados de março e abril de 2020 (<http://www.secom.gov.br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/contratos-de-comunicacao-digital-encerrados>).

25. Ao averiguar o rol de produtos e serviços contratados pela SECOM, em 2015, verifica-se na página 15, o Item 13: 'Monitoramento Online', nas modalidades baixa, média e alta complexidade (<http://www.secom.gov.br/aceso-ainformacao/licitacoes-e-contratos/contratos-comunicacao-digital/contrato-03-2015-agencia-click.pdf>)

A Secretaria de Governo da Presidência da República argumenta que “conhecer os posicionamentos dos atores da sociedade – dentre eles os Parlamentares Federais – é um dos desdobramentos de uma articulação política eficiente e democrática. As manifestações de Parlamentares em redes sociais estão contidas no domínio público da discussão política e detêm aptidão para auxiliar o Governo Federal no exercício regular de suas atribuições institucionais”.

6. Evidencia-se, na espécie, desvio de finalidade operado pela Secretaria Especial de Comunicação Social - atualmente vinculada ao Ministério das Comunicações -, órgão do Poder Executivo federal responsável pela coordenação e execução das ações de publicidade institucional ou de utilidade pública, nos termos do inc. I do art. 6º do Decreto n. 6.555/2008.

Pelo Decreto n. 6.555/2008, as ações de comunicação do Poder Executivo Federal devem ser desenvolvidas em conformidade com os seguintes objetivos (art. 1º): a) dar amplo conhecimento à sociedade das políticas e programas do Poder Executivo Federal; b) divulgar os direitos do cidadão e serviços colocados à sua disposição; c) estimular a participação da sociedade no debate e na formulação de políticas públicas; d) disseminar informações sobre assuntos de interesse público dos diferentes segmentos sociais; e) promover o Brasil no exterior.

Têm-se no art. 2º daquele ato normativo as diretrizes das ações de comunicação do Poder Executivo Federal:

I - afirmação dos valores e princípios da Constituição ;

II - atenção ao caráter educativo, informativo e de orientação social

;

III - preservação da identidade nacional;

IV - valorização da diversidade étnica e cultural e respeito à igualdade e às questões raciais, geracionais, de gênero e de orientação sexual;

V - reforço das atitudes que promovam o desenvolvimento humano e o respeito ao meio ambiente;

VI - valorização dos elementos simbólicos da cultura nacional e regional;

VII - vedação do uso de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos;

VIII - adequação das mensagens, linguagens e canais aos diferentes segmentos de público;

IX - uniformização do uso de marcas, conceitos e identidade visual utilizados na comunicação de governo;

X - valorização de estratégias de comunicação regionalizada;

XI - observância da eficiência e racionalidade na aplicação dos recursos públicos; e

XII - difusão de boas práticas na área de comunicação”.

No art. 4º se estabelece que o Sistema de Comunicação de Governo do Poder Executivo Federal (SICOM) é integrado pela Secretaria de Comunicação Social, a ela atribuídas as funções de (art. 6º):

“I - coordenar o desenvolvimento e a execução das ações de publicidade, classificadas como institucional ou de utilidade pública, e as de patrocínio, de responsabilidade dos integrantes do SICOM e que, com ela de acordo, exijam esforço integrado de comunicação;

II - supervisionar o conteúdo de comunicação das ações de publicidade, classificadas como institucional ou de utilidade pública, e as de patrocínio, de responsabilidade dos integrantes do SICOM;

III - controlar, nas ações de publicidade e de patrocínio submetidas à sua aprovação pelos integrantes do SICOM, a observância dos objetivos e diretrizes previstos nos arts. 1º e 2º, no tocante ao conteúdo de comunicação e aos aspectos técnicos de mídia;

IV - editar políticas, diretrizes, orientações e normas complementares deste Decreto;

V - planejar, desenvolver e executar as ações de comunicação das áreas discriminadas no art. 3º e outras subsidiárias ou complementares a elas, realizadas com recursos orçamentários alocados na Presidência da República, com observância da eficiência e racionalidade na sua aplicação;

VI - coordenar negociações de parâmetros para compra de tempos e espaços publicitários de mídia pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal;

VII - coordenar, supervisionar e normatizar o funcionamento do Comitê de Patrocínios de que trata o art. 8º;

VIII - examinar e aprovar as minutas de edital de licitação dos integrantes do SICOM, com seus anexos, destinado à contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agência de propaganda;

IX - analisar programas, políticas, diretrizes, planos, critérios e mecanismos de seleção de projetos de patrocínio, incluídos os editais públicos, encaminhados pelos integrantes do SICOM;

