

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
AGÊNCIA DE INOVAÇÃO, EMPREENDEDORISMO, PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E  
INTERNACIONALIZAÇÃO AGEUFMA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO  
SISTEMA DE JUSTIÇA  
MESTRADO ACADÊMICO

RAISSA CAMPAGNARO DE OLIVEIRA COSTA

**DEMOCRACIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL:** os fundamentos da  
restrição à expressão na propaganda eleitoral

São Luís

2023

**RAISSA CAMPAGNARO DE OLIVEIRA COSTA**

**DEMOCRACIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL:** os fundamentos da  
restrição à expressão na propaganda eleitoral

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do  
Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do  
Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão  
(UFMA), para obtenção do título de mestre em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos.

São Luís

2023

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).  
Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

Campagnaro de Oliveira Costa, Raissa.

DEMOCRACIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: os fundamentos da restrição à expressão na propaganda eleitoral / Raissa Campagnaro de Oliveira Costa. - 2023. 123 f.

Orientador(a): Nelson Juliano Cardoso Matos.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2023.

1. Democracia. 2. Liberdade de expressão. 3. Propaganda Eleitoral. I. Juliano Cardoso Matos, Nelson. II. Título.

**RAISSA CAMPAGNARO DE OLIVEIRA COSTA**

**DEMOCRACIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL:** os fundamentos da  
restrição à expressão na propaganda eleitoral

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do  
Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do  
Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão  
(UFMA), para obtenção do título de mestre em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos.

Aprovada em \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos (Orientador)**  
Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

---

Prof. Dra. Márcia Haydée Porto De Carvalho  
Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

---

Prof. Dr. Diogo Rais Rodrigues Moreira  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Dedico este trabalho à minha família, ao meu filho Joaquim e ao Dr. João Batista Ericeira que se foi cedo demais.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me separado e me feito sua filha, por ter um dia me alcançado com seu infinito amor, com sua misericórdia não merecida e por ter me capacitado e me dado sabedoria para alcançar bênçãos inimagináveis. Ao seu filho Jesus Cristo, por ser minha salvação, minha fortaleza, e por ter me ensinado sobre o amor. Agradeço ao Deus vivo que me sustenta dia após dia. Ao Senhor toda honra, toda glória e todo louvor.

À minha família, que nunca mediu esforços para apoiar minha educação, e meu crescimento profissional. São exemplos de dedicação, determinação, persistência e luta, que sempre me incentivou a alcançar meus objetivos. Em especial ao meu esposo, que me motivou a ingressar no mestrado, agradeço por nunca ter duvidado da minha aprovação e da minha capacidade de concluí-lo com êxito. Agradeço o seu amor, a sua paciência e apoio durante esses 11 anos juntos e principalmente nos desafios da trajetória acadêmica.

Aos meus amigos e irmãos em Cristo, que estiveram ao meu lado durante todo esse percurso, acompanhando as vitórias e as dificuldades. Obrigada pelas orações, pela preocupação e pela motivação da minha rede de cuidados da Igreja Presbiteriana Independente em Vicente Fialho. A oração de vocês foi meu sustento durante todo o caminho percorrido até aqui. Vocês são bênçãos e presentes de Deus em minha vida.

À turma do escritório João Batista Ericeira Advogados Associados, por sempre confiarem e acreditarem em mim, mais do que eu mesma, muitas vezes. Obrigada pela paciência durante esses dois anos, por serem muito mais do que uma equipe de trabalho, mas uma família que verdadeiramente torce pelo sucesso um dos outros. Especialmente agradeço ao nosso eterno mestre Dr. Ericeira pelo incentivo em cursar esse mestrado e pela convicção de que eu teria êxito no mesmo. Agradeço por ter sido um exemplo de professor, no qual eu sempre me espelharei.

Aos professores da UFMA, responsáveis por essa etapa tão importante da minha formação acadêmica e profissional na carreira do Direito, com os quais tive oportunidade de aprender não só ensinamentos relacionados ao Mestrado, mas também pude extrair ensinamentos valiosos para minha vida.

Ao meu Orientador Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso por ter me guiado com excelência do início ao fim deste trabalho. Primeiramente pela simples disponibilidade, atenção, e auxílio na delimitação do tema, em seguida pelo conhecimento compartilhado, sabedoria e domínio sobre o

assunto. Obrigada por toda preocupação com meu bem-estar. Agradeço ainda a confiança e paciência quando das mudanças ocorridas no decorrer da pesquisa. Obrigada pela dedicação, cobrança e críticas características de uma verdadeira e brilhante orientação acadêmica.

A todos que me ajudaram na confecção deste trabalho, através de apoio e estímulos que se manifestaram das mais diversas formas possíveis.

*“Para os males da liberdade só existe um remédio, é mais liberdade”.*

(John Stuart Mill)

## RESUMO

A presente pesquisa propõe-se a análise do tratamento da liberdade de expressão no direito eleitoral brasileiro, com ênfase na propaganda eleitoral, à luz do modelo de equilíbrio democrático-liberal preconizados por Robert Dahl utilizando-se da legislação e da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão no período de 2018 e 2020 relativos aos cargos de Governador do Estado e Prefeito. Para tanto, este trabalho faz uso do método de abordagem indutivo, uma vez que pretende fazer uso de normas e julgados do TSE e TRE-MA, e analisá-los à luz da teoria de base da democracia por Robert Dahl com o intuito de verificar a hipótese levantada e propor generalizações. Além disso, trata-se de uma pesquisa de revisão de literatura sistemática, a qual faz uso das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. O estudo parte das premissas da preferência pela liberdade de expressão no ordenamento jurídico e da inversão dessa primazia na propaganda eleitoral brasileira. Posteriormente expõe e reflete sobre o referencial teórico de Robert Dahl que propõe o equilíbrio entre a democracia e as liberdades individuais, para ao final investigar a compatibilidade entre a cláusula geral de primazia da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro e a regra de restrição da liberdade de expressão na propaganda eleitoral, nas dimensões normativa e jurisprudencial, frente ao modelo de equilíbrio democrático-liberal proposto por Robert Dahl.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão. Democracia. Propaganda eleitoral.

## ABSTRACT

The present research aims to analyze the treatment of freedom of expression in Brazilian electoral law, with emphasis on electoral propaganda, in the light of the liberal-democratic balance model advocated by Robert Dahl, using the legislation and jurisprudence of the Superior Electoral Court and the Regional Electoral Court of Maranhão in the period of 2018 and 2020 related to the positions of State Governor and Mayor. Therefore, this work uses the inductive method of approach, since it intends to make use of norms and judgments of the TSE and TRE-MA, and to analyze them in the light of the basic theory of democracy by Robert Dahl in order to verify the hypothesis raised and propose generalizations. In addition, it is a systematic literature review research, which makes use of bibliographic and documentary research techniques. The study departs from the assumptions of the preference for freedom of expression in Brazil's legal system and the inversion of this primacy in Brazilian electoral propaganda. Subsequently, the research exposes and reflects on Robert Dahl's theoretical framework, which proposes the balance between democracy and individual freedoms, in order to, in the end, investigate the compatibility between the general clause of primacy of freedom of expression in the Brazilian legal system and the rule of restriction of freedom of expression in electoral propaganda, in the normative and jurisprudential dimensions, against the model of liberal-democratic balance proposed by Robert Dahl.

**Keywords:** Freedom of Speech. Democracy. Electoral Propaganda.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>PROPAGANDA ELEITORAL NO BRASIL E A INVERSÃO DA PRIMAZIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A RESTRIÇÃO COMO REGRA.....</b>	<b>17</b>
<b>2.1</b>	<b>A cláusula geral da liberdade de expressão no Brasil.....</b>	<b>17</b>
2.1.1	O sentido da liberdade de expressão na constituição de 1988, na tradição constitucional brasileira e a sua modificação nos últimos dez anos na doutrina e na jurisprudência.....	17
2.1.2	A rigidez e a flexibilidade do preceito jurídico da liberdade de expressão	20
<b>2.2</b>	<b>As duas dimensões da liberdade de expressão no Brasil.....</b>	<b>25</b>
2.2.1	Problemas reais e problemas semânticos: esforço para clarificar o problema.....	25
2.2.2	As aparentes contradições inerentes à tensão interna da síntese democrático-liberal.....	26
2.2.3	As dimensões e acepções da liberdade de expressão.....	29
<b>2.3</b>	<b>Liberdade de expressão e propaganda eleitoral no Brasil.....</b>	<b>34</b>
2.3.1	O sentido da liberdade de expressão no direito eleitoral.....	34
2.3.2	Os exemplos que demonstram que no âmbito da propaganda eleitoral no Brasil a regra é a da restrição à liberdade de expressão.....	37
<b>3</b>	<b>CONTROVÉRSIA EM TORNO DA LEGITIMIDADE DE UMA DEMOCRACIA COM RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....</b>	<b>44</b>
<b>3.1</b>	<b>Estado Democrático de Direito e os modelos didáticos para responder às eventuais contradições entre os dois institutos: democracia e estado de direito.....</b>	<b>44</b>
<b>3.2</b>	<b>Modelo de equilíbrio de Robert Dahl.....</b>	<b>48</b>
3.2.1	Síntese do modelo de equilíbrio de Robert Dahl.....	48
3.2.2	Advento da Poliarquia e os parâmetros para aferição: as sete instituições	52

3.2.3	Como a efetivação das sete instituições poderá resultar ou conferir legitimidade à organização social?.....	57
<b>3.3</b>	<b>Equilíbrio entre duas instituições eventualmente conflitantes.....</b>	<b>60</b>
3.3.1	Como o modelo teórico da poliarquia poderá equilibrar liberdades individuais e democracia?.....	60
3.3.2	Análise da compatibilidade entre a liberdade de expressão e eleições livres, justas e periódicas.....	65
<b>4</b>	<b>OS FUNDAMENTOS E AS IMPLICAÇÕES DA REGRA DA CLÁUSULA DA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PROPAGANDA ELEITORAL.....</b>	<b>69</b>
<b>4.1</b>	<b>A resposta geral sobre a coerência entre a cláusula geral da liberdade de expressão e a cláusula específica da restrição na propaganda eleitoral.....</b>	<b>69</b>
4.1.1	A possível flexibilidade da cláusula geral de liberdade de expressão: o caso da propaganda eleitoral.....	69
4.1.2	Os limites da exceção: os limites da regra da restrição na propaganda eleitoral.....	72
4.1.3	Os riscos do casuísmo na flexibilização da liberdade de expressão.....	76
<b>4.2</b>	<b>A inversão da primazia da liberdade de expressão: o percurso legal</b>	<b>80</b>
4.2.1	Os fatores e eventos da inserção de cláusulas de restrição à liberdade de expressão na propaganda eleitoral.....	80
<b>4.3</b>	<b>Casos centrais da jurisprudência para verificar os limites da restrição à liberdade de expressão na propaganda eleitoral como regra.....</b>	<b>85</b>
4.3.1	Casos de prevalência da liberdade de expressão.....	87
4.3.2	Casos de não prevalência da liberdade de expressão.....	92
4.3.3	Casos de restrição formal da propaganda eleitoral: interpretação extensiva.....	100
<b>4.4</b>	<b>Abstração de parâmetros para identificar os limites.....</b>	<b>101</b>
4.4.1	Quando a restrição à liberdade de expressão na propaganda eleitoral viola a cláusula geral da liberdade de expressão?.....	101

4.4.2	Quais os parâmetros objetivos abstraídos dos casos estudados para identificar os limites?.....	104
4.4.3	Quais os efeitos da primazia da restrição?.....	107
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>110</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa propõe-se a analisar o tratamento do direito à liberdade de expressão no Brasil, com ênfase na propaganda eleitoral, à luz do modelo de equilíbrio democrático-liberal preconizados por Robert Dahl utilizando-se da legislação e da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão (TRE/MA) relativos aos cargos de Governador do Estado e Prefeito de São Luís nas eleições de 2018 e 2020, respectivamente.

A pesquisa parte da premissa de que há uma primazia da restrição da liberdade de expressão na propaganda eleitoral a qual se revela contraditória à regra da preferência desse direito no ordenamento jurídico preconizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Sendo assim, no contexto de tensão entre os preceitos democrático e liberal, questiona-se: em que medida a regra da restrição da propaganda eleitoral, nas dimensões normativa e jurisprudencial, é compatível com a cláusula geral de primazia da proteção à liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro?

A hipótese é que a cláusula específica de restrição na propaganda eleitoral seria compatível com a cláusula geral de prevalência da proteção à liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do modelo de equilíbrio democrático-liberal proposto por Robert Dahl, que revela a existência de limites à referida restrição, como pressuposto da compatibilidade entre as cláusulas.

A teoria poliárquica de Robert Dahl parece ser a mais adequada para explicar e para resolver eventuais incongruências da tensão entre democracia e liberdade nas sociedades ocidentais modernas. Consideramos o modelo de equilíbrio entre democracia e liberdades individuais proposto por Robert Dahl o mais pertinente para o desenvolvimento dessa investigação. Em sua teoria, Dahl nega a existência de oposição entre democracia e direitos individuais e afirma que ambos são, na verdade, intrínsecos e dependentes entre si. Mais ainda, aponta que as liberdades do indivíduo são melhor protegidas em um contexto de Estado democrático, sendo a ideia de afastar ou violar o exercício de uma liberdade, em prol da defesa da democracia, totalmente inconcebível no modelo proposto.

Sendo assim, o problema da pesquisa se encontra justamente na tensão entre democracia e liberdades individuais, em especial a liberdade de expressão. De modo mais específico, destaca-se o contexto eleitoral como um dos principais cenários do conflito entre os

referidos institutos. Isso porque, verifica-se que a atual sociedade de informação, marcada pelo avanço das Tecnologias de Informação e Comunicação, com ênfase para internet, é responsável por proporcionar ao eleitor, ao candidato e aos demais agentes políticos novas vantagens como: a) o fácil e irrestrito acesso aos debates; b) o enorme alcance das ideias, opiniões, notícias, ou fatos divulgados; c) a rapidez nas conexões; e d) a gigantesca quantidade de informações. Esses benefícios são todos sem precedentes na história, principalmente quando comparados aos meios tradicionais de comunicação como a televisão, o rádio e o jornal impresso. Esse cenário, inevitavelmente, exige revisitar os estudos sobre liberdade de expressão para avaliar os impactos do novo contexto.

Nesse sentido, as redes sociais possuem grande destaque nas mudanças do cenário das campanhas eleitorais. De acordo com pesquisa do DataSenado, 45% da população brasileira afirmou ter decidido seu voto com a contribuição de informações obtidas nas redes sociais nas eleições de 2018. Mais ainda, dentre 2,4 mil pessoas que participaram da pesquisa, 79% afirmou ter como principal fonte de informação a rede social *Whatsapp* (BAPTISTA, 2019). Nas eleições de 2020, no contexto da pandemia de Covid-19, as campanhas eleitorais migraram ainda mais para a internet, frente às proibições de aglomerações feitas pela Justiça Eleitoral.

No que diz respeito ao tratamento dado à liberdade de expressão no contexto eleitoral brasileiro. Observa-se que em 2018, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4451/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o Plenário do STF, resolveu declarar inconstitucional trechos da Lei nº 9.504/97 que buscavam proibir a veiculação de programas de humor pelas emissoras de rádio e televisão que envolvessem candidatos, nos três meses antes do pleito. Na ocasião, o Ministro Luís Roberto Barroso repisou a posição preferencial do direito à liberdade de expressão, e assim, destacou que a lisura do pleito eleitoral não pode estar acima das liberdades constitucionalmente garantidas.

Todavia, o contexto eleitoral brasileiro nas suas dimensões social, legal e jurisprudencial vem passando por mudanças nos últimos anos. É possível observar a fala do Ministro Luís Roberto Barroso em sua despedida da presidência do TSE em 2022 que deu ensejo à inversão da primazia da liberdade de expressão no contexto eleitoral e à tensão desse direito com o preceito democrático, pois declarou que “a liberdade de expressão é muito importante e precisa ser protegida, inclusive contra os que a utilizam para destruí-la juntamente com a destruição da democracia.”. Corroborada pela fala do Ministro Alexandre de Moraes na posse da presidência do

TSE ainda em 2022 em que pronunciou que a “liberdade de expressão não é liberdade de destruição da democracia”.

Ademais, observa-se uma corrente politização da sociedade brasileira, que a cada ano eleitoral, tem se tornado mais politicamente ativa e se envolvido mais nos debates públicos. Logo, a liberdade de expressão, acentuada pela internet, é fator primordial ao exercício da cidadania e da atuação política nos dias de hoje. Assim, revela-se extremamente contemporânea e necessária a investigação da aparente relação controversa entre os fundamentos das restrições na propaganda eleitoral e a cláusula geral de primazia da proteção à liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, com base no modelo de equilíbrio democrático-liberal de Robert Dahl.

Como a pesquisa se propõe a analisar a compatibilidade do sistema de liberdade de expressão no processo eleitoral brasileiro, com ênfase para a propaganda eleitoral, nas dimensões normativa e jurisprudencial, com base na teoria de Robert Dahl que estabelece as condições necessárias à constituição da poliarquia, o método de abordagem que se revela mais adequado é o indutivo. Isso porque a investigação pretende fazer uso de normas e julgados do TSE e TRE/MA, e analisá-los à luz do referencial teórico sobre democracia proposto por Robert Dahl com o intuito de verificar a hipótese levantada e propor generalizações; em outras palavras, da observação do particular para criar conclusões mais amplas (GUSTIN; DIAS, 2002).

Outrossim, esta pesquisa é uma revisão sistemática de literatura, pois busca responder ao problema acima apresentado por meio da análise da literatura publicada, na forma de livros, artigos de periódicos, artigos de jornais, teses e dissertações, entre outros, sobre os temas liberdade de expressão, democracia, propaganda eleitoral e demais temas derivados pertinentes à investigação. Inicialmente, foi realizado levantamento bibliográfico das obras relacionadas ao tema de modo geral; após a primeira análise, foram selecionadas e separadas as referências relevantes para cada subárea temática da pesquisa. A seleção bibliográfica inicial sofreu recorrentes alterações ao longo do desenvolvimento da pesquisa. Realizou-se a leitura crítica das obras com o seu devido fichamento, seguido da escrita prévia através de citações indiretas e reflexões do pesquisador o que culminou na escrita da dissertação.

Dessa forma, propõe-se investigar a regra da preferência da liberdade de expressão no ordenamento jurídico, a inversão da primazia desse direito na propaganda eleitoral brasileira, com base na teoria democrática de Robert Dahl, para averiguar a compatibilidade entre as referidas premissas e propor orientações e direcionamentos viáveis ao tratamento da liberdade de expressão

no contexto eleitoral brasileiro.

De modo a dar mais qualidade à construção do caminho investigativo, a revisão de literatura perpassou ainda pela pesquisa jurisprudencial, através da análise de acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão resultados obtidos por meio dos seguintes filtros no site do TRE/MA<sup>1</sup>: a) as palavras-chave utilizadas foram liberdade de expressão e propaganda eleitoral; b) período das eleições de 2018 e 2020; c) julgados relativos aos cargos de governador do Estado do Maranhão e prefeito de São Luís; d) somente acórdãos, excluindo decisões monocráticas e decisões liminares etc.; e) julgados com o tema propaganda eleitoral como cerne da demanda, excluídos julgados acerca de registros de candidatura, pesquisa eleitoral, prestação de contas, entre outros assuntos que não interessam a pesquisa. Após a seleção dos julgados, realizada com base na leitura das respectivas ementas, que resultaram da pesquisa com filtros acima apontada, foi feita a análise do julgamento propriamente dito, sua fundamentação e seu conteúdo decisório. Selecionados, por fim, os casos que i) entenderam pela preferência da liberdade de expressão; ii) entenderam pelo afastamento e restrição à liberdade de expressão, com base na análise de conteúdo da propaganda; iii) casos de restrição à liberdade de expressão, a partir de uma análise formal da propaganda eleitoral. Em todos os casos, destacaram-se os argumentos relevantes para a formação da decisão, ou seja, a *ratio decidendi*, deixando de lado, assim, os argumentos acessórios e até retóricos conhecida como *obiter dictum* (QUEIROZ; FEFERBAUM, 2019).

A pesquisa limitou-se à busca e análise de casos ocorridos durante as eleições de 2018 e 2020, por três motivos. Inicialmente, porque não se trata de uma pesquisa que tem a análise jurisprudencial como foco, mas tão somente como complemento investigativo para conceder parâmetros para a verificação da compatibilidade da teoria de Robert Dahl com a regra de inversão da primazia do direito à liberdade de expressão na propaganda eleitoral. Em segundo lugar, optou-se pelos acórdãos referente às eleições de 2018 e 2020 em razão da maior probabilidade de ações com coisa julgada formada, de modo a conceder um nível superior de credibilidade aos resultados obtidos nesta pesquisa. Excluídos, portanto, os casos ocorridos nas eleições de 2022, por ser demasiada recente no momento do desenvolvimento dessa pesquisa, com resultados ainda inconclusivos sob o aspecto da formação da coisa julgada. Também porque as eleições de 2022 e os acontecimentos que giraram ao seu redor devem ser classificados como *sui generis* em razão da

---

<sup>1</sup> <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/inteiro-teor>

polarização sem precedentes na história recente do País.

Esta dissertação está organizada da seguinte maneira. O primeiro capítulo do trabalho possui o intuito de demonstrar a premissa da inversão da primazia da liberdade de expressão na propaganda eleitoral. Para tanto, explica, no âmbito do direito constitucional, a cláusula geral do direito à livre manifestação do pensamento no Brasil. Em seguida, perpassa pelo tratamento restritivo desse direito no direito eleitoral e os respectivos exemplos que o comprovam. Por fim, revela as aparentes contradições inerentes à tensão interna da síntese democrático-liberal, assim como as diferentes acepções da liberdade de expressão.

No segundo capítulo, ocupa-se em apresentar a teoria de base da pesquisa. Inicialmente, perpassa por algumas possibilidades de referenciais teóricos para nortear o problema. Posteriormente, adentra e explica o modelo de equilíbrio entre democracia e liberdades individuais proposto por Robert Dahl, para tanto explora as sete instituições como parâmetros de aferição preconizados pelo autor, e reflete acerca do seu poder de legitimador da organização social. Ao final, explica, mais especificamente, o desenvolvimento do argumento de Dahl de compatibilidade entre a liberdade de expressão e eleições livres, justas e periódicas.

O terceiro capítulo, por sua vez, pretende fundamentar a resposta que admite genericamente a coerência entre a cláusula geral de primazia da liberdade de expressão e a cláusula específica de restrição desse direito na propaganda eleitoral brasileiro, advertindo para os respectivos limites desta última, assim como para os riscos do casuísmo da flexibilização da regra geral. Ademais, verifica quais fatores levaram a aplicação e ao desenvolvimento da doutrina da regra da restrição à liberdade de expressão na propaganda eleitoral no Brasil. Finalmente, realiza a análise de casos selecionados julgados pelo TSE e TRE/MA que demonstraram os fundamentos do judiciário para preferir ou restringir materialmente e formalmente a livre propaganda eleitoral, com as respectivas reflexões da possível violação da regra geral de primazia da liberdade de expressão, pela regra de restrição da propaganda eleitoral.

## **2 PROPAGANDA ELEITORAL NO BRASIL E A INVERSÃO DA PRIMAZIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A RESTRIÇÃO COMO REGRA**

### **2.1 A cláusula geral da liberdade de expressão no Brasil**

2.1.1 O sentido da liberdade de expressão na constituição de 1988, na tradição constitucional brasileira e a sua modificação nos últimos dez anos na doutrina e na jurisprudência

No ordenamento jurídico brasileiro a liberdade base que dá razão às demais liberdades está prevista no art. 5º, inciso II, que afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A regra, portanto, é a da liberdade de fazer ou não fazer, desde que nenhuma legislação proíba ou restrinja a atuação do indivíduo. Essa lei limitadora não se trata de qualquer lei, mas de uma legitimamente imposta, ou seja, no caso brasileiro deve ter o consentimento popular que se dá através da eleição de membros do legislativo que terão a responsabilidade de criação das leis, mais ainda, para que seja completa a validade da lei, sua criação deve seguir o processo legislativo previsto na constituição Federal (DA SILVA, 2014, p. 237-238).

A liberdade de expressão prevista no art. 5º, inciso IV da Constituição Federal não foi utilizada como um direito gênero, pelo legislador, uma vez que este especificou em outros incisos o direito à livre manifestação do pensamento, à liberdade religiosa, à liberdade de comunicação, à liberdade de imprensa, à liberdade de ir e vir, entre outras. Inclusive o constituinte especificou, no inciso IX do art. 5º, que é livre a expressão intelectual artística, científica e de comunicação, para além da expressão comum por meio de palavras escritas e ditas. Sendo assim, na presente pesquisa liberdade de expressão e liberdade de manifestação do pensamento serão utilizados como sinônimos (ROBL FILHO; SARLET, 2016, p. 117-118).

A liberdade de expressão possui caráter de direito fundamental conferido pela própria Constituição Federal brasileira, e, portanto, possui uma posição de hierarquia sobre os demais direitos no restante do ordenamento jurídico. Além disso, esse direito goza da restrição para reforma típica das normas constitucionais, por meio da qual só pode haver alteração por um procedimento legislativo mais rígido de emenda constitucional, desde que esta alteração não viole o limite material das cláusulas pétreas. Mais ainda, a liberdade de expressão é um direito aplicável

de maneira direta, prescindindo de regulamentação intermediária para que haja aplicabilidade na prática (ROBL FILHO; SARLET, 2016, p. 117-118).

A livre manifestação do pensamento é um direito bastante abrangente, e as intervenções ao seu núcleo devem ser excepcionais, contudo, a Constituição Federal brasileira estabeleceu uma condição expressa para o seu exercício, qual seja a vedação ao anonimato. A necessidade de identificação do sujeito se dá em razão do regime estabelecido pela lei brasileira de liberdade com responsabilização daquele que se excede no exercício do direito à liberdade de expressão, por meio de indenização civil ou até mesmo condenação penal.

Apesar de não ter sido introduzida na legislação brasileira pela Constituição de 1988, foi através desta última que a liberdade de expressão ganhou destaque, revelado especialmente, pela previsão expressa da vedação à censura prévia. Uma vez que ao observar o dispositivo acerca do direito à liberdade de expressão na Constituição Federal de 1937, por exemplo, encontra-se uma previsão que dava ao Estado o poder de censurar previamente a imprensa, manifestações artísticas proibindo a circulação, difusão ou representação de conteúdo, além de permitir que medidas para impedir a divulgação de conteúdo, opiniões contrárias à moralidade pública e aos bons costumes pudessem ser prescritas pela legislação (BRASIL, 1937).

Nesse contexto, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu entendimento na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130 de que a Constituição Federal não recepcionou a Lei nº 5.250/1967, conhecida como Lei de imprensa, e proibiu a restrição prévia às publicações jornalísticas, sendo a intervenção do Estado nessa seara uma possibilidade excepcional. Inclusive o Supremo Tribunal Federal tem admitido reclamação em caso de decisão judicial que determinou a remoção de conteúdo de site eletrônico, mais especificamente, matéria jornalística, por entender que esse tipo de decisão judicial desrespeita o precedente estabelecido pelo STF na ADPF nº 130 e configura censura e restrição injustificável à liberdade de expressão (FERNANDES, 2020, p. 495-496).

Há uma presunção de veracidade e licitude relativa à informação sendo veiculada, por meio do exercício da liberdade de expressão, devendo, portanto, haver prova em contrário acerca da ilicitude e falsidade da informação de modo a gerar o direito à indenização por eventuais danos causados (ROBL FILHO; SARLET, 2016, p. 136).

O regime de responsabilização posterior adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro acaba dando ensejo a episódios de uso indiscriminado da livre manifestação do pensamento que

eventualmente resultam em ofensas e violações aos direitos de terceiros<sup>2</sup>. No intuito de amenizar as consequências danosas de tais excessos a Constituição Federal brasileira instituiu o direito de resposta<sup>3</sup> ao ofendido, previsto no art. 5º, inciso V, o qual não exclui as demais formas de responsabilização civil do violador (DA SILVA, 2014, p. 246).

A previsão do direito de resposta dá ensejo a uma forma de combate ao discurso inverídico, falso, ou contrário a ideologia de muitos de uma maneira mais democrática e não invasiva ao núcleo essencial de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão, pois a manifestação em resposta acaba por combater o discurso com outro discurso, ampliando o exercício da liberdade de expressão, promovendo o debate e não restringindo-o (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018, p. 528).

O STF firmou entendimento por meio do julgamento da ADPF nº 130 de que a liberdade de expressão possui uma posição preferencial quando em conflito com outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira<sup>4</sup>. A liberdade de expressão encontra-se em uma posição diferenciada, por ser essa um meio para o exercício de outros direitos fundamentais (RUFINO; FACHIN, 2019, p. 234). Trata-se de uma preferência condicionada, uma vez que a aplicação da liberdade de expressão é a regra e o contrário é a exceção, mais ainda o dever de comprovar a necessidade e o dano gravoso que justifica a não aplicação desse direito será sempre do adversário que sustenta a proteção do outro direito fundamental (FERNANDES, 2020, p. 497).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal entende que o direito à liberdade de expressão não é absoluto em razão dele existir em um contexto democrático em que as diferenças devem ser protegidas, através de valores caros como a igualdade e à dignidade da pessoa humana. Além disso,

---

<sup>2</sup> Nesse contexto, Soares e Mansur (2022, p. 73-78) levantam críticas acerca da ineficácia da proteção aos direitos da personalidade através da mera reparação pecuniária. Afinal, a Constituição Federal prevê os direitos de proteção à honra, imagem, privacidade aos cidadãos e não um direito à indenização após a violação desses direitos. A norma constitucional garante a defesa do indivíduo em casos de ameaça de lesão aos seus direitos, sendo assim a tutela preventiva ou inibitória de futura e iminente violação aos direitos da personalidade, no entendimento dos autores, devem ser permitidas, sem configurar censura prévia.

<sup>3</sup> O direito de resposta não teve sua inauguração no ordenamento jurídico na Constituição Federal de 1988, tendo sido prevista em constituições brasileiras mais antigas. O referido direito remonta à uma era de meios de comunicação como a Televisão e o rádio, nos quais os papéis de emissor e destinatários da mensagem eram bem delimitados. No contexto atual da sociedade em rede, termo preconizado por Manuel Castells, marcado pela internet, o emissor do discurso se confunde com o destinatário, tendo em vista ser um espaço aberto para produção de conteúdo por qualquer cidadão com acesso à internet. Sendo assim, o direito à resposta, ainda vigente, vem perdendo aos poucos seu sentido e sua efetividade na sociedade atual, uma vez que a estrutura da internet permite que qualquer pessoa responda a eventual discurso ofensivo ou inverídico por conta própria, sem decisão judicial determinadora.

<sup>4</sup> Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 524) pontuam que a tese de preferência da liberdade de expressão tem sido aplicada de maneira tímida no Brasil.

os direitos da personalidade, que representam, com frequência, limites à liberdade de expressão, justificam seu caráter relativo, uma vez que aqueles permitem que o indivíduo se autodetermine e faça suas escolhas de maneira livre, seja quem pretende ser, sem receios, o que é de extrema importância para uma sociedade democrática. Sendo assim, o STF admite limitações à liberdade de expressão preferencialmente previstas em lei, mas também limitações jurídicas e éticas (CRUZ, 2010, p. 406 e 411).

### 2.1.2 A rigidez e a flexibilidade do preceito jurídico da liberdade de expressão

O conteúdo de proteção da liberdade de expressão é o mais extenso possível, contudo, assim como todo direito, pode vir a ser restringido e essa limitação deve ser a exceção e não a regra, como veremos adiante.

Antes de adentrar na análise dos limites da liberdade de expressão, importante diferenciar a ideia de censura da ideia de restrição, sendo a primeira vedada pela Constituição Federal e a segunda permitida por essa. A censura praticada pelo poder público revela-se como medida mais gravosa que erradica o direito à liberdade de expressão de determinado contexto, enquanto a restrição também exercida pelo legislador ou judiciário reduz a aplicação do referido direito, contudo sem exterminá-lo por completo, tendo como barreira o núcleo essencial do direito, aquele que faz do direito aquilo que ele é, e que sem ele o direito restaria irreconhecível (FARIAS, 2001, p. 226).

A concepção mais tradicional de censura revela-se na ideia de censura prévia, traduzida na necessidade de autorização governamental para veiculação de determinada publicação. Nesse sentido, a proibição à censura prévia visa restringir a atuação do Estado no livre mercado de ideias, privilegiando assim sanções posteriores aos conteúdos tidos como ilegais, após o exercício do direito de defesa do eventual infrator. Em um sentido mais amplo de censura, até mesmo as sanções cíveis e penais posteriores à publicação do conteúdo ilegal seriam consideradas como censura material, contudo não é essa a corrente adotada pela doutrina majoritária, tampouco pela Constituição Brasileira (MACHADO, 2002, p. 487-492).

A proibição de censura prévia, principalmente aquela realizada pelo poder executivo, é requisito de um Estado que se diz liberal. As eventuais censuras prévias realizadas pelo legislativo e judiciário podem vir a ser excepcionalmente permitidas em um Estado democrático de direito

com intuito de salvaguardar alguns direitos fundamentais, como será visto nas subseções 4.3 e 4.4 deste trabalho (MACHADO, 2002, p. 493).

A Constituição Federal brasileira prevê expressamente alguns limites ao exercício do direito à liberdade de expressão, mas, de antemão, estabelece um requisito para o seu exercício, qual seja a identificação obrigatória do emissor da mensagem, ou a vedação ao anonimato. Em seguida, o texto constitucional restringe a liberdade religiosa, filosófica ou política ao impedir que se faça uso delas para se eximir de realizar alguma obrigação legal, ou a obrigação alternativa também imposta pela lei. Prevê ainda restrições sobre a propriedade dos meios de comunicação, assim como restrições de conteúdo nos programas de televisão e rádio, entre outras.

Além das restrições expressamente previstas na Constituição Federal, esta última autoriza que o legislador ordinário também estipule alguns limites ao exercício da liberdade de expressão. É permitido ao legislador disciplinar acerca dos critérios de qualificações ao exercício de atividades profissionais, da publicação de atos processuais, e, ademais, lhe é conferida a capacidade de restringir até mesmo o acesso a eventos culturais ou de entretenimento como filmes e peças teatrais em razão da faixa etária, e a propaganda de comercial de tabaco e bebidas alcoólicas, por exemplo (FARIAS, 2001, p. 240-249).

Existem também as restrições advindas da colisão entre direitos fundamentais fruto do caso concreto e, portanto, de competência do poder judiciário. Essa espécie de limitação aos direitos fundamentais se dá em razão da capacidade insuficiente do legislador de prever e antever todos os possíveis e eventuais casos de violação aos direitos (SARLET, 2012, p. 402).

A possibilidade de restrição à liberdade de expressão designada ao intérprete da lei deve ser aplicada com cautela e as decisões judiciais devem se adequar ao caráter formal e material da norma constitucional. O quesito formal visa salvaguardar a posição hierárquica das normas constitucionais sobre as demais leis ordinárias, e no quesito material resta necessário que a limitação observe o conteúdo basilar do direito fundamental, revelando a premissa mais importante para aplicação de uma restrição, qual seja a necessidade de fundamentação em outro direito fundamental (SARLET, 2012, p. 404)

Os parâmetros acima podem ser entendidos como os limites aos limites dos direitos fundamentais, de modo a garantir a eficácia e aplicabilidade real desses últimos, sem que sua função precípua seja eliminada do ordenamento jurídico e deixe de produzir efeitos na sociedade (SARLET, 2012, p. 404).

Nesse contexto de colisões entre direitos fundamentais, observa-se na construção jurisprudencial uma preferência pelo direito à liberdade de expressão em detrimento aos demais direitos fundamentais, o que não significa dizer que não seja feita a devida ponderação no caso concreto.

Apesar de todo o exposto acerca da ausência de direito absoluto no ordenamento jurídico, o Ministro Luís Roberto Barroso ao proferir voto no julgamento da ADI nº 4.451 acerca da proibição de publicações satíricas e humorísticas a partir de 1º de julho do ano eleitoral (art. 45 da Lei nº 9.504/97) ressaltou o caráter preferencial da liberdade de expressão no sentido de que “a liberdade de expressão desfruta de uma primazia *prima facie*, ou seja, em princípio ela deve prevalecer” (BRASIL, 2018, p. 39).

O Ministro Roberto Barroso seguiu em seu voto explicando o porquê desse direito ser, em princípio, hierarquicamente superior a outros. Inicialmente, fez referência ao passado da nação brasileira, em que desde os primórdios teve o costume de censurar previamente diversos conteúdos, fez destaque, contudo ao período da ditadura brasileira, em que a censura era a regra, e todos os conteúdos antes de publicados precisavam passar pelo filtro do Estado brasileiro. Afirmou, assim, que hoje se dá preferência à liberdade de expressão, pois o passado não o fez, pelo contrário, a condenou (BRASIL, 2018).

Em seguida, o mesmo Ministro afirmou que a preferência do direito à liberdade de expressão se dá, pois, diversos outros direitos fundamentais dependem daquele para que tenham aplicabilidade e eficácia. Aduziu finalmente que, para que haja o livre exercício dos direitos políticos, direitos sociais e individuais faz-se necessário a livre manifestação do pensamento e divulgação de todo tipo de informação (BARROSO, 2018).

Em outras palavras, a liberdade de expressão instrumentaliza outros direitos fundamentais, sendo pressuposto destes. Nesse sentido a possibilidade de se manifestar livremente está intrinsecamente relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>5</sup>, uma vez que essa liberdade viabiliza a autodeterminação do indivíduo, ao permitir que esse se apresente-se livremente na sociedade, sem receio de censura prévia ou restrição pelo conteúdo proferido, seja advinda do poder público ou de particulares (SOARES; MANSUR, 2022).

---

<sup>5</sup> Contudo, é em nome da proteção à dignidade da pessoa humana que muitas vezes o direito à liberdade de expressão é restringido pelo poder judiciário. Sendo assim, apesar de ser pressuposto para a garantia da autonomia individual, a liberdade de expressão é colocada frente à dignidade da pessoa humana, em posição de conflito entre princípios.

Quanto aos fundamentos que justificam a primazia da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se a sua relação de interdependência com o princípio democrático, no sentido de que o primeiro constitui, garante e viabiliza o último. A relação entre a liberdade de expressão e a democracia, tema central da presente pesquisa, será melhor explorada na Seção 3.

Sendo assim, além da decisão proferida na ADI nº 4.451 acima referida, o STF têm se manifestado, em regra, no mesmo sentido de proteção preferencial à liberdade em outros casos difíceis, a exemplo da decisão da reclamação nº 38201 que, ao final, entendeu pela permissão de biografias ainda que não autorizadas, e do Recurso Extraordinário nº 1010606 com repercussão geral reconhecida, que não reconheceu a existência de direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a proteger a divulgação de fatos ou dados verídicos ainda que antigos ou “irrelevantes” para o contexto atual.

No contexto da jurisprudência brasileira, existem restrições não previstas expressamente na Constituição Federal ou autorizadas por essa, que, contudo, já estão consolidadas pelo STF, a exemplo da vedação ao discurso de ódio<sup>6</sup>, ou discurso discriminatório e intolerante que visa atacar grupos raciais, religiosos, políticos, de determinada orientação sexual, dentre outras causas identitárias. Além disso, a jurisprudência brasileira também entende que o conteúdo pornográfico divulgado para o público em geral não merece a salvaguarda do direito à liberdade de expressão (ROBL FILHO; SARLET, 2016, p. 139).

Sobre o tema, destaca-se caso o habeas corpus nº 82.424 julgado em 2003 pelo STF no qual equiparou a obra do autor Siegfried Ellwanger que continha discurso odioso e discriminatório contra o povo judeu com o crime de racismo e não concedeu a liberdade ao paciente. A análise acerca do instituto da prescrição e dos aspectos do direito penal serão deixadas de lado, tendo em vista que não compõem o objeto do presente trabalho. O julgado trouxe uma grande discussão acerca do escopo do direito à liberdade de expressão, questionou-se durante todo o julgamento, se

---

<sup>6</sup> De acordo com Sarlet (2019, p. 1225) na legislação e na jurisprudência brasileira ainda não há uma definição do discurso de ódio, sendo a interpretação brasileira dada até então pelo STF mais ampla que a doutrina dos Estados Unidos e um pouco mais restrita que a da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Enquanto que nos Estados Unidos a posição preferencial da liberdade de expressão é extremamente forte, o que acaba por limitar o discurso de ódio a poucos casos como o de crimes contra honra e incitação da violência, na Europa casos como a negativa da existência de fatos a exemplo do holocausto e conteúdos discriminatórios são conceituados como discurso de ódio. Dessa maneira, a definição brasileira encontra-se no meio dessas duas doutrinas.

o discurso de ódio e discriminatório faria ou não parte do âmbito de proteção da liberdade de expressão, ou seria esse tipo de conteúdo um dos limites ao exercício desse direito.

Por oito votos a três, o entendimento firmado foi no sentido de que o discurso odioso e discriminatório não faz parte da esfera de proteção da liberdade de expressão. A maioria dos membros do STF ressaltou que a dignidade da pessoa humana é fundamento para a democracia e para os demais direitos fundamentais, como prevê a Constituição Federal. Somado a isso, apontaram para a existência de um direito à igualdade, no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que, em outras palavras, veda o tratamento discriminatório entre os cidadãos brasileiros. Sendo assim, os Ministros do STF encontraram na proibição do discurso discriminatório, com vistas a salvaguardar a dignidade da pessoa humana, uma restrição ao direito à liberdade de expressão implícita no texto constitucional. Todavia, o julgado pontuou que não se criou, com isso, uma preferência pela dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão. O Ministro Gilmar Mendes destacou, no caso, que a análise deve ser feita no caso concreto e não de forma abstrata, entre os princípios colidentes (REALE JUNIOR, 2010, p. 389).

Na hipótese, alguns votos contrários afirmaram que o discurso do autor em obra literária não teria potencialidade de incitar uma revolução ou agressões ao povo judeu, principalmente, pois historicamente nunca houve qualquer discriminação ou violência contra esse grupo no Brasil, sendo assim o autor estaria apenas compartilhando sua ideologia, ação que deveria ser protegida, ainda que fosse de cunho discriminatório. Em resposta a esse argumento, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que basta a discriminação social contra determinado grupo, não sendo necessário a presença de potencialidade lesiva ou o fomento a um ataque efetivo ao grupo discriminado, para que se tenha uma violação ao direito à igualdade e como consequência, no caso em análise, uma restrição à liberdade de expressão (REALE JUNIOR, 2010, p. 393).

Todavia, os direitos da personalidade, via de regra, saem perdendo no ordenamento jurídico brasileiro em casos de colisão com o direito à liberdade de expressão, especialmente pela tutela posterior e meramente indenizatória concedida ao cidadão cujo direito foi violado, uma vez que a tutela inibitória ou preventiva é extremamente excepcional nas decisões judiciais. Sendo assim, poucas são as restrições à liberdade de expressão consensuadas pela jurisprudência brasileira, pois na quase que totalidade dos casos o intérprete deverá analisar o caso concreto, fazendo uso da ponderação, para eventualmente e excepcionalmente restringir a aplicação da liberdade de expressão desde que embasada na proteção a outro direito fundamental e sempre com

o cuidado de não ferir o núcleo essencial do direito à livre manifestação do pensamento (ROBL FILHO; SARLET, 2016, p. 132).

## **2.2 As duas dimensões da liberdade de expressão no Brasil**

### **2.2.1 Problemas reais e problemas semânticos: esforço para clarificar o problema**

Para que uma ideia seja caracterizada como distinta, ou nítida, não pode haver nenhum resquício de obscuridade acerca dela. Todos os seus aspectos devem ser claros. A habitualidade ou familiaridade com determinada ideia pode ensejar no falso sentimento de clareza. Contudo, trata-se meramente de um primeiro passo para atingir a nitidez. De modo a alcançar a plena distinção, ou seja, ausência de dúvida acerca daquela ideia, é preciso que a mesma sobreviva aos debates e contestações, sem que nenhuma confusão seja revelada (PEIRCE, 1878, p. 2-3).

A crença, produto do pensamento do indivíduo, é definida através das ações que originam e dos hábitos que produzem, sendo, portanto, irrelevante a forma semântica que assume em diferentes situações. Duas ou mais crenças com idênticos hábitos gerados, não podem ser consideradas diferentes apenas pelo fato de se apresentarem de formas variadas, pois em sua essência são a mesma ideia. Da mesma forma, ocorrem imprecisões com o uso de uma única nomenclatura para identificar diferentes ideias. Esses tipos de confusões na forma ou no signo com que a ideia é transmitida ao mundo são problemas semânticos que podem gerar problemas reais desnecessários ou evitáveis, caso as ideias fossem esclarecidas no início do debate (PEIRCE, 1878, p. 3).

Ademais, ao utilizar uma mesma palavra por um longo período, essa pode se tornar imprecisa, porquanto um mesmo termo é incapaz de abarcar todas as mudanças ocorridas no pensamento ao longo do tempo. Improvável que um mesmo conceito permaneça imutável no decorrer dos anos, sendo necessário que novas nomenclaturas sejam designadas de acordo com cada mudança significativa, ou que a antiga denominação seja sempre acompanhada de uma nota explicativa acerca da ideia que está precisamente se referindo, sob pena de gerar confusão na tratativa, e principalmente no debate acerca do assunto.

O êxito do debate depende do esclarecimento dos termos e do real significado das ideias que estão sendo utilizadas, pois muitos argumentos acabam se perdendo no decorrer de conversas

acerca de assuntos ou ideias diferentes mascaradas de idênticas em razão de um único termo ou nomenclatura está sendo utilizado para identificar diferentes ideias. Impossível alcançar minimamente uma proposta de solução a problemas reais, quando o problema semântico impede os agentes do debate de adentrar no cerne da questão.

No presente trabalho, pontua-se que há um problema semântico na utilização dos termos democracia e liberdade de expressão. Ambas as ideias dizem respeito a conceitos antigos que assumiram diversos significados e formatos ao longo do tempo. Portanto, antes de adentrar ao debate do problema real entre essas ideias e suas conseqüentes ações, faz-se necessário primeiro esclarecê-las.

### 2.2.2 As aparentes contradições inerentes à tensão interna da síntese democrático-liberal

Para além da ideia genérica de que todos são iguais, o regime democrático tem como preceitos principais: a igualdade política, qual seja, o sufrágio universal, e mais recentemente a ideia de que qualquer cidadão pode ser votado, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos em lei; a igualdade social que significa na prática ausência de tratamento diferenciado dos cidadãos em razão de sua classe social dada pela lei ou pelas demais instituições de direito; e igualdade de oportunidade no acesso às políticas públicas, mercado de trabalho, etc. Assim, a democracia moderna está disposta a renunciar liberdades, desde que não seja um sacrifício tão alto, em nome da busca por mais igualdade (SARTORI, 1994, p. 115-116).

Há aqui, portanto, uma aparente contradição entre liberdade e democracia, quanto mais se busca a liberdade individual torna-se mais distante alcançar o bem comum e equilibrar as vozes de todos ou pelo menos da maioria. E quanto mais democrático o Estado mais esse deve ser atuante no sentido de equilibrar as desigualdades sociais e garantir a igualdade, então isso significaria menos autonomia individual para o sujeito buscar seus sonhos e felicidade. Parecem incompatíveis os dois conceitos quando vistos sob a ótica originária e mais radical de liberdade.

Em uma análise da relação entre liberalismo, aqui entendido como direitos à liberdade e não sistema econômico e democracia, Bobbio (2000, p. 53) aponta que podem existir três modos que esses dois conceitos se relacionam, podendo haver uma possível, uma impossível, ou uma necessária relação entre eles. Primeiro, os dois seriam compatíveis, sendo possível a coexistência entre eles. No segundo caso entende que esses institutos são contrários, pois um Estado que se

propõe democrático ao extremo vai de encontro com o Estado liberal em seu formato conservador, pois aquele requer um Estado Social, não se adequando assim ao conceito de estado mínimo do liberalismo. E por fim, seria a democracia e as liberdades uma relação necessária, pois essas últimas só se realizam em um Estado democrático de direito, e esse só é verdadeiramente democrático quando salvaguarda os direitos fundamentais do indivíduo, inclusive o direito à liberdade.

Contudo, o liberalismo passou a ser aceito como elemento democrático ao longo dos anos, em parte como solução ao avanço do socialismo na democracia. No lugar em que antes o liberalismo e a democracia eram colocados em extremos opostos passou-se a permitir e até defender sua união de modo a evitar que o socialismo, sinônimo de pobreza e destruição do Estado, tivesse sucesso na sua jornada para chegar ao poder (SARTORI, 1994, p. 152-153).

Assim, o liberalismo passou a se imbuir dos fundamentos democráticos, enquanto a democracia teve influências dos direitos de liberdade, mas em menor escala. Desse modo, Bobbio (2000, p. 43) afirma que Estados liberais não democráticos não são mais possíveis, pois há relação de interdependência entre a defesa dos direitos fundamentais, base do Estado liberal, e os princípios democráticos, um necessitando do outro para existir.

Afinal, os direitos servem a nós mesmos de maneira individual ou à coletividade? O sujeito seria detentor dos direitos ou estaria a serviço desses? Na concepção democrática os direitos seriam, por mais contraditório que pareça, deveres para com os demais sujeitos, de modo a promover a justiça. Por seu turno, o individualismo do Estado liberal defende o indivíduo do Estado e do restante da sociedade, o Estado democrático, ainda que formado por indivíduos estes estão em harmonia e em comum acordo para que possam formar uma união (BOBBIO, 1999, p. 381-382).

Zagrebelsky (2011, p. 59) pontua que a visão católica antiga entende que os direitos fazem parte de um todo, assim como o homem tem seu lugar, todos os outros entes naturais também o possuem e esse lugar precisa ser respeitado. Portanto, nessa concepção não há que se falar em busca pela autonomia individual, o qual é visto até mesmo como elemento destruidor da ordem natural, na qual o homem está incluído, não devendo ser superior ou privilegiado de alguma forma.

Observa-se um senso de defesa de justiça na concepção católica na qual o sujeito deve ser guiado por seus deveres, enquanto a concepção liberal é vista de maneira egoísta pois guiada pelos desejos individuais do homem. Mais ainda, na visão dos direitos como viabilizador da vontade do homem, os direitos são ilimitados. Já na perspectiva de direitos como viabilizadores da

justiça os limites são necessários, pois a vontade individual é vista de modo prejudicial à promoção da justiça (ZAGREBELSKY, 2011, p. 66-67).

Assim, surge um novo liberalismo marcado fortemente pelos preceitos democráticos resultando na democracia liberal. Seria ela a democracia moderna. De suma importância, contudo, o estabelecimento da ordem das coisas, pois não há que se falar em uma interdependência equilibrada na relação entre democracia e liberalismo, entendido aqui como liberdades, porquanto a liberdade é o elemento intermediário para obtenção da igualdade. Todavia esta última não intermedia o alcance da primeira. Em outras palavras, faz-se necessário primeiramente que os sujeitos sejam livres para que se possa alcançar a igualdade entre eles, enquanto o contrário não é verdadeiro. Pois, impossível realizar o caminho inverso, partindo da igualdade entre os seres para então conquistar sua liberdade (SARTORI, 1994, p. 173).

A referida liberdade não é aquela sem restrições, mas sim uma liberdade em função da democracia, ou seja, podendo sofrer limitações e ajustes para que se adeque aos fins democráticos de igualdade, justiça social e bem-estar comum. Caso não seja vista dessa forma, a lógica da liberdade como meio para o alcance da igualdade não faz sentido, já que a versão irrestrita de liberdade, sendo extremamente contraditória e distante do preceito de igualdade, jamais seria caminho para atingi-lo.

A democracia liberal não é a democracia autêntica se se pensa que autêntica é aquele primeiro modelo de democracia direta. Está-se diante de uma democracia reformulada para os tempos atuais. Apesar de não a considerar verdadeira, Sartori é defensor da democracia liberal, pois sem esta, haveria uma democracia considerada invasiva, restritiva e até mesmo totalitária pelo cidadão dos dias de hoje. A democracia governada pelo coletivo só era possível porque não havia Estado, logo a sua versão autêntica se torna inviável nos tempos atuais em razão da necessidade de um Estado (SARTORI, 1994, p. 174).

O Estado democrático de direito valoriza a liberdade, por ser uma grande responsável pelo desenvolvimento do cidadão e pressuposto para outros direitos fundamentais caros a esse governo, contudo o sentido dessas liberdades se afasta da preocupação com a autonomia individual, e se aproxima da dimensão social e coletiva desse direito. Sendo assim, a aparente contradição dentro de um regime governamental que preza tanto pela liberdade quanto pelos preceitos de igualdade só é verdadeira caso a concepção da liberdade não esteja democraticamente moldada.