X - definir a adoção de critérios de utilização de marcas para ações de publicidade e de patrocínio e a identidade visual do Governo nos sítios e portais dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal na Internet;

XI - definir diretrizes para a comunicação digital nos sítios e portais dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal;

XII - apoiar os integrantes do SICOM nas ações de imprensa que exijam, pela natureza da pauta, articulação interna e participação coordenada, no âmbito do Poder Executivo Federal;

XIII - coordenar as ações de comunicação pública e de relações com a imprensa dos integrantes do SICOM que exijam esforço integrado de comunicação;

XIV - subsidiar a elaboração de minutas de editais e de projetos básicos para a contratação de prestadores de serviços de assessoria de relações públicas, de assessoria de imprensa, de comunicação digital, de promoção e de pesquisa de opinião encaminhados pelos integrantes do SICOM;

XV - realizar ações de aperfeiçoamento em comunicação para servidores e empregados dos integrantes do SICOM; e

XVI - atribuir limites de despesas com publicidade aos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, com vistas ao cumprimento da legislação eleitoral, e estabelecer regras para o encaminhamento de requerimentos e consultas ao Tribunal Superior Eleitoral nos assuntos atinentes às ações de comunicação do Poder Executivo Federal”.

Não está entre atribuições da Secretaria Especial de Comunicação – nem seria lícito - a função de monitorar redes sociais de pessoas, físicas ou jurídicas, até porque objetivo dessa natureza descumpra o caráter educativo, informativo e de orientação social que legitimam a publicidade dos atos estatais, conforme disposto no § 1º do art. 37 da Constituição da República:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

Como destacado pelo Ministro Luiz Fux em voto condutor na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.468 (DJe de 1.8.2017), “o desvio de finalidade tem como referência conceitual a ideia de deturpação do dever-poder atribuído a determinado agente público que, embora atue aparentemente dentro dos limites de sua atribuição institucional, mobiliza a sua atuação à finalidade não imposta, ou não desejada pela ordem jurídica, ou pelo interesse público”.

Para Seabra Fagundes “a atividade administrativa sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas consequências, não pode o administrador, ao exercê-la, ensejar consequências diversas das visadas pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as consequências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade. (...) A lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve uma burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei” (FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Forense: Rio de Janeiro, 2010, p. 87).

Também Victor Nunes Leal leciona que, “se a Administração não atende ao fim legal, a que está obrigada, entende-se que abusou de seu poder. (...) O fim legal é, sem dúvida, um limite ao poder discricionário. Portanto, se a ação administrativa desatende a essa finalidade, deve-se concluir que extralimitou de sua zona livre, violando uma prescrição jurídica expressa ou implícita, o que a transpõe, por definição para a zona vinculada” (LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Forense: Rio de Janeiro, 1960, p. 285).

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que, “Ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado. Há, em consequência, um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzindo na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser

buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado. É que sua competência, na lição elegante e precisa de Caio Tácito: 'visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo. Não é facultado à autoridade suprimir essa continuidade, substituindo uma finalidade legal do poder com que foi investido, embora pretendendo um resultado materialmente lícito.' Sucintamente, mas de modo preciso, pode-se dizer que ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida. De dois modos pode manifestar-se o desvio de poder: a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo; b) quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à 'categoria' do ato que utilizou. Deveras, consoante advertiu o preclaro Seabra Fagundes: 'Nada importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal. (...) No desvio de poder, ao contrário do que habitualmente se afirma e do que nós mesmos vinhamos sustentado, nem sempre há um 'móvel', isto é, uma intenção inadequada. Com efeito, o agente pode, equivocadamente, supor que uma dada competência era prestante, de direito, para a busca de um dado resultado e por isto haver praticado o ato almejando alcançá-lo pela via utilizada. Neste caso não haverá intenção viciada. É certo, entretanto, que o frequente, o comum, é que exista vício de intenção, o qual poderá ou não corresponder ao desejo de satisfazer um apetite pessoal. Contudo, o ato será sempre viciado por não manter relação adequada com a finalidade em vista da qual poderia ser praticado. O que vicia, portanto, não é o defeito de intenção, quando existente – ainda que através disto se possa, muitas vezes, perceber o vício -, mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência' (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 406-408).

7. Para além do desvio de finalidade no procedimento de monitorar redes sociais, atitude sem relação de pertinência com os deveres constitucionais e legais fixados à Secretaria de Comunicação e sem respaldo jurídico, está também caracterizada afronta ao princípio da impessoalidade (*caput* do art. 37) . Esclarecido está no processo que o acompanhamento de redes sociais está direcionado a pessoas – parlamentares e jornalistas – para apurar a sua condição de apoiar ou opor-se ao governo.