### 2.2.3 As dimensões e acepções da liberdade de expressão

O Estado pode ser tanto um propulsor como um desencorajador do discurso livre, (FISS, 1998, p. 83). No contexto do Estado liberal apresentado na subseção anterior, pode-se pensar que a dimensão libertária da liberdade de expressão era irrestrita, sem limitação do conteúdo divulgado, e até mesmo sem qualquer tipo de regulação. Corrobora a esse entendimento o fato de a liberdade de expressão encontrar-se na primeira dimensão quando se fala de classificação dos direitos fundamentais no Brasil, a qual abarca os direitos de natureza negativa, que devem sofrer nenhuma ou pouca intervenção estatal, devendo este defender e garantir o máximo de autonomia individual do sujeito (SARLET, 2012, p. 46-47)

Ocorre que há regulação na concepção libertária da liberdade de expressão apresentada até aqui, qual seja, a regulação do mercado de ideias. Uma vez que há uma incredulidade em qualquer forma de regulação estatal, é dada a prerrogativa de regulação ao próprio mercado, acreditando que a livre circulação de ideias seja capaz de fazer emergir a verdade e descartar os erros ou as mentiras por conta própria.

De acordo com Restrepo (2013, p. 386), há uma crença *prima-facie* de que o mercado de ideias seria um excelente mecanismo para assegurar a autonomia individual e coletiva. A proposta do mercado aberto de ideias, sem regulação estatal, teria o intuito de deixar os cidadãos livres para acessar, receber, julgar, investigar todos os tipos de informações de modo a engrandecer o debate público e a democracia. Nesse modelo entende-se que não cabe ao Estado dizer qual conteúdo é verdadeiro, relevante, científico e digno de divulgação ou restrição, mas sim, ao próprio cidadão realizar tal avaliação por conta própria, transferindo esse poder e essa responsabilidade ao receptor e emissor da expressão. Há a necessidade, portanto, de confiar no cidadão e no exercício de sua liberdade, de modo a não interferir em suas escolhas, ainda que determinado discurso venha a ser excluído pela maioria ou por minorias detentoras de poder, esse seria o resultado natural e permitido pelo livre mercado de ideias<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> De acordo com Machado (2002, p. 247-248) a premissa de que por meio do mercado de ideias há maior probabilidade de se alcançar a verdade está ultrapassada, tendo em vista que é impossível afirmar com certeza que a opinião que prevalece através do amplo debate é de fato verdadeira. Sendo assim, o autor se distancia desse entendimento, e de modo mais realista afirma que o que se observa, no mercado de ideias é a “sobrevivência e a coexistência de diferentes ‘verdades’, contraditórias entre si, traduzindo diferentes consensos, os quais embora dominem em determinados contextos institucionais, sociais e culturais, dificilmente poderiam ser objecto de um assentimento ou de uma imposição universal”.

No controle exercido pelo mercado de ideias, a liberdade de expressão fica sob o comando dos próprios sujeitos detentores desse direito, e não só sujeitos, mas empresas de meios de comunicação, sob as quais recaem as principais críticas a esse modelo de regulação, uma vez que essas visam o crescimento financeiro próprio e deixam de lado a igualdade e o equilíbrio nas pautas e informações divulgadas. Restrepo (2013, p. 386) descobriu, por meio de pesquisa realizada no mercado de ideias dos Estados Unidos, que no tocante a produção de conhecimento esse modelo possui um desempenho ruim, e incapaz de fazer aquilo que se propõe, qual seja, a maximização das informações de maior interesse para o público. As pessoas entrevistadas não foram capazes de responder perguntas básicas acerca de assuntos e acontecimentos internacionais do período corrente. Logo, a mídia governada por um grupo pequeno de empresas acaba exercendo um tipo de domínio sobre o mercado que é livre, mas se torna desigual. O que resulta em uma liberdade para que os detentores do controle da mídia designem quais informações são divulgadas para a população.

E aqui é importante destacar que o problema do domínio está justamente na forma de expressão em larga escala através da televisão, rádio, internet ou qualquer outro meio capaz de alcançar um grande número de pessoas. A expressão entre particulares ou de baixa escala no círculo de pessoas próximas ao indivíduo não exerce o domínio da população. Ocorre que o livre mercado de ideias está a serviço de todos, grandes ou pequenos, indivíduos ou empresas que comandam os meios de comunicação, e nesse último caso o resultado parece diminuir o valor da proposta de liberdade.

O mercado de ideias como regulador dentro da visão liberal do direito à liberdade de expressão prima por preservar o livre discurso de todos mas acaba sacrificando a igualdade e a integridade das competições econômicas, relações comerciais e concorrência eleitoral, aspectos importantes para a manutenção da sociedade atual.

Logo, a liberdade de expressão passou a ter uma concepção democrática, na qual não se prima pela defesa da autonomia individual ou pela liberdade negativa, mas por uma liberdade a serviço da coletividade, com papel instrumental, uma liberdade positiva. Nessa concepção, destaca-se a dimensão social da liberdade de expressão, o que implica no direito de ser informado, de consumir informações, para que o sujeito possa ter acesso ao maior número de versões acerca de um mesmo fato e formar sua crença com autonomia. Ainda que vise beneficiar o todo, a livre

circulação de ideias é capaz de fomentar o debate e permitir o auto desenvolvimento dos sujeitos de maneira individual (GOLTZMAN, 2022, p. 82).

Para além dos preceitos de igualdade e sufrágio universal essenciais a toda democracia, a garantia da participação ativa dos cidadãos no governo que se diz democrático também é pilar para esse tipo de regime. Sendo assim, o direito à liberdade de expressão é fundamento e agente viabilizador de um governo participativo que vai além da ida até às urnas no dia da eleição. Ao cidadão é preciso estar salvaguardado o direito de manifestar publicamente acerca das qualidades e defeitos dos representantes que estão no poder (WARBURTON, 2020, p. 9-10).

É bem verdade que a visão democrática da liberdade de expressão possui mais limites, ou pode vir a ser mais limitada em nome da democracia, quando comparada à visão libertária do mesmo direito. Ainda assim, é preciso reconhecer que existem limites aos limites atribuídos à liberdade de expressão pelo Estado, pois sem esse direito, sem a voz ativa dos cidadãos para manifestar suas eventuais insatisfações com o governo não haveria democracia, mas sim tirania. A restrição à liberdade de expressão não é e não pode se tornar idêntica à censura, devendo ocorrer somente em situações em que a democracia ou os fundamentos democráticos estiverem efetivamente ameaçados. É preciso ter cautela, portanto, e ao Estado democrático cabe identificar a linha tênue entre restrição e censura, sob pena de cercear a liberdade de expressão em nome da democracia e acabar destruindo a mesma.

No Estado democrático de direito, é concedido ao Estado o poder de regular a liberdade de expressão, sob a condição de que esse seja regulado pelo povo. Em outras palavras, o governo deve ser transparente, com ampla publicidade e direito à liberdade de imprensa e liberdade do povo para fiscalizar aqueles que estão no poder e suas respectivas condutas (OLIVEIRA, REPOLÊS, PRATES, 2018, p. 223).

Daniel Sarmiento (2007, p. 5) denomina de ativista a versão da liberdade de expressão apontada como democrática até aqui. Dessa forma, enquanto na visão libertária a regulação da liberdade de expressão fica a cargo do mercado de ideias, na linha ativista é papel do Estado regular esse direito, inclusive dando ao mercado o tom de equilíbrio que lhe falta. Tirando de uns o poder de fala e concedendo a outros de modo a criar um espaço justo ao exercício do discurso livre.

A liberdade de expressão possui limites dentro da democracia no sentido de evitar que determinados discursos, sob o argumento de serem livres, venham a abalar a igualdade entre os cidadãos. Sem muita controvérsia são proibidas expressões de ódio, discriminatórias, caluniosas,

difamatórias em direção à alguma pessoa ou grupo de pessoas, que venham a diminuí-los ou ofendê-los de alguma forma tornando-os desiguais ou indignos de gozar de quaisquer direitos. Em nome da democracia e da igualdade entre os sujeitos são estabelecidas algumas outras tantas restrições ao conteúdo, forma, meios de veiculação e período do discurso. Nesse caso, “a igualdade política é anterior ao discurso: quando a liberdade de expressão aumenta a igualdade política, o discurso prevalece; quando a fala é regulada para aumentar a igualdade política, no entanto, a regulamentação prevalece” (SULLIVAN, 2010, p. 148).

O Estado, ao contrário do mercado, teria interesses mais legítimos de promoção e manutenção da manifestação do pensamento igualitária, pois o Estado não intervencionista permite que o mercado regule a expressão e esse não está preocupado com paridade de oportunidades de fala, mas em seus próprios interesses<sup>8</sup>. Contudo, o modelo de regulação estatal não está livre de críticas, qual seja, uma das principais, o seu efeito silenciador no qual os meios de comunicação passam a não veicular alguns conteúdos com receio de sofrerem sanções sejam financeiras ou obrigatoriedade de veicular outros temas. O Estado, ao regular, muitas vezes parece não levar em consideração o fator humano, uma vez que esse busca a felicidade e a liberdade e foge da repressão. Se determinado comportamento prático é reprimido, ele por lógica evitará cometê-lo novamente. O que ao invés de estimular o debate, poderia acabar reprimindo-o, resultando no efeito contrário ao objetivo inicial do equilíbrio das vozes.

Além disso, a ideia de democracia apesar de ter originado do governo do povo, atualmente se revela em um governo de poucos representantes políticos que defendem seus interesses ou os de pequenos grupos uma vez que foram eleitos por uma parcela da população e não por sua totalidade. Nesse sentido, a regulação do Estado sobre a liberdade de expressão parece ser pior que a regulação do mercado, que tem como vantagem a participação direta dos sujeitos acerca dos discursos que importam.

Apesar da crítica, a realidade do Brasil desigual requer que o Estado exerça uma postura de mediador, uma vez que a inércia do governo é incapaz de garantir direitos, nem mesmo os classificados como negativos. Sendo assim, a regulação estatal possui a missão de construir um espaço propício para a participação pública e para o livre desenvolvimento das crenças particulares de cada cidadão (SARMENTO, 2007, p. 20).

---

<sup>8</sup> Francisquini (2014, p. 201) aponta que a regulação feita pelo Estado pressupõe sua moralidade, o que provavelmente não consegue cumprir. Portanto, para que o Estado seja capaz de agir em prol da coletividade e do equilíbrio de mercado é necessário haver uma gerência sobre o controle governamental.

Assim como o Estado pode ser tirânico, as entidades privadas também podem. Uma saída encontrada pelo Estado brasileiro é o de dar até certa medida de liberdade para os meios de comunicação. Mas fazer uso de leis e decisões judiciais, quando necessário, para estabelecer o equilíbrio social no tocante ao direito à livre expressão (COELHO; POMPEU, 2017, p. 17).

Existe a falsa ideia de que regulação significa restrição com sentido pejorativo ou mal visto. O mercado de ideias é um tipo de regulação, enquanto a regulação estatal é outro tipo. Sendo assim, é preciso escolher qual o propósito principal do Estado para então tomar uma decisão entre um e outro. O controle do Estatal pode ser sufocante e perigoso, assim como o mercado também o pode, principalmente quando está sobre o domínio de poucos como no caso brasileiro, todavia o trabalho e os motores do primeiro servem mais aos propósitos democráticos que os do último (SUNSTEIN, 1995)<sup>9</sup>.

O Estado democrático de direito é marcado pela defesa dos direitos fundamentais, assim como no Estado liberal, mas sob uma nova perspectiva de moderador do exercício desses direitos, deixando de lado a ideia de Estado não interventor. Nesse novo formato requer-se uma postura mais ativa do Estado, não só como garantidor, mas também como promotor dos direitos fundamentais, atuando de forma intervencionista quando necessário para dar voz aos menos favorecidos e excluídos, economicamente, politicamente etc., estimulando assim o pluralismo de ideias. Isso não significa dizer que a atuação do Estado não terá limites, porque, no caso brasileiro, é vedada a censura prévia e haverá sempre o controle e a fiscalização mútua entre as instituições de direito.

Portanto, a liberdade de expressão é primariamente um direito individual, mas possui uma dimensão de maior alcance, pois contém relevância social e política, e por esse motivo transcende a esfera do sujeito. A liberdade de expressão não é concebida de maneira isolada, mas sim dentro do sistema democrático de direito, no qual convive em harmonia com os demais direitos fundamentais. Sendo assim, a sociedade democrática tem como fundamento uma espécie de

---

<sup>9</sup> Com o avanço do uso da internet, por um número cada vez maior de pessoas, o argumento do domínio de pequenos grupos sobre os meios de comunicação se enfraquece. A internet como principal meio de comunicação da atualidade democratiza o acesso dos cidadãos ao debate público, a produção e o consumo de informações. Ainda assim, existe um certo controle das mídias sociais e conteúdos compartilhados na internet, uma vez que esses últimos podem ser patrocinados, ou seja propaganda pagas para que possam ser impulsionadas e alcancem um maior número de usuários.

liberdade de expressão com responsabilidade e não qualquer liberdade (COELHO; POMPEU, 2017, p. 24)<sup>10</sup>.

## **2.3 Liberdade de expressão e propaganda eleitoral no Brasil**

### **2.3.1 O sentido da liberdade de expressão no direito eleitoral**

O direito eleitoral revela-se como uma área recente, e, por essa razão, ainda imatura em suas legislações e jurisprudências. Isso pode ser constatado pela ausência de princípios bem estabelecidos nessa seara do direito, onde cada doutrinador elenca uma lista dos princípios que entende corretos e mais ainda os ranqueia também conforme lhe parece apropriado. Além disso, a legislação não é uniforme e estável, havendo mudanças significativas a cada véspera de ano eleitoral e muitas vezes advindas do judiciário, cuja função precípua não é legislar, quando deveriam vir do legislativo, poder competente para tanto (OSÓRIO, 2017, p. 131).

Entretanto, o direito à liberdade de expressão é um princípio unânime dentro do direito eleitoral considerado por pesquisadores, doutrinadores, legislador e judiciário, por ser entendido como fundamental para o pleno exercício do princípio democrático e o amplo debate público imprescindível para a disputa eleitoral. Tal importância para a democracia não se dá somente no período das eleições, mas também durante todos os anos de governo daquele representante eleito, pois é através da informação e debate que há a possibilidade de reflexão acerca da qualidade da gestão, responsabilidade e prestação de contas do detentor de mandato (ABREU, 2018, p. 19).

Em outras palavras, a liberdade de expressão deve ser estimulada no processo eleitoral por ser um direito bastante utilizado pelos seus agentes, tanto ativos quanto passivos. Os candidatos precisam divulgar suas opiniões, propostas, ideais, isto é, manifestam seu pensamento com mais vigor do que o restante dos cidadãos brasileiros durante a disputa eleitoral, pois têm a necessidade de se fazer conhecidos e conquistar votos. Os eleitores, por sua vez, também fazem uso da liberdade de expressão ativamente durante os debates, mas principalmente se beneficiam passivamente do direito de ser informado, de modo a conhecer os candidatos e partidos e conseqüentemente formar

---

<sup>10</sup> Segundo Machado (2002, p. 257) isso não significa dizer que a liberdade de expressão em sua dimensão instrumental e coletiva desconsidera a função de garantia da autonomia individual, tendo em vista que esta última é fundamental para o exercício da função democrática da liberdade de expressão.

seu convencimento e opção de voto. A figura pública e principalmente aquela que se diz a melhor escolha para representar os demais cidadãos no poder público está passível de uma certa investigação feita pelos eleitores, meios de comunicação e demais concorrentes acerca de sua trajetória de vida e acerca da veracidade de suas afirmações (OSÓRIO, 2017, p. 129).

Como se trata de uma competição, é preciso que sejam criadas regras para regular o processo. Sendo assim, para além da liberdade de expressão, existem outros princípios e outros argumentos de caráter não tão principiológico assim que são tidos como fundamentais também para a manutenção de uma disputa eleitoral justa e hígida, quais sejam: o princípio da paridade de armas ou igualdade de oportunidades entre os concorrentes ao pleito, direitos da personalidade, questões acerca da diminuição dos gastos de campanha, preservação da moral do discurso durante os debates, e por fim, o princípio democrático que possui diversas conotações e derivações a depender de como é interpretado.

O que se tem observado é que no processo eleitoral o direito fundamental à liberdade de expressão tem sido suprimido pelos valores acima referidos. Ocorre que alguns desses direitos obedecem ao pré-requisito estabelecido na subseção 2.1.2 acerca da necessidade de a restrição advir de outra norma constitucional ou ser constitucionalmente fundamentada, enquanto outros não cumprem com essa regra, fato esse que se sobressai e revela um problema a ser discutido (OSÓRIO, 2017, p. 132).

Isso ocorre por diversos fatores, dentre eles a certa juventude da regulação e jurisprudência em matéria eleitoral que não conseguiram ainda fazer uma aplicação e interpretação ao direito eleitoral com base na Constituição Federal. Verifica-se que a legislação eleitoral, em especial o Código Eleitoral promulgado em 1965, ainda possui resquícios do período da ditadura militar que acabam não dando à liberdade de expressão o destaque e a primazia devida de acordo com a Constituição Federal de 1988, a exemplo do art. 242<sup>11</sup> do referido código que busca separar a propaganda eleitoral da criação de estados emocionais nas pessoas, por mais incoerente que pareça, segue em vigor no ordenamento jurídico atual, sem ter sido julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, apesar das inúmeras oportunidades.

---

<sup>11</sup> Art. 242 do Código Eleitoral dispõe que “A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais”.

Ademais, a legislação eleitoral também possui um caráter paternalista<sup>12</sup>, no sentido que vislumbra o eleitor como uma criança, limitado, incapaz de tomar decisões de forma autônoma, de convencimento facilmente manipulável. Portanto, o Estado acaba tutelando o eleitor de forma exagerada, quase que como um pai pegando na mão do filho pequeno, para que não faça escolhas erradas, e apontando o caminho certo.

Somado a isso, a disputa eleitoral adquiriu um aspecto de jogo sujo. É bem verdade que há muita corrupção, manipulações, mentiras nesse meio, contudo não se pode generalizar todo o processo eleitoral como algo corrupto e imoral, quando na verdade é através dele que são escolhidos os representantes públicos e conseqüentemente mantém-se, assim, o Estado democrático de direito em vigor. A restrição à liberdade de expressão dentro do direito eleitoral muitas vezes visa retirar dos candidatos o poder de corromper, coagir, e manifestar discursos imorais. Contudo, tais ações são inerentes ao ser humano e não somente à figura do candidato. Por ser constituída por seres humanos a disputa eleitoral está sujeita aos vícios e falhas desses. A restrição à liberdade de expressão, nesse aspecto, se justifica pelos antecedentes ruins da política, pelos candidatos e representantes de pouca qualidade.

Nesse contexto, Osório (2017, p. 136-140) destaca a falta de sistematização da legislação eleitoral. Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro conta com algumas leis sobre a temática eleitoral, as quais são alteradas com grande frequência e ainda diversas resoluções do TSE editadas para cada ano eleitoral. Em 1997, o intuito da edição da Lei das eleições nº 9.504 era o de evitar o casuísmo, contudo esse ainda é bastante visto. Observa-se a falta de coerência e segurança jurídica nas decisões judiciais, que refletem o contrassenso das legislações, mas também da cultura judiciária do Brasil que ainda não respeita os precedentes na prática e, portanto, os tribunais e juízes eleitorais não decidem de forma uniforme. A mudança frequente na composição dos tribunais agrega ao resultado de decisões muito diferentes e até contrárias acerca do mesmo tema.

Nesse sentido, a reforma legislativa de 2015 representa um marco de restrição à liberdade de expressão no processo eleitoral, pois trouxe várias limitações desde o tempo de campanha reduzido, limitações na forma e no conteúdo da propaganda eleitoral e a vedação de arrecadação de recursos de campanha advindas de doações de pessoas jurídicas, entre outras. Por ser a propaganda eleitoral o principal meio e período para o exercício da liberdade de expressão

---

<sup>12</sup> Isso porque diversas previsões legais são promulgadas visando proteger o eleitor, pressupondo ser esse incapaz de fazê-lo por conta própria, e de proteger a integridade do processo eleitoral. Ocorre que a referida postura do legislador eleitoral prejudica a autonomia decisória do eleitor, fundamento caro para o processo democrático.

utilizado pelos agentes do processo eleitoral, as nuances dessa temática serão analisadas de forma mais aprofundada neste trabalho.

### 2.3.2 Os exemplos que demonstram que no âmbito da propaganda eleitoral no Brasil a regra é a da restrição à liberdade de expressão

O discurso político em geral faz parte do escopo de proteção do direito à liberdade de expressão. Ocorre que o discurso eleitoral, como parte integrante do discurso político, tem recebido um tratamento diferenciado uma vez que tem se observado mais restrições estatais a ele, quando comparado ao restante dos discursos políticos. A propaganda eleitoral, nesse sentido, é a principal modalidade de discurso eleitoral, e, por isso, de expressão livre, durante esse período, tendo em vista que é a estratégia amplamente utilizada pelos candidatos para se fazerem conhecidos.

O direito à liberdade de expressão dá ensejo a autodeterminação democrática do indivíduo, ao passo que o somatório dos desejos individuais se traduz na também essencial formação livre dos valores e interesses coletivos a serem seguidos pela sociedade. “Daí que as restrições às diversas dimensões da liberdade individual afetem tanto a autodeterminação democrática da comunidade como o que sucede com as restrições à liberdade de expressão” (MACHADO, 2002, p. 263). Nesse sentido, demonstra-se que o discurso eleitoral, marcado pelo seu teor de propaganda, faz parte da proteção à liberdade de expressão, principalmente quando se coloca em perspectiva a sua função de autodeterminação democrática para o indivíduo.

A legislação brasileira não conceituou a propaganda eleitoral de forma positiva, havendo somente um conceito negativo daquilo que não é permitido na propaganda eleitoral antecipada e das exceções permitidas nesse período denominado de pré-campanha. De pronto, percebe-se que a conceituação negativa demonstra uma postura do Estado de limitador e não de mero assegurador do debate público (ABREU, 2018, p. 20).

De acordo com Gomes (2020, p. 715), “denomina-se propaganda eleitoral a elaborada por partidos políticos e candidatos com a finalidade de captar votos do eleitorado para investidura em cargo público-eletivo”. É o que se depreende do art. 36-A da Lei nº 9.504/97 que prevê algumas ações permitidas no período de pré-campanha, “desde que não envolvam pedido explícito de voto”. Sendo assim, o objetivo principal e final do partido ou candidato é angariar votos dos eleitores, mas, para tanto, são utilizadas diversas estratégias e ferramentas de conquista do eleitorado tanto

positivas com a divulgação de propostas, feitos do passado, exaltação de qualidades pessoais, quanto negativas com a apresentação de críticas, falhas e defeitos dos candidatos adversários. A propaganda eleitoral não se restringe ao pedido de voto, apesar de ser seu alvo final, mas envolve todo o discurso que busca convencer o cidadão de que um candidato é o mais preparado para exercer o mandato eletivo em disputa, quando comparado com os demais concorrentes ao pleito.

De acordo com Rais (2020, p. 39) a propaganda eleitoral possui restrições de caráter: a) temporal que dizem respeito ao tempo de campanha permitido; b) material, no qual regula-se o tipo de conteúdo passível de divulgação; c) formal, por meio do qual a legislação e a Justiça Eleitoral limitam o tamanho, local, meio físico e outras configurações;

No aspecto temporal, constata-se que, antes da reforma legislativa de 2015, o período de campanha eleitoral era de aproximadamente noventa dias, o qual foi reduzido para um período de aproximadamente quarenta e cinco dias, com início no dia 16 de agosto do ano eleitoral até a data do pleito. Sendo assim, antes da data permitida em lei, em regra os atos típicos de campanha, quais sejam, os esforços voltados à conquista de votos dos eleitores restam proibidos.

O artigo 36-A da lei das eleições prevê algumas exceções que podem ser praticadas na pré-campanha, desde que não reste caracterizado o pedido de voto. Pela análise isolada do referido artigo, seria possível interpretar conforme Abreu (2018, p. 21), que entende que quando não houver pedido de voto o discurso faz parte do escopo de proteção da liberdade de expressão. Contudo, esse entendimento não é pacífico, muito menos majoritário na doutrina e na jurisprudência brasileira.

De início, pontua-se que o Tribunal Superior Eleitoral foi além da previsão legal que faz uso da expressão “pedido de voto explícito” e estabeleceu que outras expressões com a mesma conotação e o mesmo intuito de pedir voto, ainda que implicitamente, também estão proibidas antes do dia 16 de agosto. Tais expressões são conhecidas como palavras mágicas e devem conter a mesma carga semântica do pedido de voto, como “apoiem”, “elejam”, “conto com seu apoio para me levar à vitória”, entre outros.<sup>13</sup>

Para Coura (2019, p. 102-103), não é a simples presença ou ausência de pedido expresso de voto que caracteriza uma manifestação como sendo ou não uma propaganda de cunho eleitoral. As manifestações realizadas na pré-campanha, ainda que sem o pedido expresso de voto, possuem o fim de angariar votos, afinal qual outro motivo do candidato exaltar suas qualidades pessoais, divulgar suas propostas de governo, entre outras estratégias, senão conquistar a aprovação

---

<sup>13</sup> Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 10-87, Aracati/CE, rel. Min. Jorge Mussi, em 01/03/2018.

do eleitor e conseqüentemente ganhar seu voto? Sendo assim, todo discurso eleitoral ou político realizado antes do dia 16 de agosto está sujeito às regras da legislação eleitoral brasileira<sup>14</sup>.

Nesse sentido, a Resolução nº 23.610/19 do TSE prevê que constitui propaganda antecipada a mensagem que veicula conteúdo eleitoral em local vedado ou por meio, forma ou instrumento proscrito no período de campanha. Em outras palavras, as regras aplicáveis à propaganda eleitoral após o dia 16 de agosto, valem para todo o discurso político prévio a essa data. Esclarecendo, portanto, que não são um marco temporal e a ausência de pedido de voto expresse elementos capazes de transformar manifestações claramente eleitoreiras em mero exercício da liberdade de expressão rotineiro e comum sem qualquer intenção política (COURA, 2019, p. 102-103).

Ademais, o Tribunal Superior Eleitoral, em julgamento de 2018, relativo ao pleito de 2016, de relatoria do Ministro Jorge Mussi<sup>15</sup> firmou entendimento no sentido de que além do pedido explícito de voto, outra forma de se reconhecer a ilicitude da propaganda realizada no período de pré-campanha, seria nos casos em que for identificada violação ao princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos, através de gastos exagerados, ou seja, desproporcionais quando comparados ao candidato médio, os quais podem ser constatados por meio dos critérios de "reiteração da conduta" , "período de veiculação" , "dimensão" , "custo" , "exploração comercial" , "impacto social" e a "abrangência", de acordo com o voto Ministro Admar Gonzaga no referido julgamento.

A legislação previu uma restrição temporal para o exercício da liberdade de expressão na forma de propaganda eleitoral, e o TSE estabeleceu limitações adicionais para esse período antecedente ao início da campanha. A liberdade de expressão tem sido preterida em função de outros princípios considerados por diversas vezes na prática como mais importantes para a manutenção de uma concorrência eleitoral justa. É o caso da proteção exacerbada à isonomia entre os candidatos e da sua honra, entre outros, como será exposto adiante neste trabalho (OSÓRIO, 2017, p. 132).

---

<sup>14</sup> Nesse ponto, importante destacar que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral já firmou entendimento acerca da existência dos “indiferentes eleitorais”, ou seja, as manifestações de pretensos candidatos que não possuem qualquer cunho eleitoreiro, a exemplo de mensagens de felicitações natalinas, dia dos pais, aniversário da cidade, entre outros, de modo que essas não podem ser consideradas como típica propaganda eleitoral (TSE - RESPE: 06008855420196050000 SÃO SEBASTIÃO DO PASSE - BA, relator: Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto, Data de Julgamento: 18/08/2020, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 176, Data 02/09/2020).

<sup>15</sup> AgR-REspe nº 43-46/SE, Rel. Min. Jorge Mussi, e do AgR-AI nº 9-24/SP, Rel. Min. Tarcísio Vieira, julgados em 26.06.2018.

A propaganda eleitoral no rádio e na TV não são acessíveis livremente por qualquer candidato, em nome da igualdade de oportunidades, sendo restrita formalmente e materialmente também nessa modalidade de campanha, tendo em vista que seu acesso não pode ser pago e a distribuição de tempo para cada partido ou coligação é feita com base em regras legais. Contudo, a referida distribuição não é realizada de forma igualitária, como o princípio aqui protegido sugere, mas sim, de forma proporcional a depender do número de deputados federais eleitos no último pleito por cada partido ou coligação<sup>16</sup>.

Além do tempo restrito conferido aos candidatos, que não podem pagar para adquirir mais tempo, a propaganda na TV e rádio possuem restrições de conteúdo específicas como é o caso da vedação do uso de “montagens, trucagens, computação gráfica, desenhos animados e efeitos especiais”, previstas no art. 54 da Lei nº 9.504/97, entre outras regras estabelecidas pela legislação que não permitem que o candidato realize sua propaganda de forma ampla e livre no rádio e TV (CONEGLIAN, O; CONEGLIAN, F; SHIROMA, 2018, p. 146).

O uso do *telemarketing* e das mensagens instantâneas por disparos em massa também são proibidas pela legislação eleitoral, restringindo mais meios de divulgação das ideias e propostas políticas dos candidatos ao pleito. A referida vedação à liberdade de expressão não está prevista em lei, mas sim na Resolução nº 23.610/2019 promulgada pelo TSE, que consolidou o entendimento jurisprudencial, já existente, acerca da proibição do uso de telemarketing nas campanhas eleitorais.

De acordo com Osório (2017, p. 180), a proibição acima pressupõe que uma ligação ou mensagem com propostas de candidatos seria incômodo para a população em geral, postura estatal que acaba afastando o cidadão do debate público, ao invés de inseri-lo. Por que permitir a venda de produtos e serviços por meio de ligações e mensagens e não permitir a divulgação dos ideais dos futuros representantes políticos da nação? Essa previsão normativa revela o pouco apreço do sistema eleitoral pela primazia da liberdade de expressão valorizada pelo restante do ordenamento jurídico brasileiro.

A ADI nº 5.122/DF questionou a constitucionalidade do artigo da resolução do TSE que proíbe a propaganda eleitoral por meio de telemarketing, sob o argumento de que este representaria uma restrição desarrazoada ao acesso à informação e às liberdades políticas, de

---

<sup>16</sup> De acordo com Olívar Coneglian, Fabíola Coleglian e André Shiroma (2018, p. 147) a distribuição do tempo de TV e rádio prevista em lei acaba favorecendo os partidos mais antigos e com maior destaque, gerando assim um entrave para os partidos novos. Inexistindo, portanto, a tutela do princípio da paridade de armas nesse contexto.

manifestação do pensamento, de consciência e de comunicação preconizada pela justiça eleitoral e não pelo poder legislativo. Contudo, o STF entendeu que é competente o TSE para regulamentar normas legais, como feito no referido caso, em que entendeu que houve mera regulamentação do art. 243, inciso VI da Lei nº 9.504/97 que prevê “Art. 243. Não será tolerada propaganda: VI – que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;”<sup>17</sup>. O que significa dizer que o direito fundamental à liberdade de expressão estaria sendo sobreposto pelo direito ao sossego público previsto em lei infraconstitucional. Nesses termos, apesar da regulação da propaganda eleitoral ter o intuito de garantir a hígidez do processo eleitoral, o efeito contrário pode estar ocorrendo, ao silenciar excessivamente as vozes do debate.

Há também a restrição à liberdade de expressão que visa proteger o meio ambiente, qual seja a previsão legal que veda a realização de propaganda eleitoral com materiais gráficos em bens públicos e bens de uso comum, além das limitações nos bens particulares. Nesse caso, a proteção ao meio ambiente possui fundamento constitucional, contudo, a medida de restrição da liberdade de expressão revela-se muito mais gravosa em comparação ao benefício trazido para o meio ambiente, com relação a limpeza das ruas da cidade. Ademais, há previsão legal para que os partidos e candidatos tenham um prazo máximo após o pleito para retirar as propagandas de muros e outros locais públicos que venham a poluir o visual e o ambiente urbano. A vantagem trazida à participação política, ao debate público, e à democracia com a permissão das propagandas que hoje são proibidas nas ruas, superaria em grande medida ao pequeno prejuízo percebido pelo meio ambiente, especialmente em um período restrito de quarenta e cinco dias (OSÓRIO, 2017, p. 166-169).

Além disso, de acordo com Saliba (2018, p. 174-175), a proibição da campanha nas ruas acaba privilegiando os candidatos que possuem mais recursos financeiros que conseguem fazer uso de outros meios de propaganda e os candidatos à reeleição que fazem uso da mídia estatal durante todo o mandato para se tornarem conhecidos, e acaba prejudicando os candidatos novos e que detêm menos recursos financeiros que tinham nas ruas uma oportunidade mais acessível de tornarem-se conhecidos pela população em geral.

---

<sup>17</sup> O referido dispositivo legal, que ao nosso ver não condiz com a Constituição Federal especialmente no tocante à liberdade de expressão, apresenta grande contradição em sua aplicação, tendo em vista que outros atos de campanha em tese perturbam mais severamente o sossego da população e são permitidos como é o caso dos comícios, passeatas e carreatas enquanto outros menores a exemplo da propaganda por telemarketing teve sua proibição determinada.

O perigo para a democracia é severo ao obstar a atuação da oposição e daqueles com menos recursos financeiros e poder político e enaltecer os detentores de mandato e os que possuem mais recursos, pois “a excessiva restrição de liberdade na realização da propaganda eleitoral fulmina a candidatura do candidato mais pobre, enquanto que o mais favorecido consegue fazer a campanha com menos liberdade, pois tem mais dinheiro” (SALIBA, 2018, p. 174).

A legislação eleitoral de 2015 passou a proibir os denominados *showmícios*, apresentações artísticas em prol da campanha de determinado candidato. As justificativas para essa vedação são principalmente duas. Em primeiro lugar, o risco de convencimento do eleitor ser fundamentado na associação da imagem e carisma do artista com a do candidato. A restrição demonstra a tratativa paternalista do Estado em relação aos eleitores, a qual pressupõe a incapacidade desse de formar seu convencimento pessoal e escolha de voto de maneira autônoma e coerente. Em segundo lugar, está o argumento da diminuição dos gastos de campanha, ou seja, utilizar-se da redução dos custos com propaganda eleitoral para restringir a liberdade de expressão, determinando quais os meios e formatos que o candidato ou partido devem divulgar seus ideais, ao invés de estabelecer valores limitantes, e dentro desses ser concedida a autonomia devida para usá-los da forma que lhe parecer melhor.

Somado a isso, o candidato mais rico teria capacidade de contratar *show* de maior porte para atrair o eleitorado. Todavia, esse argumento também não se sustenta, uma vez que a legislação proibiu até mesmo apresentações artísticas voluntárias, sem contraprestação. Apresentações artísticas de pequeno porte também poderiam ter sido permitidas com intuito de manter o equilíbrio entre os concorrentes, contudo o legislador optou pela medida mais gravosa de total proibição desse formato de propaganda eleitoral. Mais uma vez, observa-se argumentos não constitucionais se sobrepondo ao direito à liberdade de expressão de maneira desarrazoada (ABREU, 2020, p. 39-40).

No que diz respeito ao conteúdo, a legislação eleitoral estabelece diversos limites materiais daquilo que não pode ser veiculado durante a propaganda eleitoral, previstos principalmente no art. 242 do Código Eleitoral. Ocorre que algumas restrições não possuem contornos cristalinos, como é o caso da proibição de ofensa à honra e à imagem do candidato, e divulgação de fatos sabidamente inverídicos. A norma inclui termos subjetivos como ridicularizar e denegrir a imagem do candidato, fora a grande relatividade da análise do que seria verídico ou não. Sendo assim, no Brasil, a competência para moderar o conteúdo divulgado no período de

campanha eleitoral é do poder judiciário que determina o que se enquadra no escopo de proteção da liberdade de expressão, ou seja, o que é uma mera crítica típica do debate eleitoral e o que ultrapassa essa linha e fere outros direitos e valores caros ao processo eleitoral (ROCHA, 2020, p. 22).

Nesse sentido, muitas vezes a liberdade de expressão tem sido sobreposta, principalmente, pela defesa dos direitos da personalidade dos candidatos, conforme explica Rocha (2020, p. 30):

o que constitui ou não um “ataque pessoal” é uma avaliação um tanto subjetiva. Nessas hipóteses, a experiência demonstra que não tem sido eficiente atribuir aos juízes a tutela da liberdade de expressão. É que a Justiça Eleitoral tem adotado interpretações restritivas às liberdades comunicativas, sobretudo quando está em jogo a proteção da honra e da reputação dos políticos.

Importante destacar aqui que não se trata de uma limitação de toda e qualquer propaganda negativa acerca dos candidatos, uma vez que essa é essencial para a disputa eleitoral, de modo a tornar público os erros, falhas e defeitos dos concorrentes para possibilitar a formação bem informada do voto pelo eleitor. O que a legislação veda são os excessos e abusos de natureza ofensiva e falsa que prejudicam a campanha de determinado candidato ao pleito (PREZOTTO, 2018, p. 43).

Além dos conteúdos difamatórios, injuriosos, caluniosos, e inverídicos, surge uma nova classe de conteúdos passíveis de restrição, quais sejam, aqueles que ainda que verídicos são vexatórios e não possuem qualquer relevância e interesse público, e, portanto, não contribuem para o propósito da propaganda eleitoral e finalmente para o exercício da vontade popular por meio do sufrágio (RAIS; RAMOS, 2018, p. 221).

Diversos são os princípios, ou nem mesmo princípios, mas meras normas infraconstitucionais e dispositivos de resoluções da justiça eleitoral que se sobrepõem ao direito fundamental à liberdade de expressão no contexto regulatório da propaganda eleitoral no Brasil. O livre discurso que deveria ser instigado, as informações acerca dos candidatos que deveriam ser abundantes tanto positivas quanto negativas, ainda que desagradáveis acabam sendo suprimidas por uma atuação excessiva do Estado no período da disputa eleitoral. Os exemplos normativos trazidos na presente subseção, sem o intuito de esgotar o tema, foram capazes de demonstrar a inversão da primazia do direito à liberdade de expressão no processo eleitoral, cuja validade será investigada mais adiante na terceira seção deste trabalho.

### **3 CONTROVÉRSIA EM TORNO DA LEGITIMIDADE DE UMA DEMOCRACIA COM RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

#### **3.1 Estado Democrático de Direito e os modelos didáticos para responder às eventuais contradições entre os dois institutos: democracia e estado de direito**

O Estado democrático de direito possui como marca a garantia das liberdades individuais e a proteção da igualdade desses direitos. Mais ainda, tem como base o princípio da soberania popular que dita que a população participe de modo ativo na discussão e tomada de decisões dos assuntos públicos, participação que não deve se restringir à eleição de representantes para composição das instituições de poder, mas sim em todo o desenrolar do Estado. Nesse sentido, se contrapõe especialmente ao Estado liberal que não tem como prioridade a participação popular e muito menos a igualdade entre os membros do Estado (DA SILVA, 2014, p. 119).

O Estado democrático de direito tem como característica a tomada e a moderação de decisões políticas realizadas justamente e concretamente pelos cidadãos. Esta concepção tem como fundamento uma sociedade democrática, com justiça social, reduzindo assim as desigualdades entre grupos sociais e possibilitando a inclusão social de todos os indivíduos. Para solidificar este projeto, tornam-se necessárias garantias sólidas aos direitos humanos, bem como a implementação de políticas de desenvolvimento social que façam com que os indivíduos exerçam à plenitude seu direito à dignidade e à autonomia.

Além disso, no novo paradigma de Estado, há um caminho necessário que requer proceduralizar o direito, sendo assim, a democracia proporciona regras e processos a serem seguidos na tomada de decisões estatais, marcada pela participação efetiva e necessária dos cidadãos (FERNANDES, 2020, p. 331).

O Estado democrático de direito está previsto na Constituição Federal brasileira vigente como fundamento constituinte da República Federativa em seu artigo primeiro. Enquanto a Constituição Federal portuguesa utiliza o termo Estado de direito democrático, o legislador constituinte brasileiro optou por utilizar o adjetivo democrático para qualificar o Estado como um todo e não tão somente o direito. Dessa forma, os elementos democráticos alcançam todos os aspectos do Estado e da ordem jurídica (DA SILVA, 2014, p. 121).

Outra marca importante do Estado Democrático de direito é sua subjugação total à Constituição Federal<sup>18</sup>, sendo assim, um dos elementos qualificadores do Estado Constitucional. Logo, na democracia, a lei maior, qual seja a Constituição Federal assegura não só a escolha de representantes políticos pelo povo, através de eleições livres e regulares, mas também, a própria primazia da Constituição, a defesa dos direitos fundamentais, e regras de processo e procedimento aptas a conferir segurança jurídica aos cidadãos (MORAES, 2014, p. 06).

A Constituição brasileira de 1988, no intuito de fazer valer a autêntica participação dos cidadãos na esfera política, propiciou tanto a forma, tida como clássica, ou mais comum de participação indireta do povo através da eleição, por meio de sufrágio secreto e universal, de representantes públicos nas instâncias do poder executivo e legislativo, mas também garantiu outros formatos de participação direta, como a iniciativa de lei popular, a ação popular, o plebiscito e o referendo.

Desse modo, o novo paradigma é uma tentativa de união entre a democracia e o direito, e mais que isso entre a Constituição e a democracia. Ocorre que como Bonavides, Miranda e Agra (2009, p. 13) apontam “O problema, entretanto, permanece: como resolver a tensão entre Democracia como mudança, transformação, conquista de direitos e Constituição, como preservação e garantia de direitos conquistados”. Ademais, é possível perceber eventuais contradições entre o Estado de Direito, tido como liberal, e a democracia, marcada principalmente pela defesa do princípio da igualdade, o que geraria certa ingenuidade na previsão do Estado democrático de direito brasileiro ou pelo menos uma previsão abstrata, sem efetividade plena real.

Apesar de aparentemente contraditórios e de fundamentos paradoxais, os dois institutos, Estado de direito e democracia, possuem uma relação interna de dependência de acordo com alguns modelos didáticos, como o da cooriginariedade de Habermas. Inicialmente, o autor entende que a relação entre os dois institutos se dá em razão da perspectiva do direito moderno, que se caracteriza por ser positivado, coercitivo e garantidor da liberdade. Uma vez que é através do processo democrático de formação das leis que se legitima as decisões passíveis de modificação que derivam de eventuais atitudes coercitivas do Estado. O direito positivado, por sua vez, deve certificar-se de que haja a autonomia de todas as pessoas do direito (HABERMAS, 2002, p. 286).

---

<sup>18</sup> Conforme destaca Alexandre de Moraes (2014, p. 06) o constitucionalismo já era uma das características do Estado de direito, antes mesmo deste ser democrático. Aspecto esse derivado da primazia da lei nesse tipo Estado. Assim, o Estado de direito e o Estado Democrático formam o Estado Constitucional.

Ademais, a obediência às normas pode se dar de duas formas, uma por receio da eventual sanção em caso de desobediência, e outra por respeito genuíno às leis, ao entender que estas foram elaboradas como resultado de um processo de decisão comum e por isso são legítimas. Nesse aspecto, o problema da legitimação das leis aparenta não estar solucionado. A autonomia pública seria assegurada pela soberania popular e o direito de comunicação e participação, ao passo que a autonomia privada do indivíduo seria garantida pelos direitos fundamentais positivados (HABERMAS, 2002, p. 290).

No tocante à dicotomia direitos humanos, defendida pelo Estado de direito a todo custo, e soberania popular, preocupação central em uma democracia, o autor os vê como complementares e necessários um ao outro. Ao passo que é a democracia quem legitima o processo de criação de leis, ou seja, normatização dos direitos fundamentais, esses também não podem ter uma função de limitação externa à atuação do legislador. Sendo assim, “a almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de uma institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos” (HABERMAS, 2002, p. 292).

Nesse sentido, a lei seria vista também como constitutiva e essencial para a democracia, assim como no Estado de direito, porquanto as leis tornam possível a democracia. Portanto, não há que se falar em paradoxo, que existiria em razão da democracia ser fonte de legitimação e o Estado de direito supostamente não possuir necessidade de legitimação, pois trata-se de um caminho só, em que um complementa o outro. A lei fundamental constitui a democracia e a soberania popular legitima essa construção legal (HABERMAS, 2003, p. 159)

Sendo assim, existem níveis de direitos fundamentais que são os referentes às próprias liberdades subjetivas dos cidadãos e os que permitem que os cidadãos produzam, ou tenham papel de autores de direitos, ou seja os direitos à liberdade política e à participação política ativa. Por isso, um depende do outro. Tanto as liberdades subjetivas, marca do Estado de direito, são essenciais para a democracia quanto os direitos à liberdade política e à participação popular são indispensáveis para a formação das leis em um Estado de direito (HABERMAS, 2003, p. 171).

É evidente que na sociedade atual os cidadãos não são os criadores das leis de forma direta, porém é através do processo democrático e dos direitos fundamentais dos cidadãos que se dá a institucionalização jurídica do procedimento que garante sua autonomia pública para que possam exercer seu papel de cidadãos políticos. Em outras palavras, trata-se de um ciclo, um

processo no qual as autonomias privada e pública são recíprocas, sendo impossível estabelecer qualquer primazia entre as duas (HABERMAS, 2002, p. 293).

Para superar o conflito entre as autonomias públicas e privadas, então, atribui a essas uma cooriginariedade, qual seja, a teoria do discurso<sup>19</sup>. Ambas se originam e possuem embasamento no discurso, na linguagem e no diálogo. Não há que se falar em relação de oposição entre as autonomias, mas sim em relação de solidariedade, de dependência entre ambas.

Para Sartori (1994, p. 170), a forma de composição entre os dois institutos, liberalismo utilizado como Estado de direito, se dá por meio de uma dependência entre dois, mas não completa, uma vez que há hierarquia. Isso porque entende que o liberalismo é um meio para a democracia e não o contrário, sendo necessário que haja liberdade primeiro para então alcançar o princípio democrático de igualdade. Não há possibilidade de readquirir a liberdade por meio da igualdade.

A contradição só existe quando se depara com problemas semânticos, de conceituação da democracia antiga em contraposição com o liberalismo. Assim, Sartori defende a democracia liberal que traz a composição entre os dois institutos. Por isso, a democracia liberal seria a democracia em sentido político e não em sentido social e econômico, e nesse caso o Estado democrático seria semelhante ao Estado liberal somente com outra nomenclatura (SARTORI, 1994, p. 169).

Como contradição entre Estado de direito e democracia, o ponto principal, a primazia do princípio da soberania popular no processo democrático. Ocorre que, para Bobbio (1999, p. 380), na democracia da atualidade não há que se falar em soberania do povo, um termo falacioso e abstrato, mas sim, em soberania dos cidadãos, vistos de maneira individual, cada qual com suas vontades.

O Estado de direito é marcado por seu aspecto individualista, portanto, observa-se que há relação interna entre esse instituto e a democracia moderna, já que essa possui uma sociedade com uma concepção individualista. Essa versão de individualismo, contudo, não é a mesma observada no Estado de direito liberal. O individualismo no seu aspecto democrático retrata indivíduos livres que buscam associar-se entre seus similares. Além disso, o indivíduo não está lutando para ser livre em face da sociedade, como no Estado de direito liberal, mas, na verdade,

---

<sup>19</sup> Nessa teoria o uso da linguagem deve contar com a participação racional de todos os indivíduos interessados ou afetados pelas decisões políticas. Habermas sugere um modelo de ação comunicativa que aplicada ao campo da política irá dar origem à ideia de democracia deliberativa, na qual as pessoas interagem através da linguagem, se organizam em sociedade, e buscam chegar a um entendimento a um consenso de forma não coercitiva.

entra em acordo com a sociedade. Mais ainda, o indivíduo não é protagonista da sociedade democrática, porém faz parte dela efetivamente na tomada de decisões em conjunto com outros indivíduos livres, seja direta ou indiretamente (BOBBIO, 1999, p. 381-382).

Em suma, o Estado de direito é uma forma de governo em que a lei e os direitos individuais estão acima dos governados e governantes, estabelecendo limites sobre o poder e as ações do governo. É uma forma de garantir a autonomia privada dos cidadãos e a proteção de seus direitos. Democracia é um sistema de governo no qual o povo é o legítimo detentor do poder e todos os membros da comunidade têm direito a uma voz quando decisões são tomadas.

O Estado de direito e a democracia são interdependentes e devem ser tidos lado a lado. O primeiro protege os direitos dos cidadãos, enquanto a democracia os torna parte da tomada de decisões através da eleição de representantes para garantir que todos os membros da comunidade sejam ouvidos. As leis do Estado de direito ajudam a manter a democracia ao proteger os direitos dos cidadãos, fornecendo um mecanismo de verificação de poder e limitando as ações dos governos mais autoritários. Destarte, o Estado de direito é necessário para assegurar que as leis democráticas sejam seguidas, e a democracia, por sua vez, revela o meio para que o cidadão possa exercer sua autoridade e constituir seus respectivos direitos.

## **3.2 Modelo de equilíbrio de Robert Dahl**

### **3.2.1 Síntese do modelo de equilíbrio de Robert Dahl**

A tensão entre as liberdades individuais e a democracia acaba resultando na ideia de que aquelas são superiores a essa última. Isso ocorre com frequência no momento em que se observa a defesa do direito à liberdade de expressão, quando se entende que esse direito deve ser resguardado acima dos princípios democráticos, no momento de eventual conflito com esses. Há uma visão de limitação do processo democrático frente aos direitos fundamentais, como ótimo exemplo, frente à liberdade de expressão. Colocado de maneira simples, em uma eventual disputa entre o processo democrático e as liberdades, essas últimas deveriam, nessa visão, ser protegidas frente àquele. Não devendo ser permitido que se firam as liberdades em nome da garantia e manutenção do pleno exercício do processo democrático (DAHL, 2012, p. 266).

Ocorre que essa é uma visão equivocada de que os direitos devem ser vistos frente ao Estado, em outras palavras como uma disputa entre Estado e direitos dos cidadãos. Nas palavras de Robert Dahl (2012, p. 267), o direito de governar a si mesmo, viabilizado por meio do processo democrático é um dos direitos fundamentais mais relevantes para um cidadão, equiparado aos direitos fundamentais convencionais.

O direito de se autogovernar advém do princípio democrático de igualdade forte por meio do qual todos os cidadãos adultos possuem a mesma competência mínima para se autogovernar e ninguém alcança uma superioridade ou competência máxima frente a outros cidadãos para governar melhor (DAHL, 2012, p. 151).

Pela lógica, presume-se que a nação se autogoverne em respeito à vontade dos seus cidadãos, promovendo o bem-estar geral, uma vez que ninguém melhor que o próprio ser humano para melhor identificar e melhor defender seus próprios interesses e necessidades, uma vez que nenhum outro ser tem acesso a sua consciência, como ele próprio (DAHL, 2012, p. 158-160).

Além disso, o que a experiência histórica demonstra é que sem a oportunidade de efetivamente tomar decisões ou participar de alguma forma desse processo, os interesses dos cidadãos excluídos muito provavelmente também serão deixados de lado por aqueles que possuem poderes decisórios<sup>20</sup>. Caso não fosse concedida autonomia pessoal para um indivíduo, sendo sua tomada de decisões realizada por outros, esse não se desenvolveria como adulto, ficando preso em um estado de infância e dependência eternamente (DAHL, 2012, p. 163).

Sendo assim, os direitos fundamentais e o direito de se autogovernar estão completamente interligados de modo que, ao se violar os primeiros, conseqüentemente se violaria o processo democrático. “Mas se as pessoas têm o direito de se governar, isso significa que os cidadãos também são habilitados a ter todos os direitos essenciais para o processo democrático” (DAHL, 2012, p. 267).

Trata-se, portanto, de um ciclo como também defendido por Habermas, por meio do qual o direito de autogoverno dos cidadãos viabiliza a normatização e a defesa das liberdades individuais, ao mesmo tempo que a garantia dessas últimas é necessária para assegurar a

---

<sup>20</sup> A título de exemplo, Robert Dahl (2012, p. 162) discorre sobre os direitos dos escravos, mulheres e trabalhadores. No caso desses últimos, aqueles que estavam no poder sempre decidiram as demandas dos trabalhadores sobre a perspectiva do empregador, por ser esse seu interesse. Posteriormente, observa os direitos das pessoas negras tanto nos EUA quanto na África do Sul, uma vez que não há quem conteste que os interesses desses não eram defendidos pelos cidadãos de cor branca.

continuidade do processo democrático e, conseqüentemente, o direito fundamental que concede ao indivíduo a autonomia de governar a si próprio.

Por possuir um caráter abrangente, o direito de se autogovernar deve ser visto como uma garantia que enseja em outros direitos como o de participação efetiva e real influência na tomada de decisões, o voto com peso igualitário, direito de livre criação ou envolvimento em associações etc. Para alcançar a efetividade desses direitos, menos abrangentes, faz-se necessário, por sua vez, direitos mais específicos como é o caso do direito à liberdade de expressão (DAHL, 2012, p. 268).

Para satisfazer aos padrões democráticos, como o da participação efetiva, é preciso garantir algumas prerrogativas dos cidadãos, especialmente o direito de se expressar livremente sobre os mais diversos temas políticos, oportunidade de ter acesso a informações, opiniões, versões dos fatos, para ensejar em uma discussão e tomada de decisões bem fundamentada (DAHL, 2001, p. 62).