8. Ademais, a produção de relatórios de monitoramento de parlamentares e jornalistas afronta também o princípio da moralidade. Com recursos públicos, ao invés de se dar cumprimento ao comando republicano obrigatório de se promoverem políticas públicas no interesse de toda a sociedade, o Poder Executivo federal valeu-se da contratação de empresa para pesquisar redes sociais sobre a base de apoio - ou oposição - ao governo em posicionamento ilícito e, pior, em afronta direta a direitos fundamentais de algumas pessoas.

A indicação de se cuidar de levantamento de informações divulgadas na *internet* e tornadas, portanto, públicas não torna lícito o que constitucional não é, como se dá com o provimento da Secretaria de Comunicação. A uma, porque a pesquisa é dirigida a específicas pessoas que tenham exercido o seu direito de expressar aprovação ou crítica ao governo. Esta espia para constranger ou ameaçar afronta o direito fundamental de livre manifestação do pensamento e de manifestação. A duas, porque, com esses dados, abre-se a possibilidade de tomada de decisões alinhadas a interesses não republicanos, pior ainda, com recursos públicos, o que torna antijurídico o comportamento de órgãos e agentes estatais.

9. Cabe acentuar que o uso da máquina estatal para conhecimento específico de informações sobre posturas políticas contrárias ao governo caracteriza afronta ao direito fundamental de livre manifestação do pensamento.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal assentou que *“a livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva”* (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 6.3.2019).

Pelo inc. IV do art. 5º da Constituição da República é assegurada a manifestação livre de expressão, conferindo-se a todos liberdade para veicular ideias e opiniões.

Em reiterados precedentes, este Supremo Tribunal tem conferido máxima efetividade a esses direitos fundamentais. Não se tem como lícita conduta de natureza censória ou voltada a condutas estatais autoritárias e limitadoras da liberdade de expressão, nem se julga válida atuação estatal que dificulte, embarace ou restrinja a atividade intelectual, artística, científica ou profissional, garantida pela Constituição como manifestação do direito fundamental sobre o qual se constrói a democracia.

Em 30.4.2009, este Supremo Tribunal julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF declarando não recepcionada pela Constituição da República de 1988 a Lei n. 5.250/1967 e assegurando a liberdade de imprensa como expressão magna da liberdade de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional.

Sobre a liberdade de expressão, o Ministro Ayres Britto, Relator, ressaltou que, *“para a Constituição, o que não se pode é, por antecipação, amesquinhar os quadrantes da personalidade humana quanto aos seguintes dados de sua própria compostura jurídica: liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão em sentido genérico (aqui embutidos a criação e o direito de informar, informar-se e ser informado, como expletivamente consignado pelo art. 37, 1, da Constituição portuguesa de 1976, ‘versão 1997’)”*.

Em 10.6.2015, este Supremo Tribunal julgou procedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815/DF para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X).

ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada.

3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular.

4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.

6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.

7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.

9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)”.
0150120200:20

Naquele julgamento, resaltei:

“Direito à liberdade de expressão é outra forma de afirmar-se a liberdade do pensar e expor o pensado ou o sentido, acolhida em todos os sistemas constitucionais democráticos. A atualidade apresenta desafios novos quanto ao exercício desse direito. A multiplicidade dos meios de transmissão da palavra e de qualquer forma de expressão sobre o outro amplia as definições tradicionalmente cogitadas nos ordenamentos jurídicos e impõe novas formas de pensar o direito de expressar o pensamento sem o esvaziamento de outros direitos, como o da intimidade e da privacidade. Em toda a história da humanidade, entretanto, o fio condutor de lutas de direitos fundamentais é exatamente a liberdade de expressão” (DJe de 1º.2.2016).

Este Supremo Tribunal também julgou procedente, em 21.6.2018, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451/DF, declarando a inconstitucionalidade dos incs. II e III do art. 45 da Lei n. 9.504/1997 e, por arrastamento, o § 4º e o § 5º do mesmo dispositivo, pelos quais se proibia a trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que degradasse ou ridicularizasse candidatos, partidos e coligações e, ainda, que vedavam a difusão de opinião favorável ou contrária a candidatos, partidos e coligações. Essa a ementa do acórdão:

“LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL.

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA.

1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.

2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.

3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral.

4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes.

5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.

6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo” (Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 6.3.2019).