Portanto, a ideia inicial de tensão ou conflito entre as liberdades individuais e a democracia é enganosa, porquanto não há que se falar em violação das liberdades em nome da proteção ao processo democrático. Não se estaria agindo dentro dos princípios democráticos quando houvesse a violação dessas liberdades, uma vez que essas são parte, não só integrantes, mas essenciais ao processo democrático. Em outras palavras, na ausência de direitos políticos básicos, incluindo as liberdades que dão efetividade aos mesmos, não há que se falar em processo democrático. Na medida em que um é requisito de existência do outro (DAHL, 2012, p. 269).

Esse é um dos pontos centrais da proposta de equilíbrio entre esses dois institutos por Robert Dahl, uma vez que ele não só nega a tensão entre os dois, mas aponta que ambos são intrínsecos. A título de exemplo, depreende-se que ao censurar um discurso, violando assim a liberdade de expressão, em prol da proteção ao processo democrático, não se estaria agindo democraticamente. Pelo contrário, o resultado seria a violação do próprio sistema de governo que se visou proteger inicialmente.

Em suma, seria inadmissível que uma maioria violasse direitos fundamentais, em prol da manutenção e pleno exercício da democracia, porque isso seria uma afronta ao instituto que se queria defender. Caso os direitos fundamentais dos cidadãos não possuam verdadeira efetividade e compulsoriedade, ainda que previstas em lei, aquele sistema político não pode se denominar democrático. Estar-se-ia diante de um governo democrático apenas formal, em outras palavras

dissimulado<sup>21</sup>. O contrário também seria verdade, no sentido de que quando se visa proteger os direitos fundamentais, conseqüentemente estar-se agindo dentro dos princípios democráticos e assegurando o mesmo governo democrático (DAHL, 2001, p. 62)<sup>22</sup>.

Há um ponto de preocupação na teoria de equilíbrio apresentada, qual seja, a ideia de que a maioria da população venha a utilizar de seu direito de autogoverno para impedir que uma minoria exerça seus direitos políticos vitais. Contudo, não há lógica nessa inquietação, pois o resultado prático seria se valer do processo democrático para ir de encontro a ele, colocando-o em risco. A maioria estaria, sem coerência, negando a si próprio o direito de autogoverno (DAHL, 2012, p. 270).

É bem verdade que a maioria dos cidadãos poderia sim cercear a minoria de seus direitos, ainda que que crendo na democracia, ou até mesmo com intuito doloso de destruí-la. É provável, também, que essa maioria venha a fazê-lo por erro, por ignorância, sem o real entendimento de que a consequência será o fim, ou pelo menos o prejuízo da democracia.

Nesse contexto, de imperfeição da maioria que se autogoverna e conseqüentemente de falhas de um sistema democrático, a crítica apontada pelo próprio Robert Dahl cobra alguma espécie de proteção institucional aos direitos dos indivíduos.

Dahl (2012, p. 272) insiste no ponto chave de que se o povo estiver realmente preocupado com a democracia então logicamente estará preocupado com a preservação dos direitos políticos primários que incluem muitos dos direitos fundamentais inclusive a liberdade de expressão. Caso queiram destruir a democracia, então é impossível afirmar que se trata de um povo comprometido com o processo democrático, portanto, a regra acima não é válida e muito menos pode ser exigida.

Dessa forma, leis ou instituições não são suficientes ou efetivas para assegurar a proteção das liberdades individuais, quando já não houver um contexto social um povo

---

<sup>21</sup> De acordo com Guimarães, Carvalho e Santos (2020, p. 254) Para alcançar uma democracia material baseada na defesa da dignidade da pessoa humana e assim aprimorar o Estado Democrático de Direito faz-se necessário a realização da ideia de cidadania, de modo a permitir o gozo dos direitos fundamentais de modo ilimitado e a participação política efetiva que assegure a tomada de decisões em prol desses direitos.

<sup>22</sup> Além disso, Robert Dahl (2001, p. 64-65) acrescenta que o Estado democrático garante a liberdade dos cidadãos mais do que qualquer outra opção de Estado, incluindo o anarquismo, dentre as alternativas possíveis. Poderia se pensar que sem Estado, os cidadãos teriam sua liberdade elevada ao máximo, contudo, é inviável imaginar que em uma sociedade anarquista todos os cidadãos convivam pacificamente, em comum acordo sempre e sem violar os direitos dos outros. Em uma alternativa anarquista as liberdades individuais correm mais riscos, pois estão ameaçadas pelos próprios cidadãos que agem de acordo com seus interesses sem preocupação com as liberdades alheias e carente de qualquer tipo de instituição superior capaz de exercer o controle.

comprometido com o processo esse estará fadado à destruição, sem salvação por meio de instituições (DAHL, 2012, p. 273).

De maneira crítica, entretanto, é preciso analisar alguns pontos importantes: a) não poderia haver uma alternativa, a exemplo do judiciário, que possa assegurar o cumprimento e a proteção das liberdades individuais sem que isso viole o processo democrático ou esteja insatisfeito com ele para querer aboli-lo? Uma vez que podem haver períodos ou momentos isolados em que se violam liberdades individuais, mesmo estando em uma democracia, por isso a necessidade de uma instituição guardiã complementar para mantê-los seguros; b) há preocupação com a proteção das liberdades individuais que não estão abarcados pelos direitos políticos primários apontados pelo autor, esses estariam sujeitos à violação dentro do processo democrático, já que não fazem parte do rol de essenciais para manutenção da democracia (DAHL, 2012, p. 273).

Isto posto, de um lado parece crescer a demanda por instituições alternativas ou soluções para além do processo democrático, que possam garantir a proteção das liberdades individuais quando necessário, pois frequentemente o é necessário. De outro lado, o autor insiste em negar a referida rivalidade entre os institutos ao explicar que o suposto conflito apontado entre liberdades e processo democrático, na verdade revela a falha do processo democrático. De maneira simplificada, o processo democrático em seu pleno funcionamento, quando bem-sucedido, não dá ensejo ao referido conflito. A solução proposta pelo autor é a de permanecer fiel ao processo democrático e apenas melhorá-lo ao invés de abandoná-lo em busca de uma alternativa menos democrática (DAHL, 2012, p. 275).

Impossível garantir que todos os interesses e direitos de um indivíduo sejam garantidos dentro de uma democracia. Todavia, caso não haja democracia então é razoável afirmar que esses direitos serão desrespeitados. Nesse sentido, conclui-se ser a democracia o melhor cenário para proteção das liberdades individuais, ainda que não o seja perfeito ou ideal (DAHL, 2001, p. 66).

### 3.2.2 Advento da poliarquia e os parâmetros para aferição: as sete instituições

A experiência histórica revela que não houve governo plenamente democrático, e provavelmente não existirá uma democracia ideal, porém existem alguns critérios ou instituições mínimas que servem para mensurar o seu desempenho e principalmente aferir o quão democrático é um Estado. Assim, pela presença, ausência, ou avaliação do nível de efetividade dessas

instituições mínimas é possível determinar se uma democracia está bem ou corre sérios riscos de extinção.

As instituições essenciais estabelecidas por Robert Dahl dizem respeito a uma espécie de Estado democrático moderno, alcançado principalmente a partir do aumento do tamanho das cidade-Estado que culminaram nos Estados-nacionais, o qual denominou de poliarquia. O termo preconizado é como um retrato da democracia moderna, uma evolução, ou uma simples versão posterior ou adaptada da democracia antiga, diferindo ao mesmo tempo dessa e de governos não democráticos. A poliarquia seria uma democracia mais próxima da realidade, enquanto que a democracia em si está mais para o âmbito ideal.

A representação é a característica mais evidente e necessária da transformação da democracia antiga para os Estados de grande escala, em contraponto às grandes assembleias que reuniam os cidadãos em praça pública para discutir e tomar decisões em conjunto. Em um Estado nacional com um grande território e grande número de cidadãos é inviável a reunião desses para deliberar acerca dos mais diversos assuntos, sendo necessário representantes para tanto. Dahl (2012, p. 343) ressalta que a ideia de representatividade não surgiu de forma abstrata, o que implicaria no possível colapso desse conceito, na verdade ocorreram transformações de institutos já existentes na história como órgãos legislativos e até mesmo eleições.

A expansão ilimitada da população é a segunda característica da transformação da democracia, pois não há como prever e muito menos precisar a quantidade de pessoas de um país, uma vez que esse número só tende a crescer cada vez mais, a exemplo da Índia. Consequentemente, a participação politicamente ativa dos cidadãos resta limitada e muito menor quando comparada à participação nos Estados menores (DAHL, 2012, p. 344).

Ainda que não seja uma regra e uma relação diretamente proporcional, observa-se que com o maior número de pessoas há também maior diversidade dentre os membros da sociedade com relação aos mais diversos tópicos, como religião, raça, etnia, ideologias entre outros temas que influenciam a vida política e tornam mais difícil alcançar um comum acordo (DAHL, 2012, p. 345).

Como consequência da referida diversidade, surge um maior número de conflitos, o que difere da ideia de homogeneidade, marca da democracia antiga. Nesse contexto, é viável questionar se a concepção de um único bem comum não seria nada mais que uma ilusão que precisa ser abandonada, tendo em vista que a diversidade e os conflitos dos Estados maiores vêm cingir

com a noção de crenças similares que levam a um bem comum (DAHL, 2012, p. 346).

A partir dessas mudanças e dos esforços democráticos, o autor chega à conclusão que os Estados não alcançam completamente a ideia de democracia, mas tão somente o sistema político denominado por ele de poliarquia, o qual não só difere dos governos não democráticos, mas também das democracias do passado. As principais marcas de uma poliarquia são: a) a liberdade de oposição e de remoção de representantes do poder que desagradam aos cidadãos, cuja retirada se dá por meio de voto através de eleições periódicas e não através de tomada de poder à força; e b) o direito de participação do maior número de adultos. Na poliarquia, grande parte das pessoas são cidadãos com direito à voto, o que oportuniza a todos levar suas preferências ao debate público e aos governantes e tê-las ouvidas, postas em consideração e eventualmente atendidas.

Não necessariamente ligada ao aumento do número de pessoas nos Estados, mas uma das características da poliarquia é a expansão das liberdades individuais. Ocorre que como a participação não é mais direta, o maior número de direitos revela-se como uma forma de conceder maior participação aos grupos de indivíduos nas decisões. Ademais, com a diversidade inexistente consenso de ideias, portanto os direitos individuais são formas de buscar contemplar o maior número de pensamentos e posicionamentos distintos. Por fim, o maior número de direitos individuais é de extrema importância para aqueles que não fazem parte das maiorias, os quais conseqüentemente seriam prejudicados nas decisões que visassem estabelecer direitos coletivos (DAHL, 2012, p. 349).

No que diz respeito às características gerais da poliarquia, Dahl (2012, p. 350-351) elenca sete instituições quais sejam: “funcionários eleitos; eleições livres e justas; sufrágio inclusivo; direito de concorrer a cargos eletivos; liberdade de expressão; informação alternativa; e autonomia associativa”.

Para o alcance da referida lista de instituições mínimas, o histórico de sua construção não foi regular em todos os países democráticos, muito menos linear ao longo do tempo, havendo por vezes o preenchimento de algumas instituições em um local ou em um determinado período, e o posterior abandono dessa mesma instituição pelo país que antes a observava.

Contudo, importante destacar nessa rápida reflexão histórica, que o sufrágio inclusivo foi um dos últimos elementos conquistados pela população governada por um modelo que se pretende democrático. Ainda que se tenha a visão de um modelo ideal de democracia clássica advinda de Atenas, lá somente alguns homens participavam das discussões e decisões da vida

política. Em outras palavras, verdadeiramente não era um governo de todo o povo. Durante séculos de avanços e retrocessos no estabelecimento da democracia como melhor alternativa de governo, o grupo de cidadãos que detinham o poder de discutir, refletir e votar, seja diretamente em questões políticas ou por meio de representantes, excluíram por muito tempo escravos, depois trabalhadores, negros, mulheres, entre outros. Apenas no século XX, há pouco tempo, é que o direito de participação efetiva na política, traduzido principalmente no direito à voto, foi ampliado para alcançar quase toda a população adulta que compõem o Estado, com poucas exceções. Em suma, muitos dos cidadãos que vivenciam atualmente a democracia moderna não reconheceriam e se frustrariam com a falta de voz em uma democracia antiga (DAHL, 2001, p. 103).

A eleição de funcionários se dá em razão da necessidade de representatividade, uma demanda do Estado de grande escala, no qual é inexequível que milhões de pessoas se reúnam para debater, refletir e posteriormente votar sobre cada demanda política do Estado. Ainda que fossem eleitos alguns representantes com direito a voz, para simplesmente propor as alternativas e todo o povo votar diretamente nas propostas, não haveria tempo hábil também reuniões semanais ou mensais para ouvir os representantes e votar nos assuntos políticos. As pessoas possuem outros ofícios, os quais não se resumem a votar políticas a todo momento. Através das eleições, nomeiam-se representantes que possuam o ofício exclusivo ou pelo menos prioritário de dedicação à resolução de demandas políticas, de modo que tenham a responsabilidade e o compromisso necessários (DAHL, 2012, p. 362).

Outrossim, a escolha desses representantes não pode ser feita de forma aleatória, sob pena dos interesses da maioria não serem atendidos. O método precisa ser o de eleição desses representantes para que os desejos e direitos dos cidadãos guiem minimamente a atuação desses funcionários, uma vez que esses apresentam suas propostas e os cidadãos refletem e escolhem aqueles que mais se assemelham a sua forma de pensar (DAHL, 2001, p. 107).

As eleições devem ser livres e justas no sentido de permitir ao cidadão segurança para exercer seu direito ao voto sem receio de sofrer algum tipo de repressão. O voto secreto surgiu como uma excelente solução para ampliar a liberdade e a proteção dos cidadãos e suas respectivas escolhas. Da mesma forma, o peso igualitário atribuído a cada voto, sem diferenciações de qualquer tipo, garante a justiça das eleições, mas não só isso, pois para que se chegue ao momento da escolha nas eleições é preciso conceder igualdade de participação efetiva na vida política para todos os

eleitores. Além disso, ainda que sejam justas e livres às eleições devem ser periódicas<sup>23</sup>, de modo a oportunizar que os cidadãos revejam seu voto e eventualmente venham a retirar do poder determinado governante que não mais os representa (DAHL, 2001, p. 109).

Com relação ao instituto do sufrágio ou cidadania inclusiva, este já foi alvo de comentário no início dessa subseção, sendo redundante refazê-las. É bem verdade que o direito à voto outorgado a quase todos os adultos é um dos grandes propulsores da participação efetiva. Contudo o direito de concorrer a cargos eletivos, tido como direito político passivo, ou direito de ser votado também figura como uma das instituições essenciais da poliarquia elencadas por Robert Dahl. Essa instituição pode ser interpretada como o outro lado da moeda do sufrágio inclusivo, uma vez que não basta que os adultos de uma sociedade tenham a oportunidade de votar, mas esses igualmente precisam possuir a perspectiva de concorrer a um cargo eletivo e eventualmente vir a assumi-lo como representante dos demais cidadãos. Cada nação estabelece os critérios mínimos para que os indivíduos possam se candidatar ao pleito como faixa etária, ausência de condenações criminais, domicílio eleitoral, filiação partidária dentre outros, no caso brasileiro, desde que não haja exclusão decorrente de cor, religião, ideologias, gênero, preferência sexual etc.

A participação efetiva, característica marcante da democracia, precisa, por sua vez, de direitos específicos para que seja colocada em prática, como o direito à liberdade de expressão que, de acordo com Dahl (2001, p. 110) possui três funções, quais sejam: a) permitir a participação dos cidadãos no debate político de modo que possam criticar e persuadir os representantes eleitos, o que inclui o direito de ouvir e ser ouvido; b) viabilizar a compreensão esclarecida ao passo que os indivíduos possam ter acesso ao maior número de opiniões de outros indivíduos comuns, dos candidatos, dos representantes eleitos e principalmente de especialistas, de modo a oportunizar a formação de convicção de cada um de maneira muito mais fundamentada e não superficial; c) influenciar o programa de planejamento das deliberações governamentais, o que se dá durante uma gestão vigente, sendo possível ao cidadão construir leis, decisões e políticas públicas através da manifestação de demandas atuais da sociedade.

Para que haja verdadeira compreensão esclarecida, a instituição que prevê a existência de fontes alternativas e independentes de informação revela-se indispensável. Para seu melhor entendimento é razoável fazer o raciocínio inverso ao refletir como seria formado o pensamento e

---

<sup>23</sup> Robert Dahl (2001, p. 110) aponta que com relação a periodicidade das eleições não há uma regra estabelecida, contudo convencionou-se que 1 ano seria muito demasiado frequente, e que 05 anos seria um bom limite para renovação do pleito.

a convicção de cada cidadão caso só existisse uma única fonte de informação no país, e ainda se essa fosse monopolizada pelo governo? Muito provavelmente seriam pensamentos convergentes, homogêneos e viciados, tendo em vista que apenas uma versão dos fatos e uma opção de ideologia seria veiculada a todos. Buscando a formação de uma compreensão mais genuína possível é que a poliarquia deve primar pela ampla variedade de fontes de informações e independentes do poder governamental (DAHL, 2001, p. 111).

Por fim, os cidadãos de um governo poliárquico demandam por uma autonomia associativa, pré-requisito para que possam conquistar seus interesses e direitos. A criação ou o ingresso em associações precisa ser livre e independente da autoridade estatal para que possam cumprir o papel e o intuito que possuem sem medo de eventual censura ou controle mais rígido. Dentre as associações formadas pelos cidadãos estão compreendidos os partidos políticos de suma importância para o exercício de diversas outras instituições da poliarquia como o direito de concorrer a cargos eletivos e a manutenção das eleições livres, justas e periódicas (DAHL, 2012, p. 351).

A depender do Estado as instituições acima poderão estar presentes em maior ou menor grau e em cada país podem receber nomenclaturas diferentes, que representam, porém, ideia equivalente. Sendo assim, as instituições funcionam como critérios utilizados para avaliar o nível e até mesmo a existência ou não de um governo poliárquico em determinado país.

### 3.2.3 Como a efetivação das sete instituições poderá resultar ou conferir legitimidade à organização social?

A importância da poliarquia e suas sete instituições passa inicialmente pela garantia das liberdades clássicas, vistas hoje como comuns e até mesmo naturais a qualquer regime de governo, contudo, por muito tempo não o foram. Aqueles que viveram regimes desprovidos desses direitos sabem o verdadeiro valor de poder usufruir desses dentro de uma poliarquia.

As liberdades que permitem à população exercer seu direito de contestar e de participar da política são concretizadas por meio das instituições explanadas no tópico anterior, como o direito à liberdade de expressão, acesso à fontes diversas de informação, direito de associar-se e formar livremente organizações políticas, direito à voto de forma segura sem medo de retaliação,

amplificado para quase toda população adulta, e eleições livres e periódicas que permitem a alternância de membros do poder público de forma pacífica (DAHL, 1997, p. 41).

Ademais, o direito a voto inclusivo e a ampla possibilidade de se candidatar a cargos eletivos amplia a concorrência no meio político e a representatividade dos eleitos. Isso porque mais camadas da sociedade podem exercer seu direito de escolha, e ao mesmo tempo membros das mais diversas classes sociais podem competir e eventualmente vir a alcançar cargos de liderança política. Sendo assim, grupos de eleitores tendem a escolher candidatos conhecidos ou que representem de alguma forma os interesses daquele grupo. O que não ocorria quando somente classes economicamente mais altas podiam votar e ser votados, havendo um grande déficit de representatividade das classes médias e baixas.

É bem verdade que não há como garantir a representatividade plena, ainda que assegurado o efetivo funcionamento das instituições de sufrágio inclusivo e direito de concorrer ao pleito, e que candidatos advindos de classes e organizações com bandeiras diversas tenham a aptidão para exercer cargos políticos, pois a sub-representatividade de alguns grupos continua sendo uma realidade nas poliarquias. A título de exemplo observa-se que a população feminina do Brasil representa 51,8% do todo, contudo as mulheres representam apenas 17,7% do total de 513 parlamentares na Câmara dos Deputados em de 2022<sup>24</sup>. A despeito dessa constatação, é possível afirmar que estatisticamente as duas instituições aqui referidas contribuem consideravelmente para a oxigenação da liderança política e para a melhoria da representatividade dos interesses dos cidadãos nas questões políticas (DAHL, 1997, p. 42-43).

Em outras palavras, as eleições são indispensáveis para a escolha dos representantes, tendo em vista a total inviabilidade de uma democracia direta dentro do contexto das sociedades atuais. Por diversas vezes, as eleições não refletem a vontade dos eleitores e não produzem representantes efetivos do povo, todavia, mesmo com todas as falhas do processo eleitoral, este se revela como elemento imprescindível para uma democracia (DETTMAM; MATOS, 2016, p. 29).

É somente por meio de uma efetiva representatividade que o domínio da maioria, dado em uma democracia, se justifica. Isso porque é esse regime que assegura o exercício da autodeterminação nas decisões coletivas, por meio da qual os cidadãos poderão ter o benefício de se submeter às leis escolhidas por eles próprios. Uma vez que não há que se falar em escolha direta

---

<sup>24</sup> Dados retirados do site <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mulheres-aumentam-representacao-na-camara-mas-representatividade-ainda-e-baixa/>.

por parte dos cidadãos de cada uma das decisões políticas nas poliarquias, Estados de ampla escala, resta buscar otimizar ao máximo a representatividade dos interesses do eleitorado por parte dos detentores de poder.

Como consequência da maior competitividade e da inclusividade no sufrágio, os partidos políticos são obrigados a fazer algumas mudanças no seu modo de operar. Tendo em vista que formas tradicionais não são mais suficientes para alcançar e persuadir o grande eleitorado, sendo assim, são necessárias novas estratégias para tanto. Faz-se necessário que haja uma maior familiaridade do candidato em relação ao eleitorado e que as ideologias sejam mais atrativas e condizentes com seus interesses.

O esforço de tornar as propostas e concorrentes mais próximos dos eleitores, alcançando e se inserindo no cotidiano dos mesmos, acaba por otimizar a sua participação efetiva na vida política e principalmente que haja o desenvolvimento de seres políticos, verdadeiramente interessados nas questões e decisões que atingirão a organização social (DAHL, 1997, p. 44-45). Atualmente, observa-se o exemplo da internet, meio amplamente utilizado como estratégia de propaganda eleitoral pelos candidatos e partidos políticos, responsável por estreitar os laços entre esses e o eleitor, inclusive impulsionando o seu engajamento nas pautas políticas ali veiculadas.

Ademais, o direito à liberdade de expressão, uma das sete instituições preconizadas por Robert Dahl, permite que os membros de um Estado possam expor seus desejos e interesses de forma mais efetiva de modo que se tornem verdadeiramente conhecidos e alcancem aqueles que estão no poder e os que virão a assumir cargos eletivos no futuro. Uma das críticas da democracia representativa, reside na ineficácia de se contemplar os interesses de cada cidadão. Ocorre que em um cenário de aumento da diversidade de ideias entre os cidadãos dos Estados-nacionais, entre outros motivos, pelo simples aumento populacional, a liberdade de poder manifestar suas opiniões e interesses revela-se como a resposta viável para o problema dos críticos com relação à representatividade (DAHL, 1997, p. 46).

Um corpo social que se autodetermina, assegurado nas sete instituições como pilares, torna-se mais governável, inclusive sem a necessidade de o Estado utilizar de coerções severas, quanto mais físicas. Ainda que não se possa realizar uma conclusão direta, é razoável afirmar que a aplicação da coerção para fazer valer suas normas é mais provável em governos não-poliárquicos, por isso a importância da adoção do regime de poliarquia (DAHL, 1997, p. 47).

A teoria de Dahl, que preconiza as sete instituições para o bom desenvolvimento de uma poliarquia, prima pela participação política de todos, quando entende que não existem grupos ou indivíduos mais sábios ou mais capacitados para o exercício do governo. Acredita e defende o direito de se autogovernar sem restrições, promovido principalmente pelo sufrágio inclusivo e pela possibilidade de contestação pública, ao entender que todos são igualmente capacitados para tomar decisões acerca dos assuntos políticos. É nesse sentido que as sete instituições da poliarquia conferem legitimidade à atuação dos cidadãos como organização social, pois permitem sua autodeterminação como em nenhum outro regime governamental.

### **3.3 Equilíbrio entre duas instituições eventualmente conflitantes**

#### 3.3.1 Como o modelo teórico da poliarquia poderá equilibrar liberdades individuais e democracia?

A poliarquia, termo utilizado por Robert Dahl, é um retrato da democracia moderna, uma versão posterior ou adaptada da democracia antiga, não guardando identidade com essa última, ao mesmo tempo em que não faz referência aos governos não democráticos. As múltiplas definições de poliarquia, passam pelos seguintes aspectos de a) diferenciação entre a democracia antiga e os governos não democráticos; b) um governo com processo democrático amoldado aos Estados de grande escala; c) favorecimento de uma competição eleitoral mais ativa; d) governo de garantias políticas (DAHL, 2012, p. 346-347).

Nos governos poliárquicos constata-se a preponderância da defesa dos direitos individuais, quando comparado aos sistemas democráticos anteriores. Não é verdade que os aumentos populacionais e territorial dos Estados, por si só, tenham causado o crescimento da importância dada à proteção dos direitos individuais ou da garantia desses propriamente dita, mas é evidente que esse é um dos fatores integrantes (DAHL, 2012, p. 347-349).

Em razão da diversidade e da normalização dos conflitos cada vez mais frequentes, a garantia de direitos individuais se torna mais necessária, tendo em vista a distância cada vez maior para se alcançar um acordo de ideias. Caso houvesse consenso de ideias e interesses, não haveria conflitos entre os direitos dos cidadãos, inexistindo objeto de proteção, em razão da hipotética ausência de violação (DAHL, 2012, p. 349).

As sete instituições cumprem os dois aspectos essenciais da democracia, quais sejam: o direito de contestar na política e a participação efetiva na política. Com a experiência histórica é possível constatar que existem níveis de concretização desses aspectos a depender do regime jurídico adotado ou costumes de um Estado, sendo recorrente que, por vezes, um seja mais valorizado que o outro. A instituição das eleições justas e livres, por si só, dá efetividade à dimensão da contestação pública, mas ao passo que a quase todos os adultos é conferido o direito à voto nessas eleições, resultado do sufrágio inclusivo, então tem-se a concretização da participação política (DAHL, 1997, p. 28).

A título de exemplo, observou-se que na Grã-Bretanha até o século XVIII o regime em vigor contava com um sistema que possibilitava a ampla contestação pública, porém pouca era a participação da população na política, uma vez que o sufrágio era exclusivista. No entanto, a União Soviética contava com o direito ao voto inclusivo, porém carecia de sistema que viabilizasse a contestação pública. Contudo, é razoável concluir que um Estado que não oportunize o poder de oposição, acaba por danificar conseqüentemente o direito de participação, sendo o contrário também verdadeiro. Em um Estado opressor, mas com sufrágio amplamente inclusivo, perde-se a efetividade e até a razão de ser da dimensão da participação política (DAHL, 1997, p. 28).

Outrossim, a democracia está distante de sua plenitude quando apenas uma das dimensões de contestação ou participação política é efetivada. Portanto, o autor propõe, não só a coexistência dessas duas dimensões, mas a necessidade de equilibrá-las para atingir um regime democrático bem sucedido. Ao passo que se institucionaliza a oposição e se adiciona o crescimento da participação política, verifica-se como resultado a poliarquia, fruto da democratização do Estado.

Ao enfatizar a importância do direito à oposição e à participação política, Dahl equilibra intrinsecamente liberdades individuais e democracia, essa última marcada pela igualdade. Uma vez que um povo considerado igualitário e com poder em suas mãos de participar e exercer oposição, deve possuir primeiramente suas liberdades para tanto, ao mesmo tempo em que se os cidadãos estão no poder ainda que indiretamente, por meio de governo representativo, eles serão capazes de fazer conhecidos seus interesses e buscar meios para que os seus direitos sejam preservados.

Dahl (2012, p. 288-290) afirma, inicialmente, que nenhum direito deve ser superior ao processo democrático, sendo invioláveis somente aqueles que são inerentes à democracia como já

explanado. Porém, posteriormente ele questiona se não existem mesmos direitos individuais para além daqueles inerentes ao processo democrático que devem ser resguardados? E em caso de resposta afirmativa, como resguardá-los por meio de soluções democráticas, uma vez que as alternativas de criar proteções por meios de processo e instituições não democráticas, não servem.

O que pode ocorrer, em uma democracia, é que a maioria pode decidir sobre questões importantes, e involuntariamente essa decisão pode levar à violação dos direitos das minorias. A solução reside em aumentar a participação política efetiva da população, através, especialmente, mas não só, do sufrágio inclusivo, uma das sete instituições preconizadas na teoria do autor. Quando mais sujeitos são incluídos no processo decisório, menores as chances de violação dos seus direitos. Nesse sentido, é preciso encontrar um equilíbrio entre os direitos das minorias e a vontade da maioria.<sup>25</sup>

Para alcançar esse equilíbrio, é preciso que os direitos individuais sejam protegidos e respeitados, porém também é necessário que a democracia seja fortalecida e aprimorada. Isso pode ser feito por meio de uma série de mecanismos, como a garantia de eleições livres e justas, a proteção da liberdade de expressão e de imprensa, e a manutenção de instituições fortes e independentes.

O aprimoramento do processo democrático, passa pela adaptação do processo legislativo e eleitoral de modo que as minorias possam vir a ser também contempladas. Arranjos procedimentais no legislativo como a necessidade de verificação dos projetos de leis por duas casas legislativas obrigatoriamente e o direito ao veto concedido ao chefe do executivo são exemplos de soluções democráticas para atender aos interesses das minorias (DAHL, 2012, p. 294-295).<sup>26</sup>

O processo legislativo deve garantir a participação e a representação de todas as minorias na formulação das leis e políticas públicas. As minorias têm menos representatividade e poder em relação à maioria, e, por isso, precisam de proteção especial e garantias para que seus direitos sejam respeitados e promovidos. Logo, para garantir a participação das minorias no processo legislativo, é importante que as leis e políticas públicas sejam formuladas de forma

---

<sup>25</sup> Pois, de acordo com o Robert Dahl, os cidadãos que acreditam e estão verdadeiramente comprometidos com o regime democrático não optam por violar direitos fundamentais deliberadamente.

<sup>26</sup> Robert Dahl (2012, p. 295) chama atenção para alguns problemas que surgem, contudo, com relação às soluções apontadas como os casos em que os infinitos debates entre as duas casas legislativas acabam por retardar o processo de aprovação de uma lei importante para a proteção de direitos fundamentais, ou quando o chefe do executivo usa de seu veto para barrar determinado dispositivo de lei que lhe desagrade.

democrática e inclusiva, levando em consideração a diversidade e as necessidades específicas de cada grupo.

Ademais, Dahl constata através da experiência com poliarquias que deram certo, uma evolução gradativa da opinião pública, a qual se justifica, primariamente em razão do princípio da igualdade intrínseca, base da democracia. Ao entender que os interesses dos cidadãos devem ser levados em consideração na mesma medida, as violações a direitos das minorias e as discriminações de todo tipo são cada vez mais afastadas pela maioria decisória. É bem verdade que o referido progresso não ocorre de forma natural, mas sim através de muitas lutas e reivindicações dos grupos minoritários. Porém a luta, por si só, não logra êxito sem uma mudança de pensamento verdadeira por parte da maioria da população, no sentido de crer na igualdade entre os cidadãos, de modo não só a permitir, mas buscar ativamente a defesa dos direitos fundamentais de todos (DAHL, 2012, p. 297-298).

Há, ainda, uma possível solução quase guardiania traduzida na atribuição de responsabilidade a uma instituição terceira não submetida ao processo democrático e que teria autoridade para defesa dos direitos individuais. O exemplo mais frequente desse tipo de instituição é o judiciário, especialmente as suas supremas cortes, que, em regra, possuem poder para realizar o controle de constitucionalidade sobre as legislações.

Ocorre que Dahl não se dá por satisfeito com a alternativa quase guardiania, uma vez que um judiciário mais atuante, ainda que restrito a proteger questões de interesses fundamentais, representa uma diminuição na autonomia e no autogoverno legislativo dos cidadãos. Além disso, não existem provas de que uma poliarquia que conta com uma suprema corte moderadora das leis do Estado representa uma maior proteção aos direitos individuais, da mesma forma que não é verdade que regimes poliárquicos sem uma instituição guardiã deixam esses direitos desprotegidos. Outrossim, na prática as bandeiras defendidas pelos juízes não são muito diferentes daquelas defendidas pela maioria do legislativo e chefe do executivo. Isso porque os juízes das cortes supremas, em regra, são nomeados pelos membros dos demais poderes, ou sofrem influência direta desses. Desse modo, esses últimos tendem a buscar o consenso com o judiciário, a todo custo, para manter sua governabilidade (DAHL, 2012, p. 300-302).

A atuação mais ativa do poder judiciário e a expansão de sua competência por vezes é denominada de judicialização da política, fenômeno cujo surgimento se tornou propício em razão, dentre outros fatores, da ausência de legitimidade e de confiança nos poderes legislativo e

executivo, tipicamente democráticos. Ademais, as falhas da democracia representativa, que deixam aquém algumas minorias, acabam por justificar uma atividade judiciária mais enérgica, ainda que pouco democrática, em nome da defesa dos direitos, principalmente, dos grupos sub representados (MATOS, 2020, p. 134-135).

No Brasil, o papel do judiciário do controle de constitucionalidade das leis é previsto na Constituição Federal, dando amparo, portanto, à atuação política desse poder no país<sup>27</sup>. Quanto à principal preocupação acerca da atuação judicial, não democrática, moderando leis elaboradas por meio de processo democrático, é possível ponderar que a democracia moderna anda aliada ao constitucionalismo, sendo assim não se trata de um fenômeno antidemocrático pois obedece aos ditames da Constituição Federal que atribuiu o poder de controle da mesma ao Supremo Tribunal Federal (BOGÊA; MATTOS, 2022, p. 110-116).

Em suma, a teoria de Dahl refuta a ideia de que existe um conflito entre direitos individuais e democracia. Pelo contrário, o processo democrático tem como requisito os interesses dos cidadãos, e é ele uma forma de assegurar-los através do senso de justiça e visão igualitária dos indivíduos. Na verdade, “se tais conflitos ocorrem, eles são conflitos entre um direito ou interesse um dos direitos mais fundamentais dos seres humanos, um direito tão básico que foi denominado inalienável: o direito das pessoas de governar-se” (DAHL, 2012, p. 304)

A proposta de equilíbrio entre liberdades individuais e democracia por Robert Dahl requer uma dose de otimismo e de confiança naqueles que dão forma ao processo democrático, pois ele acredita que a autonomia conferida aos indivíduos e a observância do princípio da igualdade de interesses irão resultar em um agir correto e justo por parte do povo, com o mínimo possível de violação aos direitos individuais, quando comparado a qualquer governo alternativo. A referida teoria confia em seres humanos falhos, pois ainda que creiam e defendam a democracia, podem vir a cometer erros, práticas corruptas ou meros atos de egoísmos na defesa de seus próprios interesses, viciando assim a proteção das liberdades substanciais dentro de uma democracia. Por esse motivo, a sua teoria revela, também, um senso de conformação ou de realidade, no sentido que aponta que é preciso aceitar que não há democracia ideal, ou governo ideal em que não serão

---

<sup>27</sup> Com relação ao ativismo judicial, termo não considerado como sinônimo da judicialização, Sergio Bogêa e Delmo Mattos (2022, p. 113-114) aponta os excessos da Suprema Corte brasileira, em especial no caso do julgamento do Habeas Corpus 126.292 que resultou em interpretação contrária à lei ao permitir a prisão em segunda instância, e não somente após o trânsito em julgado, cautelar ou flagrante.

violados direitos individuais, sendo o contexto democrático a melhor alternativa possível para a proteção desses.

### 3.3.2 Análise da compatibilidade entre a liberdade de expressão e eleições livres, justas e periódicas

O modelo de equilíbrio entre liberdades individuais e democracia proposto por Robert Dahl não só nega a existência de conflito entre os dois institutos, como estabelece relações de necessidade e compatibilidade entre os mesmos. Dentre as sete instituições que formam minimamente uma poliarquia, destaca-se que o direito à liberdade de expressão e as eleições livres e justas são dimensões que precisam caminhar juntas para o sucesso de um governo poliárquico.

Desde o início de sua pesquisa, em uma das primeiras obras publicadas por Robert Dahl, o autor já defendia a necessidade de informar e de ter acesso à informação para o processo eleitoral. Ao dividir o estágio eleitoral em períodos, destaca que durante o período pré-eleitoral qualquer um dos membros da sociedade deve estar apto a apresentar possíveis alternativas e suas respectivas informações ao restante do eleitorado. Seria esse requisito, o direito à liberdade de expressão em sua versão positiva.

Mais do que poder se expressar, o cidadão precisa estar seguro quanto a não restrição desse direito por um monopólio de um indivíduo, grupo, empresa ou instituição estatal que venha a propagar somente uma opção ou informação em larga escala, reduzindo ou até mesmo negando a existência de alternativas. Portanto, conjugado ao direito à liberdade de expressão no período pré-eleitoral, está o direito de ser informado, através do qual as informações sobre as alternativas devem ser igualmente veiculadas de modo a alcançar os cidadãos (DAHL, 1989, p. 72-73).

O contrário da divulgação da informação, ou seja, o ato de ocultar as diversas mazelas, erros e corrupções praticadas pelos representantes públicos é capaz de macular gravemente o processo democrático uma vez que “[...] se levados adequadamente ao conhecimento do público, este exigiria a investigação dos fatos e cobraria a punição dos eventuais culpados, sem falar do poder de não mais eleger os maus políticos” (CARVALHO, 2017, p. 43).

É bem verdade que a obtenção do máximo de informações não necessariamente irá assegurar que o eleitorado, em sua plenitude, faça uma escolha racional. Em uma concepção otimista, o máximo que se pode garantir é que um grupo de eleitores bem-informados, com acesso amplo a uma diversidade de versões dos fatos e alternativas poderá realizar sua escolha sem o risco

mínimo de manipulação dos dados por um determinado grupo detentor de poder (DAHL, 1989, p. 73).

Na época da publicação da edição da obra analisada, Dahl (1989, p. 75) constatou que inexistiam dados de nações em que a distribuição do poder de comunicação era feita de forma igualitária, pelo contrário, sua pesquisa demonstrava que a desigualdade era a regra, revelando o vício na formação das opiniões, em razão do domínio na divulgação de informações bem maior de uns comparados a outros. Na realidade atual, não se pode dizer que o cenário mudou drasticamente, mesmo com o advento da internet que ampliou o acesso a informações a todos e derrubou diversos monopólios dos meios de comunicação, ainda assim, a influência exercida por meios tradicionais como a televisão e o rádio, principalmente em eleições municipais, nos interiores dos estados brasileiros, não pode ser negada.

A instituição das eleições livres e justas não se resume ao ato de votar na urna, mas conta com um processo eleitoral que se inicia muito antes e irá terminar algum tempo depois do dia da votação. Se a democracia atual, ou poliarquia, é marcada pela representatividade, e distancia-se da democracia direta de outrora, e se o direito à participação política apenas culmina no exercício do voto, o período que lhe antecede, é essencial e, na verdade, é o auge da participação dos indivíduos, para que formem escolhas bem-informadas de quais representantes tomarão decisões políticas em seu nome. Por essa razão, Dahl divide os requisitos necessários para cada etapa do processo eleitoral. O direito de informar, ser informado, de expressar-se livremente, e sugerir alternativas que o cidadão entender pertinentes é crucial para o período pré-eleitoral, que antecede a eleição em si, por meio do voto.

Para assegurar eleições livres e justas, diversos são os fatores que precisam estar alinhados no processo eleitoral, dentre eles, a conquista do sigilo do voto, e a moderação do uso de recursos financeiros nas eleições. Isso porque, em diversos países, mas especialmente no Brasil, o poder econômico exerceu por muito tempo, e ainda exerce grande influência na escolha dos votos. No passado, o fenômeno que ficou conhecido como coronelismo contava com uma troca de votos por vantagens financeiras, no qual o voto aberto representava uma forma de conferência e possibilidade de coerção daqueles que detinham o poder sobre o eleitorado. Nesse sentido, o voto secreto conseguiu diminuir essa prática, sem, contudo, exterminá-la do país (LEAL, 2012, p. 23).

Só será possível alcançar a democracia em sua plenitude quando o eleitorado for verdadeiramente independente e, assim, pronto para eleger representantes de maneira livre. Sendo

assim, os representantes precisam ser colocados no poder de forma legítima e justa, em outras palavras de livre e espontânea vontade pelo povo e não por influência de poder econômico, muito menos político.

Contudo, ainda que o voto seja secreto e a influência do poder econômico seja moderado pela justiça eleitoral, esses elementos ainda não suficientes para garantir a justiça e a liberdade das eleições, pois, como já explanado, a formação da convicção do eleitor se dá no período que antecede o dia da eleição. Em outras palavras, a manipulação das informações e a restrição a apenas uma única versão dos fatos pode representar um voto viciado, quando comparado ao voto de livre formação, caso o eleitor fosse beneficiado do direito à liberdade de expressão e do direito de ser amplamente informado.

Ademais, tem-se um ponto de compatibilidade entre a liberdade de expressão e as eleições livres e justas, qual seja a promoção da autonomia pessoal e moral e da autodeterminação. Existe uma interpretação equivocada no sentido de que à medida que a democracia cresce ou é privilegiada dentro de um Estado, o sujeito teria menos autonomia, ou seja, seria menos livre para buscar seus interesses e desejos.

O preceito liberal concede ao cidadão a possibilidade de agir, deixar de agir, expressar-se ou calar-se sem medo de uma coerção Estatal. O direito de ser livre enseja na autodeterminação dos indivíduos, no sentido de que esses poderão buscar seu bem-estar e sua felicidade sem receios, freios ou qualquer outro tipo de domínio que venha a lhe causar impedimentos.

Da mesma forma, as eleições livres e justas, instituto que traduz a participação política, princípio democrático basilar, é também responsável por expandir a autodeterminação do indivíduo. Isso porque possibilita que os cidadãos possam se governar e produzir legislações para si mesmos, de modo a proteger e atender seus respectivos interesses. Para conquistar a sua autodeterminação e o privilégio de ditadores das próprias regras, o cidadão precisa associar-se, dialogar e entrar em um comum acordo com os demais sujeitos (DAHL, 2012, p. 137).

O autogoverno e a aptidão para viver sob as próprias regras parecem obviamente desejáveis a qualquer cidadão, contudo o que se constata é que tais benefícios proporcionam “o desenvolvimento pessoal dos cidadãos como entes morais e sociais, além de permitir que protejam e promovam seus direitos e preocupações mais fundamentais” (DAHL, 2012, p. 141). Para além dos referidos frutos, o valor do direito de governar-se a si próprio é justificado em razão da sua relação com a promoção da autonomia moral do indivíduo. Essa última faz parte do núcleo

essencial que faz do sujeito um ser humano pleno. Uma vez que, não há como refutar que a moralidade é um atributo valioso e esperado em todos os seres humanos, é preciso prezar pela sua autonomia para alcançá-la.

Um grupo de pessoas que se auto governa por meio de uma democracia representativa requer sua autonomia e sua autodeterminação de maneira individual para que possam atingir a autonomia coletiva. Assim sendo, “a representação democrática exige que se fomente a autonomia individual, isto é, que as pessoas sejam capazes de produzir seus próprios interesses a partir da reflexão crítica sobre o mundo e do diálogo com seus semelhantes” (MIGUEL, 2011, p. 56).

O pluralismo, base da teoria democrática de Robert Dahl, também dá fundamento para o direito à liberdade de expressão. A visão pluralista acerca da democracia não aceita que somente um grupo, ou uma minoria esteja apta a exercer o governo. Pelo contrário, acredita que os indivíduos ou diversos grupos, não só possuem condições de se autogovernar, como seria preferível que o fizessem. O que culmina na compreensão de que todos os cidadãos e seus interesses devem ser igualmente levados em consideração. Da mesma maneira, ao analisar o direito à livre expressão, observa-se que o referido direito se opõe à eleição de uma única verdade e preza pela tolerância dos discursos independente de seu conteúdo. Inclusive, de acordo com Locke (1983, p. 27), a garantia da pluralidade de manifestações é requisito para a manutenção da paz na sociedade.

Uma vez que o Estado nacional de grande escala possui bastante diversidade, a liberdade de expressão faz-se necessária para aprimorar a representatividade dos detentores de poder. De modo a assegurar que as eleições justas e livres cumpram o seu fim maior de eleger representantes verdadeiramente legítimos, é preciso que a pluralidade de vozes e seus interesses sejam ouvidos e alcancem efetivamente aqueles que estão no poder ou aqueles que concorrem a cargos de poder. Além de essencial na escolha dos representantes, por meio do voto, a liberdade de expressão é indispensável também nos períodos entre eleições, de modo a fiscalizar a atuação da liderança política do país, o que preserva a transparência e o senso de prestação de contas para com os eleitores e seus respectivos direitos.

## **4 OS FUNDAMENTOS E AS IMPLICAÇÕES DA REGRA DA CLÁUSULA DA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PROPAGANDA ELEITORAL**

### **4.1 A resposta geral sobre a coerência entre a cláusula geral da liberdade de expressão e a cláusula específica da restrição na propaganda eleitoral**

#### 4.1.1 A possível flexibilidade da cláusula geral de liberdade de expressão: o caso da propaganda eleitoral

A tese de posição preferencial do direito à liberdade de expressão é uma cláusula geral de interpretação dessa norma constitucional quando em conflito com demais direitos que vem sendo construída pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. O julgamento paradigma da ADPF nº 130, que não recepcionou a lei de imprensa no ordenamento jurídico brasileiro, é a decisão referência no que diz respeito à tese de primazia da livre manifestação do pensamento.

A ADPF nº 130 julgada em 2009 estabeleceu, em suma, por meio do voto do relator Ministro Ayres Britto, apesar dos votos parcialmente divergentes dos demais Ministros, uma precedência da liberdade de expressão sobre os demais direitos fundamentais. E, especificamente no que diz respeito à imprensa, definiu que essa deve ser plena, não admitindo-se meia liberdade, entre outros motivos, principalmente por possuir uma relação de interdependência com a democracia.

Em 2011, o julgamento da ADPF nº 187 privilegiou a livre manifestação do pensamento e a liberdade de reunião no caso que ficou conhecido como “marcha da maconha”, ao permitir que pessoas se manifestassem pela legalização das drogas, isto é, pela abolição de tipos penais do ordenamento jurídico brasileiro. No julgado destaca-se que, mesmo que ideias possam parecer inadmissíveis para a maioria, elas ainda sim precisam ser protegidas, uma vez que no caso não se tratava de incitação à crime, mas tão somente de reivindicação pela mudança de uma legislação em vigor.

Outro marco na fixação da tese de primazia da liberdade de expressão ocorreu no julgamento da ADI nº 4815, em 2015, acerca das biografias não autorizadas. No caso, o Supremo Tribunal Federal reiterou o entendimento da superioridade da liberdade de expressão inclusive sobre outros direitos fundamentais como a proteção da privacidade, honra e imagem. Ressaltou ainda a proibição de censura do discurso pelo Estado ou por particulares.

Desde a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, o STF tem reafirmado a tese de primazia do direito à liberdade de expressão sobre os demais direitos, ainda que não seja unânime a posição dos Ministros nos julgados acima, e muito menos o Supremo Tribunal Federal siga uma constância de entendimentos em razão da rotatividade de Ministros e até mesmo de opiniões por um mesmo Ministro em momentos diferentes<sup>28</sup>.

Em análise às decisões proferidas entre os anos de 2017 e 2020 pelo STF acerca do direito à liberdade de expressão, Magalhães (2021, p. 12) constatou que seis de onze decisões à tese da primazia desse direito foi reafirmada, ao passo que em cinco das onze decisões foi utilizada como fundamento a tese da proporcionalidade. Em conclusão, ainda longe de ser uniforme, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal estipulou como cláusula geral para o ordenamento jurídico brasileiro a tese da preferência pela liberdade de expressão.

A referida tese não significa dizer que a liberdade de expressão é um direito absoluto, conforme ressalvado no julgamento da ADPF nº 130. Existem restrições a esse direito estabelecidos pela própria Constituição Federal, leis ou decisões desde que possuam fundamento constitucional como é o caso de violação à dignidade da pessoa humana, ao direito de crianças e adolescentes, ou mesmo discursos discriminatórios, racistas, entre outros já debatidos na seção 2 deste trabalho. A primazia estabelece que, geralmente, nos conflitos legais ou judiciais, o outro direito deve fazer o maior esforço para demonstrar porque deve prevalecer e conseqüentemente restringir direito tão essencial que é a liberdade de expressão (SARLET, 2019, p. 1217).

O estabelecimento de posição preferencial da liberdade de expressão foi justificado pela necessidade de se afastar ao máximo do contexto ditatorial em que vigorava a Lei de Imprensa não recepcionada. A defesa da liberdade de expressão precisava, naquele momento, ser fixada como um contraponto entre o regime democrático e o regime tirânico censurador.

Sendo assim, impossível aplicar um bloco engessado de argumentos advindos de um clamor e um momento histórico específico a toda e qualquer situação posterior. Por isso, a necessidade de flexibilizar o referido entendimento, e não como um sinal de fraqueza, de que decisões que não são cumpridas no Brasil ou até mesmo acusado o judiciário de ser contraditório,

---

<sup>28</sup> Magalhães (2021, p. 13), em análise aos casos acerca do tema liberdade de expressão julgados pelo STF durante os anos de 2017 a 2020, identificou que os ministros defensores do *status* de preferência da liberdade de expressão não se comprometem com ele em todos os casos. Isso porque, a depender do caso concreto falam do uso da proporcionalidade. Seria, portanto, uma preferência *prima facie*, que significa dizer que há somente uma preferência inicial, que pode vir a ser flexibilizada a depender do caso concreto.

mas simplesmente pela necessidade de coadunação do argumento à realidade atual (MAGALHÃES, 2021, p. 6).

Portanto, desde o início, a Constituição Federal de 1988 buscou proteger a expressão de toda e qualquer censura, de modo a afastar-se da conduta que ocorria no período que antecedeu a Constituinte. Em outras palavras, a liberdade de expressão com a atual Constituição Federal passou a ressaltar mais ainda a função de mantenedora do Estado democrático de direito, estando a serviço deste e não da formação individual de cada um (MAGALHÃES, 2021, p. 6).

No julgamento da ADI nº 4451, em 2018, que decretou a inconstitucionalidade de trechos da Lei das Eleições que limitavam o conteúdo veiculado por emissoras de rádio e televisão próximo ao período eleitoral, o STF reafirmou a preferência da liberdade de expressão e ressaltou que, caso essa seja suprimida, a democracia deixaria de existir, uma vez que a oportunidade de participação do público e a diversidade de ideias, principalmente as críticas, são fundamentais para a manutenção do sistema democrático do país (BRASIL, 2018).

Nesse ponto, atinge-se uma via de mão dupla, enquanto o argumento da sua essencialidade para democracia justifica a precedência da liberdade de expressão perante outros direitos e por isso aumenta o esforço para restringi-lo, esse mesmo argumento pode ser e tem sido utilizado para embasar diversas restrições à livre expressão.

Ocorre que, para cumprir com sua função democrática, o conteúdo proferido e resguardado pela liberdade de expressão deve estar de acordo com os preceitos do Estado democrático de direito. Sob essa ótica, pode-se afirmar que não é livre qualquer expressão, mas tão somente aquela que não viole os dogmas democráticos. Como resultado, ao se afiliar a linha da dimensão democrática da liberdade de expressão seu escopo de proteção é diminuído (MAGALHÃES, 2021, p. 07).

Noutra monta, o discurso que afere críticas às políticas públicas e aos representantes políticos representa a possibilidade do cidadão de manifestar sua oposição, um dos elementos constitutivos da poliárquia de acordo com Dahl (1997, p. 28). Nesse sentido, a permissão da crítica reitera os preceitos democráticos na visão poliarquica, restando uma linha tênue entre a oposição política como requisito à manutenção da democracia e a oposição que extrapola o escopo de proteção da liberdade de expressão democrática.

É nesse aparente impasse que se encontra a regulação da propaganda eleitoral no Brasil. Em uma primeira visão, a promoção da liberdade de expressão estimula debates e faz circular mais

informações capazes de contribuir para a formação do voto de cada cidadão, o que consequentemente salvaguarda as eleições um dos pilares da democracia. Todavia, em um segundo olhar, a restrição aos discursos que violem a lisura do pleito, danifiquem a concorrência eleitoral e prejudiquem de alguma forma o caminho para as eleições, faz-se necessário para garantir a manutenção do Estado democrático de direito brasileiro.

Para validar essa última perspectiva, conclui-se pela necessidade de flexibilização da tese da posição preferencial da liberdade de expressão. Pois, o conteúdo manifestado tem sua preferência garantida quando utilizada em favor ou em função dos ideais democráticos, caso contrário não há que se falar em preferência. Na propaganda eleitoral, momento que antecede às eleições, pilar da democracia, o conteúdo, o período, e o veículo dos discursos são amplamente regulados pelo legislativo e pelo judiciário eleitoral. A propaganda eleitoral está a serviço da democracia e a serviço dos cidadãos o que justifica certa necessidade de restrição. Tais limites à liberdade de expressão são os reflexos da dimensão democrática e igualitária desse direito fundamental, de modo a transparecer a sua versão social. Por mais paradoxal que seja, a liberdade de expressão é preterida no período eleitoral para fomentar a livre circulação de ideias e defender os demais preceitos democráticos.