Naquela assentada, salientei haver cerceamento prévio à liberdade de expressão e de informação, em contrariedade ao disposto nos §§ 1º e 2º e *caput* do art. 220 da Constituição da República, pois as normas impugnadas criavam embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, impondo forma de censura de natureza política, ideológica e artística.

Realcei ser a liberdade o fundamento da democracia, em defesa da qual se há de resistir a qualquer mecanismo ou forma de cerceamento da expressa humana da liberdade de manifestação. Essa conclusão é imperativa como medida de máxima proteção constitucional a todas as formas de manifestação do pensamento. Nesse sentido, o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, salientou em seu voto condutor que *“a Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático”*.

Nesse mesma linha, desde muito antes dos tempos e lutas que nos trouxeram ao tempo atual, lecionava Pimenta Bueno:

“(...) a liberdade é o próprio homem, porque é a sua vida moral, é a sua propriedade pessoal a mais preciosa, o domínio de si próprio, a base de todo o seu desenvolvimento e perfeição, a condição essencial do gozo de sua inteligência e vontade, o meio de perfazer seus destinos. É o primeiro dos direitos, e salvaguarda de todos os outros direitos, que constituem o ser, a igualdade, a propriedade, a segurança e a dignidade humana. (...) O bem ser do homem é tanto maior quanto maior é a sua liberdade, quanto menor é o sacrifício ou restrições dela” (BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 382).

Como enfatizei no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815, tal a força do direito à liberdade de pensamento, desdobrada em sua formulação normativa pelo enunciado da garantia da livre expressão, que, no fundamento da concepção moderna do Estado Democrático de Direito, encareceu-se como princípio magno:

“Desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa de 1789, a garantia de exercício das liberdades, realce dado à livre comunicação do pensamento e de opinião, foi erigido em ponto nuclear do sistema, tendo-se no art. XI:

‘La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi’.

Na sequência daquela conquista fundamental, os documentos de direitos humanos reiteraram aquela liberdade essencial. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, dispôs no art. 19:

‘Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão’.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, internalizado no Brasil em 1992, preceitua no art. 19:

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

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

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas’.

No espaço do direito internacional regional, essa garantia de liberdade está prevista no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, vigorando internacionalmente desde 18.7.1978, e ratificada pelo Brasil em 25.9.1992, internalizada pelo decreto da Presidência da República do Brasil de 6.11.1992:

‘Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

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

outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

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

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência’.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada em 1953 pelo Conselho da Europa, traz no art. 10º:

‘Art. 10º - Liberdade de expressão

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir’.

A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1986, prevê, no art. 9º:

‘1. Toda a pessoa tem direito à informação.

2. Toda a pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos’.

Na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, consta no art. 11:

‘Liberdade de expressão e de informação

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.

2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social” (ADI n. 4.815, de minha relatoria, Pleno, DJe 1º. 2.2016) .

Com maior relevo, impõe-se assegurar a liberdade de manifestação política, onde se constrói e se desenvolve o regime democrático. É no debate político que a cidadania é exercida com o vigor de sua essência. Nesse sentido, a lição do Ministro Luiz Fux e de Carlos Eduardo Frazão:

*“Além de consubstanciar direito moral, aludidas liberdades também se justificam no fato de ser um instrumento para a salvaguarda de outros valores e liberdades jusfundamentais, como a religiosa, a política e a própria estabilidade das instituições democráticas. Daí a sua relevância e sua centralidade no sistema eleitoral, em particular, e no ambiente democrático, em geral. De efeito, sem que haja liberdade de expressão e de informação, e seja franqueada ampla possibilidade de debate de todos os assuntos relevantes para a formação da opinião pública, não há de se cogitar de verdadeira democracia. [...] Assim é que, conquanto inexista hierarquia formal entre normas constitucionais, é possível advogar que tais cânones jusfundamentais atuam como verdadeiros vetores interpretativos no deslinde de casos difíceis (hard cases), por se situarem em uma posição privilegiada dentro da Constituição” (Luiz Fux e Carlos Eduardo Frazão. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Fórum, 2016, p. 117-118).*

A conduta estatal que persegue e investiga, com recursos públicos as manifestações de particulares ou agentes públicos, e espia pelo espaço público manifestações livres de expressão para adoção de comportamentos estatais de cerceamento das liberdades ou de constrangimento às liberdades não é lícita por contrariar os mais fundamentais preceitos democráticos que presidem o sistema constitucional vigente.

10. Pelo exposto, voto no sentido de julgar procedente o pedido para declarar inconstitucional todo e qualquer ato da Secretaria Especial de Comunicação Social do Ministério das Comunicações de produção de relatórios de monitoramento sobre as atividades de parlamentares e jornalistas em suas redes sociais.