#### 4.1.2 Os limites da exceção: os limites da regra da restrição na propaganda eleitoral

Para encontrar os limites da exceção da tese de preferência da liberdade expressão, quer dizer, os limites à regra da restrição a esse direito na propaganda eleitoral, é preciso fazer o caminho inverso do realizado na subseção anterior. Para tanto, basta atentar para quando a restrição à liberdade de expressão prejudica o processo democrático, mais especificamente o processo eleitoral.

Trata-se de uma tarefa árdua discernir quando uma regulação da liberdade de expressão é necessária para fomentar os preceitos democráticos e quando essa seria excessiva a ponto de causar-lhes dano. Tendo em vista que, como ressaltou o Ministro Ayres Brito, no seu voto como relator do julgamento da ADPF 130, o vínculo entre democracia e liberdade de expressão é extremamente entrelaçado (BRASIL, 2009).

O ponto chave parece girar em torno da ordem das coisas, quando se trata de liberdade e igualdade, um dos principais preceitos democráticos defendidos durante o processo eleitoral.

Primeiro é preciso que os candidatos e eleitores possuam voz, ou seja, tenham sua liberdade de expressão resguardada para então equilibrar as vozes e regular os discursos. Sendo assim, o limite da restrição à liberdade de expressão ocorre quando o seu núcleo de proteção é atingido, revelando uma restrição excessiva capaz de diminuir as vozes ou até calá-las, sobrando pouco ou quase nada para que o Estado equilibre.

Para esclarecer de modo prático, quando se está mais próximo de uma hegemonia de pensamentos e distante do pluralismo de ideias, essencial para um governo democrático, então esse é o ponto limítrofe da restrição à liberdade de expressão.<sup>29</sup> Ao banir a possibilidade de emitir opiniões desagradáveis e críticas ao governo estar-se-á a ferir um dos elementos fundadores da democracia, qual seja, a participação política e o direito de oposição. Ao colocar na mão do Estado tal poder de subtrair críticas dá-se o ensejo para que esse seja um governo sem transparência e até mesmo corrupto (BRASIL, 2018).

Não se deve esquecer que o direito à liberdade de expressão é um gênero do qual faz parte também o direito de ser informado. O eleitorado, como destinatário das informações, precisa que a divulgação de ideias e o livre debate que antecede o pleito seja resguardado, uma vez que o povo, não só recebe informações, mas as transforma em poder decisório, por meio do voto. Uma vez que a democracia não está resumida à ida às urnas a cada quatro anos, a restrição à liberdade de expressão durante a propaganda eleitoral, esbarra no papel vital que essa última possui para as eleições.

De acordo com Osório (2017, p. 129), a liberdade de expressão deve ser exacerbada durante o período eleitoral, visto que é pelo amplo acesso às informações, opiniões e debates que os candidatos poderão se fazer conhecidos pelos eleitores e esses poderão comparar as diversas propostas de governo dos concorrentes. Para além da liberdade de expressão dos candidatos, os eleitores também precisam ter sua garantia de liberdade de opinião assegurada, de modo a instigar discussões essenciais para a manutenção da democracia. Necessário ressaltar que a referida liberdade de expressão alcança também as críticas advindas de candidatos concorrentes e da população em geral, pois é através da revelação de diversas versões acerca de um mesmo fato é que o eleitor é capaz de construir sua escolha de voto.

---

<sup>29</sup> De acordo com Mill (2011, p. 31), um discurso cerceado e outro permitido significa dizer que o último é infalível. Em outras palavras, seria uma presunção da existência de um discurso correto e outro discurso incorreto, conclusão essa que não condiz com a realidade.

A linha que não pode ser ultrapassada pela legislação eleitoral e principalmente pelas decisões judiciais é a de restrição de críticas típicas da corrida eleitoral benéficas para a constituição de um voto bem informado por parte do eleitor. A crítica ainda que áspera e incômoda ao destinatário deve ser protegida pelo direito à liberdade de expressão e jamais servir de causa para sua restrição, em nome da defesa da lisura do pleito.

Ainda no contexto das críticas não só permitidas, mas necessárias à propaganda eleitoral, encontra-se no destinatário dessas críticas outro limite às restrições da liberdade de expressão nesse período. As figuras públicas, candidatos e agentes públicos assumem o risco de serem alvos de notícias e opiniões muitas vezes desagradáveis, uma vez que a sua reputação passa a ser de interesse público, diminuindo, assim, a proteção estatal desses, conclusão formada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *New York versus Sullivan* (FISS, 2005, p. 36).

Inclusive quando se fala em direito à privacidade existem níveis de proteção que acabam sendo flexibilizados a depender do tipo de sujeito titular do direito. Aquele indivíduo que se expõe com frequência, por exemplo, como é o caso das figuras públicas, têm, por consequência, um raio menor de proteção da sua privacidade, pois o público participa mais da sua vida privada. No que diz respeito, especialmente, aos detentores de cargos públicos e candidatos, estes escolheram, ainda que não intencionalmente, a sua exposição à mídia e à população em geral, tendo como consequência maior número de conteúdos, expressões, suposições etc. divulgados a respeito de suas vidas (COSTA JÚNIOR, 1995, p. 38-39).

O julgamento da ADPF 130 destacou que “o exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes de Estado”. Mais uma vez, destaca a importância da oposição, de modo que a população não receba somente a versão governamental dos fatos como única verdade, mas possa obter outras versões e com isso formar sua própria convicção (BRASIL, 2009).

Há certa controvérsia acerca da exposição da vida pessoal, nível de proteção da intimidade do candidato ou agente público. De um lado, pode-se argumentar que o direito à privacidade, ainda que flexibilizado, possui um núcleo duro de proteção que precisa ser garantido, qual seja os detalhes da vida íntima das figuras públicas, os quais não teriam relevância para o debate da concorrência ao pleito. Em outro aspecto, o conhecimento da intimidade do candidato é importante para a democracia, de modo a permitir que o eleitor avalie se as propostas do pretendo

representante da sociedade civil estão de acordo com a sua vida pessoal, carreira profissional e política. Afinal, muitos dos ideais defendidos pelos candidatos requisitam uma análise de seu caráter e de sua trajetória de vida de modo a averiguar se este age conforme suas declarações<sup>30</sup>.

As restrições à liberdade de expressão devem observar uma ordem estabelecida pela Constituição Federal e replicada em parte pela legislação infraconstitucional eleitoral, de modo a intervir o mínimo possível nesse direito fundamental, no sentido de que o princípio não pode ser afastado por completo, mas tão somente balanceado em determinada situação. Sendo assim, na teoria da proporcionalidade, existe a restrição da afetação ao conteúdo essencial de um direito fundamental, de modo que esse direito não pode ser reduzido de tal maneira que se torne irreconhecível para a sociedade e imprestável para o indivíduo. Portanto deve ser preservada minimamente a sua essência ou seu núcleo essencial no momento do sopesamento com outros direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 94-96, 297).

No ordenamento jurídico brasileiro estão previstas estratégias como direito de resposta e a reparação pecuniária posterior em casos de violações aos direitos cometidas pelo direito à liberdade de expressão, as quais são menos duras e, portanto, prioritárias. Enquanto a remoção de conteúdo de propaganda eleitoral dos meios de comunicação, também prevista na legislação eleitoral, por ser ação mais severa e de fato eliminatória da expressão, deve ser utilizada com cautela somente em casos extremamente necessários.

Dessa forma, a legislação eleitoral e principalmente as decisões da Justiça Eleitoral acerca da propaganda eleitoral e do direito à liberdade de expressão precisam passar pelo processo de constitucionalização já realizado em outras áreas do direito, de modo a respeitar os limites previstos na Constituição Federal como forma de evitar casuísmos que colocam em risco à democracia e a proteção do direito fundamental à liberdade de expressão (OSÓRIO, 2017, p. 139-140).

#### 4.1.3 Os riscos do casuísmo na flexibilização da liberdade de expressão

---

<sup>30</sup> De acordo com Pinto e Moraes (2020, p. 81) a ampla circulação de informações acerca dos candidatos deve vir do maior número de fontes possíveis, sob pena do eleitorado ser dominado e manipulado. A estratégia atual de propaganda eleitoral, através de ferramentas tecnológicas, faz uso do *profiling* que cria perfis dos eleitores com seus dados e do *microtargeting* que a partir desses perfis direciona conteúdos específicos acerca do candidato para cada eleitor de acordo com seus principais interesses. A hegemonia de informações está cada vez mais avançada através dos algoritmos, grande número de dados, robôs e estratégias de marketing eleitoral que disseminam uma informação em uma velocidade incomparável.

O direito eleitoral é uma seara do direito que está em constante mudança. A experiência demonstra que leis eram editadas no ano anterior a cada ano eleitoral, até que finalmente a Lei nº 9.504/97, Lei das Eleições, foi promulgada e permanece vigente até hoje, sendo aplicada a todas as eleições desde então. Contudo, diversas pequenas reformas foram realizadas ao longo dos anos na referida lei o que acaba mantendo a tradição de ausência de estabilidade nas normas eleitorais como um todo.

Casuísmo diz respeito a normas, propostas, decisões com fundamentação duvidosa e tendenciosa à aplicação em casos particulares, criada com um único ou poucos fins. Normas casuísticas fogem da criação e aplicação genérica, mas se baseiam em casos concretos, dessa forma pode-se dizer que as mudanças legislativas a cada novo pleito poderiam representar, por si só, um casuísmo inerente ao direito eleitoral. Em espaços curtos de tempo, pela periodicidade das eleições, as normas parecem ser temporárias, inacabadas, cheias de lacunas e elaboradas de acordo com o que ocorreu na prática no último período eleitoral (GOMES, 2020, p.10).

Com intuito de manter minimamente a estabilidade da legislação eleitoral, a Constituição Federal prevê o princípio da anterioridade anual em seu art. 16 “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. No tocante ao processo legislativo, entre a criação, aprovação e promulgação de uma lei, a depender da temática e da pauta extensa no congresso, vários anos podem ser necessários para sua conclusão, sendo assim, o princípio da anterioridade anual dá uma certa urgência ao poder legislativo para que priorize e acelere o processo de aprovação de leis que venham a alterar o processo eleitoral de alguma forma, de modo a evitar a alteração nas regras durante o jogo ou próximo do início desse.

Todavia o art. 16 da Constituição Federal utiliza o termo “lei” que, interpretado restritivamente, refere-se somente às regras elaboradas pelo poder legislativo, excluindo as regras produzidas pelo judiciário com carga normativa, quais sejam as resoluções que visam regulamentar as leis já existentes.

Contudo, de acordo com Gomes (2020, p. 506-508), as modificações nas regras feitas pela justiça eleitoral, ainda que não sejam classificadas como leis propriamente ditas, possuem caráter normativo e caso venham a inovar no ordenamento jurídico devem respeitar a anterioridade anual, sob pena de arruinar as pretensões do referido princípio. Pela lógica de separação de poderes

e de suas respectivas funções típicas, não haveria coerência em proibir o legislativo de criar leis eleitorais com eficácia nos doze meses que antecedem o pleito, e, ao mesmo tempo, permitir ao judiciário que o faça, principalmente quando sua função precípua não é legislar. Inclusive, o STF entendeu no julgamento do RE nº 637.485/RJ que sequer a jurisprudência do TSE pode ser aplicada imediatamente em caso de mudança de entendimento do tribunal, devendo essa recair somente no período eleitoral posterior.

No tocante às resoluções do TSE, o art. 105 da Lei nº 9.504/97 estabelece a data limite de 5 de março do ano das eleições para que a justiça eleitoral as elabore, desde que seu conteúdo se limite ao caráter regulamentador e não restrinja direitos ou estabeleça sanções distintas das previstas em lei. Ainda que seja uma data mais próxima do pleito, o art. 105 em conjunto com o princípio da anterioridade anual visam tornar o processo eleitoral mais seguro e previsível, sem surpresas para os agentes que participarão ativamente do mesmo. O objetivo, portanto, é preservar a segurança jurídica e a integralidade da lei que deve atingir a todos sem parcialidade, do contrário alguns candidatos ou partidos políticos poderiam ser beneficiados e outros prejudicados por decisões casuísticas (GOMES, 2020, p. 503).

Ademais, no que diz respeito às leis e decisões que limitam o discurso político, em época de propaganda eleitoral, o risco está justamente na proximidade exagerada, a ser evitada, entre o Estado e o direito à liberdade de expressão do povo e à livre imprensa, a qual pode resultar em governos tirânicos e corruptos. Por essa razão, faz-se necessária uma distância segura entre o governo e esses direitos, de modo a resguardar a transparência e a manutenção de eleições livres (MILL, 2011, p. 30).

Há ainda o fato de que, na seara eleitoral, são os representantes do povo que legislam para eles mesmos, quando tratam de candidatos à reeleição, ou futuros representantes do povo, questão essa que revela uma eventual parcialidade na elaboração de leis condizentes com os interesses dos próprios legisladores.

Confiabilidade e transparência são requisitos fundamentais para o processo democrático que se dá por meio das eleições e do período que lhe antecede. Tais pressupostos podem ser auferidos por meio da fundamentação, coerência e durabilidade das decisões. Sendo assim, quando ocorrem mudanças repentinas e sem fundamentação ou com fundamentação dúbia que leve a um benefício de um dos agentes participantes desse processo, os referidos requisitos não se verificam (ZAULI, 2018, p. 287).

No sistema judicial como um todo, têm se observado uma tendência de ativismo judicial ou judicialização da política<sup>31</sup>, por meio da qual o juiz não é mais visto e não age como mero intérprete da vontade do legislador, mas sim possui uma postura, menos restrita e mais atuante, com a conseqüente ampliação de poderes do judiciário, de modo a alcançar funções precípuas de outros poderes (MATOS, 2020, p. 123).

É possível dizer que a seara eleitoral é um território flexível e convidativo para o ativismo do judiciário, em razão das omissões legislativas, da periodicidade das eleições que exige atualização frequente do direito para com a realidade social, e da necessidade de resposta rápida aos conflitos que surgem durante o período eleitoral, sob pena de não produzir efeitos.

Nesse sentido, há um risco institucional de casuísmo, que deixa na mão do judiciário seja por meio de decisões, seja por meio de resoluções regulamentadoras, o estabelecimento de ordens que devem ser seguidas pelos agentes que participam do processo eleitoral, ainda que não sejam normas propriamente ditas. É no mínimo problemático outorgar poderes de ditador de regras acerca das eleições aos juízes que sequer foram legitimamente eleitos pelo povo, e em tese não possuem a responsabilidade de representar sua vontade.

O contexto típico do legislativo e judiciário eleitoral, por si só, revela um ambiente que dá ensejo à casuísmo. A ausência de uniformidade de argumentos e conteúdo decisório, não é exclusividade da justiça eleitoral, mas possivelmente os julgamentos podem sofrer mais em razão de tratar-se de uma justiça emprestada e que muda a composição dos seus julgadores com frequência.

Para além do casuísmo institucional, o tratamento do direito à liberdade de expressão na seara eleitoral sofre com uma legislação que carece de parâmetros claros e precisos, a exemplo da ausência do conceito de propaganda eleitoral na lei das eleições. Outrossim, os casos que justificam a restrição à livre manifestação do pensamento previstos em lei, ainda estão sujeitos a um bom grau de subjetivismo dos órgãos judiciários.

Previsões legais desde o antigo, mas ainda vigente, art. 242 do Código Eleitoral que proíbe a propaganda que crie estados emocionais e passionais, passando pela vedação de

---

<sup>31</sup> Nelson Juliano Matos (2020, p. 124-126) em análise as expressões “judicialização da política” e “ativismo judicial”, elucida que o ativismo judicial pode visto em tom pejorativo, no sentido de que seria uma atitude do judiciário para além das permissões institucionais ou normativas, enquanto que a judicialização da política atuaria dentro desses limites que a norma e as instituições concedem. Contudo, após esforço para distingui-las, concluiu que as referidas expressões podem ser utilizadas de forma sinônima sem prejuízo para a compreensão dos efeitos que produzem no mundo jurídico.

propaganda eleitoral na televisão que use “trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação” no art. 45, inciso II da Lei nº 9.504/97, até as mais recentes proibições de divulgação de informações inverídicas estão carregadas de incertezas e imprecisões. A ideia de ridículo, de estados passionais e informações inverídicas são completamente subjetivas e exigem um esforço jurisdicional que foge da capacidade técnica dos órgãos judiciais e da competência do direito. Não se fala aqui dos casos de evidente discurso de ódio, racista, discriminatório, mas sim da linha tênue entre a crítica típica da concorrência eleitoral e uma ofensa à honra do candidato.

Em razão da ausência de padrão decisório e limites precisos acerca da flexibilização da liberdade de expressão por parte da justiça eleitoral, grandes são as chances de casuísmo em que determinados agentes são beneficiados durante a concorrência ao pleito, o que pode ter consequências graves no seu resultado. Ainda que seja impossível discriminar cada um dos elementos que compõem a formação do voto do eleitor, é apropriado observar que determinadas decisões que venham a limitar a liberdade de expressão de um candidato durante a propaganda eleitoral poderá ter graves consequências tanto para o eventual candidato quanto para o eleitorado.

A justiça eleitoral, ao entender que determinada crítica ultrapassa o escopo de proteção do direito à liberdade de expressão e representa, na verdade, um conteúdo ofensivo à honra, ou conteúdo inverídico, pode estar privando o eleitorado de conhecer os pontos negativos, os defeitos do candidato, uma outra versão dos fatos, que não aquela contada pelo próprio concorrente ou por seus apoiadores convenientemente forjada por seus interesses (ROCHA, 2020, p. 16).

Dessa forma, o desafio reside em discernir se uma manifestação constitui uma propaganda eleitoral ilegal ou apenas uma opinião desfavorável do cidadão. Nesse caso, decisões casuísticas restritivas do discurso livre podem desencadear um efeito silenciador das mídias e dos cidadãos, por meio do qual evitam divulgar determinadas informações por não saber como o judiciário irá se comportar, e em que medida, se branda ou severa, poderá vir a reagir. Na legislação brasileira, o alcance das penalidades abrange condenação pecuniária, direito de resposta, perda do horário de propaganda na televisão ou rádio, remoção de conteúdo publicado na internet, exclusão de perfis de redes sociais, e até mesmo sanções criminais.

O favorecimento do direito à honra na seara eleitoral com decisões que concedem indenizações, removem conteúdo e até geram consequências criminais podem vir a criar uma primazia dos direitos da personalidade dos candidatos e agentes públicos acima da liberdade de

expressão, o que iria de encontro com o sentido da propaganda eleitoral que é tornar conhecido o eventual representante político da população, e por isso está sujeito a uma maior exposição de sua intimidade (OSÓRIO, 2018, p. 388).

A justificativa de eventual restrição judicial de uma propaganda eleitoral meramente negativa, mas não ilegal, reside em argumentos como a preservação da moral e higidez do processo eleitoral, contudo, o debate acerca do moralismo foge da seara do direito. De acordo com Adriano Costa (2012), a lógica das decisões moralistas parece ver de forma pejorativa todo aquele que ingressa na concorrência ao pleito, e “na ânsia de higienização da política, deseja-se acabar com os políticos, o que nada mais é do que selar o fim da própria democracia”.

No intuito de purificar o processo eleitoral, com a flexibilização da liberdade de expressão, para excluir discursos supostamente não democráticos, corre-se o risco de tirar da mão do povo o poder decisório através do voto, e do processo que leva à formação da sua convicção. É nesse sentido que o maior risco do casuísmo no tratamento do discurso eleitoral está na ruína da própria democracia.

## **4.2 A inversão da primazia da liberdade de expressão: o percurso legal e jurisprudencial**

### **4.2.1 Os fatores e eventos da inserção de cláusulas de restrição à liberdade de expressão na propaganda eleitoral: o caminho legal**

No ano de 1976 foi promulgada a Lei nº 6.339, conhecida como Lei Falcão, proposta pelo então Ministro da Justiça Armando Falcão, a qual trouxe mudanças que reduziram significativamente as possibilidades de atuação dos candidatos na propaganda eleitoral. Essa lei foi editada como um meio para silenciar as vozes da oposição contra o governo da época, que, na eleição de 1974, usou da propaganda no rádio e na TV para expor diversos problemas do país. Apesar do claro intuito de cercear a liberdade de expressão, especialmente as críticas ao poder estatal, a lei foi apresentada ao Congresso Nacional e defendida sob o argumento de que seria uma forma de aperfeiçoar a democracia e trazer mais equilíbrio ao pleito. As novas regras dessa lei, que tiveram incidência em quatro eleições, após sua promulgação, limitavam a propaganda eleitoral à mera apresentação do nome e foto do candidato, sem espaço para exposição de propostas (LEI..., 2017).

Com o fim do Regime Militar no Brasil e a promulgação da Constituição Federal, a liberdade de expressão assumiu um papel de preferência no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, nas primeiras eleições após 1988, a Lei nº 8.214/1991 estabeleceu ampla liberdade de propaganda eleitoral para os concorrentes ao pleito.

Assim como o período com pouca liberdade fez com que a legislação brasileira valorizasse extremamente a liberdade de expressão, o mesmo período sem democracia justificou a preocupação do legislador em defender os preceitos democráticos acima de outros tantos direitos. Nessa ótica, observa-se que o certo dano causado pelo Regime Militar ao mesmo tempo em que deu razão a primazia da liberdade de expressão também legitimou a proteção de eleições livres e justas, especialmente através da garantia da igualdade de oportunidades entre os concorrentes ao pleito.

Por isso, nas eleições consecutivas ao Regime Militar foi possível observar a preocupação do legislador com os gastos eleitorais e com a influência do poder econômico na concorrência eleitoral. Na justificção do Projeto de Lei nº 3.831/93 que culminou na lei nº 8.713/93, que regulamentou as eleições de 1994, desde cedo notou-se uma associação pejorativa dos avanços da propaganda eleitoral que provocam o aumento de gastos eleitorais, ao afirmar que “campanhas eleitorais sofisticadas exige em maiores recursos, ou seja, abre-se a possibilidade de interferências no processo eleitoral, de empresas que tem grandes interesses nos resultados eleitorais” (PROJETO DE LEI Nº 3.831/93).

Da mesma forma, nas eleições seguintes de 1996, o Projeto de Lei nº 180/95, posterior lei nº 9.100/96, em sua justificção permaneceu o tom de preocupação com o aumento de gastos através da sofisticação e novidades nas estratégias de campanha eleitoral, assim o principal objetivo da proposta era o de “limitar a ação do poder econômico, diminuindo a desigualdade que provoca a ação do dinheiro nas condições de competição eleitoral”. Dessa forma, a primeira medida legal foi estabelecer um teto de gastos eleitorais, sob a justificativa de contribuir “para o aperfeiçoamento do processo eleitoral, garantindo um equilíbrio mínimo na disputa” (PROJETO DE LEI Nº 180/95).

A partir da análise comparativa das legislações eleitorais desde 1992 até 2015, Salgado e Neves (2020, p. 125-126) constataram que as normas acerca da propaganda eleitoral ficaram cada vez mais restritivas. O período eleitoral que já foi de mais de cento e vinte dias, hoje está reduzido a aproximadamente quarenta e cinco dias. No que diz respeito à propaganda eleitoral nas ruas, os

*outdoors*, showmícios, carros de som isolados, material gráfico colocados em bens de uso comum constata-se a anterior permissão, e a atual proibição pela legislação brasileira.

O que se observa é uma tendência de restrição da liberdade de propaganda eleitoral para reduzir os gastos de campanha e com isso igualar as oportunidades para os concorrentes. O objetivo é evitar que aspectos denominados de “irrelevantes” por Óscar Sánchez Muñoz (2007, p. 243-244), tais quais os fatores econômicos e fatores de poder político, sejam utilizados e muito menos influenciem a formação do voto do eleitor. Todavia, os referidos fatores são mais do que irrelevantes, pois se tornam prejudiciais e inadequados ao fim que se propõe o processo eleitoral, qual seja uma disputa livre e justa capaz de eleger candidatos que verdadeiramente representem os ideais dos cidadãos, e não aqueles detentores de poder econômico ou político, sem compromisso com a representatividade de valores.

Sendo assim, com a diminuição de tempo de campanha e restrição das formas de fazer campanha que demandam grandes gastos financeiros, o legislador teve o intuito de diminuir o poderio do dinheiro no convencimento do eleitor. Em uma sociedade marcada pela desigualdade social e econômica, como a brasileira, requer-se uma atitude mais positiva do Estado com o intuito de assegurar a igualdade de oportunidades dos concorrentes ao pleito (OLIVEIRA, 2013, p. 178).

A experiência brasileira mostra que os políticos de carreira, empresários, e pessoas com maior poder aquisitivo compram votos em troca de dinheiro, bens ou promessas de vantagens. Sendo assim, observa-se que o uso de vantagens econômicas pelos mais abastados é uma das marcas da democracia representativa brasileira (LEAL, 2012, p. 24).

Logo, a visão igualitária das liberdades tende a ser meramente formal, pois previstas em lei, mas muitas vezes inválida na prática. Para Rawls (2000, p. 222), todos têm direitos iguais, mas acabam sendo afetados pelas desigualdades sociais e econômicas, em que aqueles que possuem maior poder aquisitivo conseguem mais vantagens para influenciar a formação de leis e a tomada de decisões políticas que lhes beneficiem. De modo a evitar o domínio político por aqueles mais abastados economicamente, o Estado precisa atuar de modo a garantir verdadeiramente a equidade na disputa por cargos públicos.

Dentre as hipóteses de restrição à liberdade de propaganda de modo a evitar o abuso de poder econômico, o legislador dedicou-se especialmente à regulação da atuação dos meios de comunicação no período eleitoral. O risco de favorecimento a determinado candidato, através das mídias de televisão e rádio, é gigantesco, pois além dessas serem dominadas por um pequeno grupo

de empresas com fins lucrativos, o poderio econômico, já destacado, é potencializado pelo alcance de milhões de eleitores através da sua transmissão de conteúdo (CUNHA, 2020, p. 41).

Por possuir maior alcance que o cidadão comum, os meios de comunicação merecem certa restrição no período eleitoral, assim “torna-se necessário defender não só a liberdade de imprensa, mas também a liberdade face à imprensa” (CUNHA, 2020, p. 43). Pois, em caso de abuso do exercício da livre imprensa, é preciso proteger os cidadãos do uso excessivo e mais poderoso da voz da mídia. Afinal, não há que se falar em hierarquia entre a liberdade de imprensa e os demais direitos individuais.

Para além da ingerência do dinheiro na concorrência eleitoral e no êxito no resultado das eleições, a legislação eleitoral passou a se preocupar também com a influência do poder político. Em 1996, na iminência da aprovação da hipótese de reeleição<sup>32</sup>, a nova proposta que se transformaria na Lei nº 9.504/97, trouxe as primeiras restrições ao uso das forças estatais na disputa ao pleito. Diante disso, a legislação previu a vedação da propaganda institucional e da transferência de recursos, excetuados os casos de emergência e calamidade pública a partir de 30 de maio de 1998, assim como estabeleceu uma proteção aos servidores públicos ao proibir sua remoção, transferência ou exoneração no período pré-eleitoral (PROJETO DE LEI Nº 2.695/97).

As restrições primitivas evoluíram e culminaram no atual art. 73 da Lei nº 9.504/97, dispositivo legal que trouxe pela primeira vez a literal proteção à equidade entre os concorrentes nos termos do seu *caput* “São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”. A vedação à atuação dos candidatos detentores de mandato eletivo representa uma restrição à sua liberdade de expressão justificada pela necessidade de evitar o uso da máquina pública de modo a desequilibrar a concorrência ao pleito. Além disso, busca também fomentar a inclusão eleitoral, o pluralismo e principalmente a renovação da política, de modo que o candidato não-detentor de mandato eletivo possa se fazer conhecido, tanto quanto aquele que já ocupa o cargo político.

As condutas vedadas aos agentes públicos restringem o uso do seu poder político, mas além disso são necessárias medidas que garantam a igualdade e evitam o abuso das pessoas comuns, concorrentes não detentores de mandatos políticos. Nesse sentido, não basta que as vagas, os cargos políticos estejam abertos a todos, mas é preciso viabilizar o acesso, conceder chances reais e iguais de concorrência a todos que se propõem a disputá-lo. (OLIVEIRA, 2013, p. 182).

---

<sup>32</sup> Aprovada pela Emenda Constitucional nº 16 em 1997.

As marcas da desigualdade social na sociedade brasileira dificultam a manutenção do pluralismo e da ampla representatividade política próprios da democracia. Assim, o direito não deve somente refletir a sociedade, mas moldá-la, conforme busca fazer a legislação eleitoral. Portanto, a defesa dos preceitos democráticos, antes inexistentes no período ditatorial como a igualdade de oportunidades entre os candidatos, a higidez, a legitimidade das eleições, a garantia de um pleito limpo e justo, ausente de corrupção, fraudes e abusos de poder econômico e político são os principais argumentos que justificam a restrição à liberdade de expressão na propaganda eleitoral brasileira.

Em resumo, a legislação eleitoral busca assegurar a igualdade de oportunidades entre os candidatos por meio da vedação a abusos e uso indevido de recursos financeiros, ou seja, a influência do poder econômico no pleito, assim como os abusos dos meios de comunicação, que possuem a divulgação em larga escala, que atinge as massas, como fator preocupante adicional. Além disso, coíbe o abuso de poder político, através das condutas vedadas, de modo que aqueles que ocupam cargos públicos não possam utilizar do acesso facilitado aos meios de comunicação, recursos financeiros entre outras vantagens proporcionadas pela máquina pública, enquanto os demais concorrentes não podem fazer o mesmo.

Ademais, outro argumento que justifica as restrições à liberdade de propaganda eleitoral gira em torno do curto período eleitoral, aproximadamente quarenta e cinco dias, o qual potencializa os efeitos do discurso. No caso de violação a direito cometida por determinado momento em período não-eleitoral, a regra de enfrentamento é a da responsabilização posterior do indivíduo por meio reparação pecuniária ou penal, contudo na hipótese de combate aos discursos excessivos violadores de direitos, no período eleitoral, a consequência precisa ser mais efetiva, capaz de proteger o andamento da disputa e preservar a legitimidade e justiça do pleito que se aproxima rapidamente.

Sendo assim, a justiça eleitoral possui um papel mais ativo quando comparado ao restante do sistema judiciário brasileiro, uma vez que precisa proferir decisões com capacidade de produzir efeitos dentro de um período exíguo. Não só precisa ser célere a justiça eleitoral, mas precisa ser eficaz, de modo que decisões que restringem a liberdade de expressão vêm sendo mais utilizadas no período eleitoral, uma vez que condenações indenizatórias posteriores, possuem pouco ou quase nenhuma utilidade após a data das eleições.

A regra da responsabilização posterior estabelecida pela Constituição Federal e pelo Código Civil brasileiro parece não servir para o caso em que determinado candidato está sofrendo ofensas, ou está sendo vítima da divulgação de informações inverídicas prejudiciais à sua campanha eleitoral ocorrendo naquele momento. Portanto, a Justiça Eleitoral brasileira justifica sua atuação mais restritiva como a determinação de perda de tempo de propaganda gratuita na televisão ou rádio, retirada de conteúdos e perfis da internet sob o fundamento de efetividade daquela decisão para restabelecer o equilíbrio da disputa eleitoral e, conseqüentemente, proteger a democracia em tempo hábil.

Há, portanto, um aspecto negativo e outro positivo da igualdade de oportunidades. O lado negativo requer uma atuação limitadora do Estado, a qual restringe a atuação dos candidatos detentores e não detentores de cargos políticos em busca de uma equidade, não somente legal, mas com força para gerar resultado no mundo real. Por sua vez, a consequência positiva é justamente a de equilibrar o pleito e minimizar a influência de elementos que não deveriam ser utilizados no convencimento do eleitorado (OLIVEIRA, 2013, p. 183-184).

Importante atentar que qualquer restrição à propaganda eleitoral significa certa restrição ao debate público justamente no período de ápice do exercício da democracia, por isso toda regulação legal ou judicial deve ser devidamente justificada em valores constitucionais, e não feita sob qualquer argumentação menos valiosa (SALGADO; NEVES, 2020, p. 124).

Portanto, o Estado não deve ser visto como um inimigo da liberdade de expressão, pois possui o intuito positivo de defesa de preceitos democráticos, como a igualdade, além da melhora na qualidade do discurso. Contudo, o referido poder estatal não pode ser desmedido, ou sem parâmetro, pois “seria irrealista e perigoso conferir aos órgãos legislativos e aos juízes o poder de se envolverem numa detalhada regulação da expressão baseados nas suas concepções acerca do que seja uma discussão perfeitamente justa e sem distorções” (MACHADO, 2002, p. 366).

### **4.3 Casos centrais para verificar os limites da restrição à liberdade de expressão na propaganda eleitoral como regra**

Antes de adentrar na análise dos casos, propriamente dita, faz-se necessário demonstrar como foi realizada a pesquisa jurisprudencial e encontrados os dados a serem examinados a seguir.

A primeira pesquisa jurisprudencial foi realizada no sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral<sup>33</sup> fazendo uso dos seguintes filtros: Tribunal Superior Eleitoral como órgão julgador, as palavras chaves “Propaganda Eleitoral” e “São Luís”, no período das eleições de 2018 e 2020. Após a seleção, excluiu-se as decisões monocráticas, restando somente os acórdãos em casos que envolveram candidatos aos cargos de governador do Maranhão em 2018 e prefeito de São Luís em 2020. Por fim, foram excluídas as decisões que não adentraram no mérito. Em uma segunda pesquisa foi alterado somente o órgão julgador para selecionar os acórdãos do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão, fazendo uso dos mesmos filtros e critérios de seleção da primeira pesquisa.

Com relação à jurisprudência selecionada do Tribunal Superior Eleitoral a pesquisa resultou em treze julgados, sendo que dez acórdãos reconheceram a preferência da liberdade de expressão no caso concreto e três restringiram de alguma forma esse mesmo direito. No que diz respeito à jurisprudência selecionada do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão, a pesquisa resultou em um total de quarenta e cinco julgados que atenderam os critérios mencionados anteriormente. Na segunda pesquisa, foram divididos os acórdãos da seguinte forma: a) 12 casos em que foi reconhecida a preferência do direito à liberdade de expressão a partir de uma análise material, ou seja de conteúdo da propaganda eleitoral; b) 14 casos em que houve restrição à liberdade de expressão a partir de uma análise material da propaganda eleitoral; c) 03 casos de preferência e 16 casos de restrição à liberdade de expressão a partir de uma análise formal da propaganda eleitoral. É bem verdade que alguns casos possuem análise de ambos critérios, formais e materiais. Nessas hipóteses, porém, optou-se por dedicar-se a interpretação que o respectivo tribunal deu ao conteúdo da propaganda eleitoral, análise mais complexa e subjetiva, sendo a questão formal deixada em segundo plano de análise, em razão da sua maior facilidade e objetividade de aplicação.

Dentre os casos resultantes da pesquisa realizada, com os filtros de busca já mencionados, observou-se que o Tribunal Superior Eleitoral deu maior preferência ao direito à liberdade de expressão quando analisado o conteúdo da propaganda eleitoral. Contudo, o Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão, nos casos resultantes através dos mesmos critérios de busca, apresentou maiores números na prática de restrição à liberdade de expressão, tanto na análise material quanto formal da propaganda eleitoral.

---

<sup>33</sup> <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/es/inteiro-teor>.

#### 4.3.1 Casos de prevalência da liberdade de expressão

Em razão da necessidade de otimizar o presente estudo, e da inviabilidade de a análise de todos os casos encontrados na pesquisa jurisprudencial mencionada, sem tornar o trabalho enfadonho e demasiado extenso, destacou-se para exame, neste tópico, um acórdão proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral referente às eleições de 2018 e outro proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão referente às eleições de 2020.

Durante as eleições de 2018, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ingressou com Representação por propaganda antecipada negativa (crime de calúnia, difamação, injúria eleitoral) nº 0600057-54.2018.6.10.0000 em face de Ricardo Jorge Murad, então candidato à deputado federal, e Gilberto Léda, jornalista. O Representante alegou que a propaganda publicada pelo primeiro representado em sua página pessoal da rede social Facebook, e reproduzida na íntegra pelo segundo representado em seu *blog*, seria de cunho negativo e enganoso com intuito de ludibriar o eleitorado ao afirmar inverdades acerca do então governador do Estado do Maranhão, Flávio Dino, candidato à reeleição na época. A postagem, objeto da ação, afirmava em suma:

“Crimes para justificar crimes”. Flávio Dino faz isso todos os dias. Agora, tenta desesperadamente justificar os crimes que cometeu quando determinou a mudança de objeto da obra de ampliação do Hospital de Alta Complexidade Carlos Macieira. [...] Pego no crime, respondendo já a uma ação popular e a uma representação no TCE, Flávio Dino engendrou uma operação, que eu estou chamando de “batom na cueca” porque coloca as digitais dele na cena do crime, para tentar justificar o injustificável. [...] Impressionante como Flávio Dino perdeu a noção de limites em busca da reeleição. “São tantas as violências e crimes que tem cometido por causa dessa reeleição, que não mede as consequências nem que para isso tenha, como nesse caso, de colocar mais uma vez suas digitais na cena do crime, como no ditado popular, do “batom na cueca”.”.

No primeiro grau, o juiz relator do caso determinou, liminarmente, a retirada das postagens questionadas dos referidos sítios eletrônicos de cada representado. A decisão de mérito dos membros do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão foi unânime no sentido de julgar procedente a representação, com base nos seguintes argumentos principais: a) inexistência de direito fundamental absoluto; b) o limite da liberdade de expressão reside no direito à dignidade da pessoa humana e direito à honra e à imagem do cidadão; c) verificou-se que a publicação possuía cunho eleitoral e prejudicava a imagem do candidato. Na demanda, a propaganda foi veiculada antes do período permitido por lei, sendo assim, considerada propaganda irregular extemporânea proibida pelo art. 36 da Lei nº 9.504/97, além de negativa.

Ocorre que, em novembro de 2021, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral, interposto pelos representados, o Tribunal Superior Eleitoral reformou o acórdão do TRE/MA para julgar improcedente a representação por propaganda eleitoral antecipada, e excluir a condenação dos recorrentes ao pagamento de multa. Nada tendo sido abordado com relação à retirada das publicações dos sítios eletrônicos, de modo a permitir sua eventual republicação pelos recorrentes.

Ainda que tenha sido reformada a decisão, privilegiando em tese a liberdade de expressão, a exclusão da publicação foi formalmente mantida, uma vez que a reforma foi para estritamente excluir a condenação ao pagamento de multa e não para reformar o acórdão regional na íntegra, de modo a tornar sem efeito a decisão que determinou a remoção do conteúdo desde o primeiro grau, posteriormente mantida pelo TRE/MA. Aqui está se diante de um caso de descuido do TSE, em que, para que houvesse a verdadeira salvaguarda da liberdade de expressão, a publicação removida deveria ter sido reativada, de modo a privilegiar o acesso à informação por todos.

No voto do Ministro relator Luís Roberto Barroso, seguido de maneira unânime pelos demais Ministros, foi feita uma divisão entre duas análises, primeiro com relação ao caráter extemporâneo da propaganda, em seguida com relação ao seu caráter negativo ou ofensivo. No primeiro ponto, o relator repisou o entendimento já pacificado do TSE no sentido de que, só será caracterizada a propaganda antecipada, uma vez reconhecido o caráter eleitoral da mensagem<sup>34</sup>, e quando um dos três parâmetros, a seguir, se fizerem presentes, ou seja, de forma alternativa e não cumulativa: “(i) a presença de pedido explícito de voto; (ii) a utilização de formas proscritas durante o período oficial de propaganda; ou (iii) a violação ao princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos”<sup>35</sup>.

Nesse sentido, como se trata de propaganda extemporânea negativa, seria necessário pedido de “não-voto” ao candidato cuja publicação mencionou, o que não foi auferido no caso em

---

<sup>34</sup> Tendo em vista que a publicação em questão pode ser um indiferente eleitoral como nos casos de mensagens de felicitações de dia das mães, aniversário da cidade, feliz natal, entre outras que não caracterizam matéria eleitoral a qual requer apreciação e julgamento por parte da Justiça Eleitoral. O julgamento do RE nº 060002772 pelo TRE/MA em 22/10/2020, exemplifica uma situação de indiferente eleitoral. Existem também os discursos políticos, que ainda que pareçam eleitoreiros, também não são regulados pela legislação eleitoral. A exemplo do julgamento do RE nº 060005625 pelo TRE/MA em 03/11/2020 acerca de visita por congressista em hospital público, com divulgação de atos parlamentares, mas sem qualquer pedido de voto, no qual foi declarado ausente o caráter eleitoreiro da manifestação. Em ambos os casos mencionados, o direito à liberdade de expressão prevalece na maioria das vezes, havendo algum espaço nebuloso na interpretação e diferenciação, especialmente entre os discursos políticos e eleitoreiros.

<sup>35</sup> Nesse sentido o REspe nº 0600227-31/PE, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 09.04.2019.

questão. Ademais, não houve utilização de meio proscrito, muito menos restou demonstrada que a postagem violou de alguma forma o equilíbrio entre os concorrentes na disputa eleitoral. Sendo assim, concluiu pela inexistência de propaganda eleitoral antecipada, o que por si só já afastou a condenação em multa dos recorrentes, estabelecida no art. 36, §3º da lei nº 9.504/97.

No que diz respeito ao aspecto negativo ou ofensivo da publicação afirmou que apesar de que alguns julgados do TSE vêm reconhecendo como propaganda eleitoral negativa antecipada, as publicações que ofendem a honra de candidato, é preciso atentar para o fato de que “não é qualquer crítica contundente a candidato ou ofensa à honra que caracteriza propaganda eleitoral negativa antecipada, sob pena de violação à liberdade de expressão” (BRASIL, 2021).

Dessa forma, concluiu que a publicação em questão se tratou de uma crítica política típica do processo eleitoral, e que os fatos apontados acerca do candidato Flávio Dino não são sabidamente inverídicos, muito menos podem ser verificáveis de plano, uma vez que ainda estão em discussão na Justiça Comum. Acrescentou ainda que o caso não se enquadra como discurso de ódio, por mais severa e incômoda que tenha sido a mensagem veiculada. Ao final ratificou o entendimento expressado no AgR-REspe nº 0600072-23 no sentido de que à Justiça Eleitoral não deve ser atribuída a moderação das críticas políticas na internet, por isso, é preciso ter cautela ao julgar manifestações que apenas desagradam e prejudiquem de alguma forma pré-candidatos e candidatos (BRASIL, 2021)<sup>36</sup>.

Apesar de não reconhecida a propaganda eleitoral extemporânea negativa, e enaltecido o direito à liberdade de expressão no voto do relator, termos da decisão unânime do Tribunal, houve restrição ao referido direito no 1º grau, quando determinada a retirada das publicações dos respectivos sítios eletrônicos de cada representado, medida mantida pelo TRE/MA e posteriormente pelo TSE, esse último por omissão. É bem verdade que a petição de Recurso Especial Eleitoral não requereu especificamente em seus pedidos o direito a postar novamente o conteúdo suprimido liminarmente, contudo, a peça recursal requereu a anulação por completo do Acórdão do TRE/MA o que deveria resultar na anulação da determinação de remoção do conteúdo questionado da internet. Sendo assim, a liberdade de expressão e o direito à informação sofreram limitações como resultado final, uma vez que a ordem judicial que determinou a retirada do conteúdo, tido como negativo, não foi expressamente anulada pelo Tribunal Superior Eleitoral, tão somente a multa por propaganda antecipada foi afastada.

---

<sup>36</sup> REspEl - Recurso Especial Eleitoral nº 060005754/MA, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, em 18.11.2019.

Na segunda pesquisa jurisprudencial, dentre os acórdãos julgados pelo Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão que deram preferência à liberdade de expressão, destaca-se a Representação nº 0600276-62.2020.6.10.0076 por propaganda negativa de autoria da Coligação “Resgate o amor pela ilha” em face do Jornalista Hilton Neto Ferreira. O representante alega que o representado publicou manifestação falsa e difamatória em seu *blog* que atenta contra a honra do candidato a prefeito da coligação, o sr. Duarte Junior. Por tal motivo requereu ao final, o deferimento do pedido liminar para determinar a imediata retirada da publicação do referido sítio eletrônico de domínio do representado, e no mérito a aplicação de multa ao representado.

A publicação questionada na representação possuía como título “Duarte Júnior já agrediu idosa na porta de escola em São Luís”, em seguida a postagem passava a relatar

A vida pregressa do deputado estadual e candidato a prefeito de São Luís, Duarte Júnior (Republicanos), foi um tanto quanto nebulosa. O Blog do Neto Ferreira teve acesso a um documento que mostra que o parlamentar foi acusado e denunciado por agredir fisicamente uma idosa. O caso ocorreu quando Duarte era adolescente e estudava em uma escola particular da capital maranhense. Segundo a documentação, o candidato do Republicanos teria pisoteado a vítima quando saía da unidade escolar, deixando um ferimento na idosa. A agressão foi denunciada à Delegacia do Adolescente Infrator, que encaminhou os autos para a 2ª Vara da Infância e Juventude da Capital, iniciando assim a tramitação do processo. Durante o andamento do caso, Duarte e os seus pais foram intimados, mas faltaram a uma audiência. Em razão disso, a delegado responsável pelo inquérito solicitou ao juiz um mandado de condução coercitiva, no qual foi autorizado. Então, o deputado, adolescente à época, foi retirado da sala de aula e levado para a delegacia para prestar depoimento. Os pais de Duarte Júnior chegaram a entrar com um pedido de Habeas Corpus para suspender o processo contra o filho. Mas o desembargador relator do caso, Militão Gomes, deu como prejudicado o pedido por perda do objeto, pois o juiz que respondia pelo processo deu a remissão a favor do parlamentar. Portanto, perdendo assim o objeto.”

A decisão liminar foi concedida pelo juízo de 1º grau e, posteriormente confirmada na sentença de mérito reconhecendo a existência de propaganda eleitoral negativa especificamente com relação ao título da matéria, determinando a remoção da publicação do sítio eletrônico do representado e condenando o mesmo em multa. A juíza do caso afirmou em síntese que o direito fundamental à liberdade de expressão não possui caráter absoluto e irrestrito, sendo papel da justiça eleitoral intervir sempre que esse direito viole os direitos da personalidade dos candidatos, e “causem um desequilíbrio no pleito, ultrapassando o limite do debate político”.

Observa-se que a decisão acima, proferida em novembro de 2020, vai de encontro com os precedentes do Tribunal Superior Eleitoral, especificamente o assinalado no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 060005754/MA, relator Ministro Luís Roberto Barroso em novembro de 2019, examinado neste trabalho. Isso porque o relator desse último demonstrou sua preocupação

com a função da Justiça Eleitoral, de não se tornar moderadora dos conteúdos políticos da internet, ainda que esses atinjam severamente a imagem e honra dos candidatos. Ademais, o julgamento de 1º grau no processo nº 0600276-62.2020.6.10.0076, utilizou-se de fundamentação bastante genérica e subjetiva ao estabelecer os requisitos que chamam a intervenção da justiça eleitoral no direito à liberdade de expressão, quais sejam o desequilíbrio do pleito e o ato do discurso extrapolar o limite do debate público, sem, contudo, fixar quais seriam os referidos limites.

No julgamento do Recurso Eleitoral, interposto pelo representado, o Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão acordou unanimemente em dar provimento à peça recursal nos termos do voto do relator Juiz Federal Wellington Cláudio Pinho De Castro, em julho de 2021. Inicialmente, o juiz relator destaca a necessidade de ponderação, em cada caso concreto, dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal quais sejam, na referida ação, o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, inexistindo, portanto, direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro. Ao analisar a postagem do recorrente, concluiu que essa possuía caráter meramente informativo e, mais ainda, que o eleitor possui o direito de conhecer a vida passada dos candidatos. Portanto, não considerou ter havido qualquer extrapolação dos limites do direito à liberdade de expressão. Nesse caso, o acórdão do TRE/MA reformou a sentença e expressamente julgou os pedidos autorais totalmente improcedentes, incluído, portanto, o pedido de remoção de conteúdo, em outras palavras, houve melhor proteção à liberdade de expressão no presente caso<sup>37</sup>. Ainda que não tenha havido a determinação expressa para republicação do conteúdo retirado, a improcedência total dos pedidos dá direito ao autor da mensagem publicar novamente o conteúdo antes removido, uma vez que está sob a guarida do direito à liberdade de expressão, sem qualquer decisão judicial que lhe restrinja.

Na análise dos casos acima expostos é possível depreender algumas semelhanças fáticas, contudo os julgamentos proferidos pelo TRE/MA são contrários. No primeiro caso, o candidato Flávio Dino foi vítima de propaganda negativa, inclusive com imputação de crimes nos trechos “Agora, tenta desesperadamente justificar os crimes que cometeu [...]” e “São tantas as violências e crimes que tem cometido por causa dessa reeleição [...]”. Diante disso o TRE/MA em 2018 julgou a propaganda como irregular imputando multa aos réus. De outra maneira, em 2021, o mesmo Tribunal deu preferência à liberdade de expressão ao reconhecer a regularidade da propaganda negativa contra o candidato Duarte Junior que também lhe imputava crimes, em seu

---

<sup>37</sup> Recurso Eleitoral nº 060027662, TRE/MA, Relator(a) Des. Wellington Cláudio Pinho De Castro, em 20.07.2021.

título “Duarte Júnior já agrediu idosa na porta de escola em São Luís”. O que se observa é que argumentos como o da proteção à crítica típica ao debate público e da liberdade de expressão não configurar direito absoluto são utilizados como coringas para defender posições prévias dos julgadores, sem a preocupação destes em manter uma jurisprudência uniforme e coerente para casos similares.

Os resultados da pesquisa jurisprudencial, no que diz respeito, aos casos que deram preferência à liberdade de expressão, em sua maioria giram em torno de eventual propaganda negativa, em outras palavras, propaganda que prejudique de alguma forma o candidato, seja através de meras críticas ácidas, ofensas mais severas, ou divulgação de informações inverídicas<sup>38</sup>. Nos casos acima examinados observa-se que houve inclusive alegações de crimes contra a honra, uma vez que o representado Ricardo Murad teria afirmado a prática de crimes do candidato Flávio Dino, e no segundo caso, o blogueiro Hilton Ferreira Neto teria apontado também a suposta prática de crime de agressão do candidato Duarte Júnior, mesmo assim, o TSE no primeiro caso e o TRE/MA no segundo caso entenderam que a liberdade de expressão deveria prevalecer. O destaque para imputação de crimes de calúnia, difamação e injúria é importante, quando comparado aos casos do próximo tópico em que os direitos à honra e à imagem do candidato prevaleceram sobre o direito à liberdade de expressão.

#### 4.3.2 Casos de não prevalência da liberdade de expressão

O Partido Comunista do Brasil (PCdoB) interpôs representação por propaganda eleitoral antecipada negativa nº 0600072-23.2018.6.10.0000 em face do jornalista Everildo Bastos, durante a disputa eleitoral do ano de 2018. Alegou o representante que o vídeo publicado no perfil pessoal do representado trouxe diversas alegações inverídicas que afrontam a dignidade do então candidato a governador Flávio Dino. As afirmações do vídeo, em síntese, foram:

“Dino, Dino, Dino, Dino, Fora Ladrão” – 16 segundos (com imagem associada a uma caricatura de Flavio Dino com trajes e símbolo nazista); “E os amigos do canalha (se referindo a Flávio Dino)” – 27 segundo; “Os ‘comunista’ roubando (fazendo referência ao chefe do executivo e ao partido ao qual pertence)” – 35 segundos; “O Maranhão tá cheio de rato” – 51 segundos; “Bando de comunista ladrão” – 52 segundos; “#Dinovo, Não” – 1 minuto e 02 segundos.

---

<sup>38</sup> Sendo cinco dentre os dez julgados do TSE que deram preferência à liberdade de expressão. E nove dentre os doze julgados no TRE/MA no mesmo sentido. Os demais casos tratam de discussões acerca de propaganda antecipada e indiferente eleitoral, temas de certa forma pacificados já na jurisprudência dos dois tribunais.

A decisão liminar determinou a retirada do conteúdo do perfil da rede social do representado no prazo de vinte e quatro horas. O acórdão do TRE/MA no 1º grau, por tratar-se de competência originária deste órgão, julgou, por unanimidade, a representação totalmente procedente para confirmar a liminar e sancionar o representado ao pagamento de multa por propaganda antecipada no patamar mínimo.

O representado interpôs recurso especial, o qual foi inadmitido pelo TRE/MA. Inconformado com o referido juízo de admissibilidade, o representado interpôs agravo nos próprios autos, o qual foi distribuído para a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. O relator não só deu provimento ao agravo para admitir o recurso como passou a análise do mérito do recurso especial dando-lhe provimento para reformar o acórdão regional por meio de decisão monocrática utilizando fundamentos similares aos do acórdão do REspEl - recurso especial eleitoral nº 060005754/MA, já examinado no tópico anterior, ou seja, dando preferência ao direito à liberdade de expressão, além de não ter constatado pedido de não voto, que justifique a configuração de multa por propaganda eleitoral antecipada negativa.

Ocorre que o Ministério Público Eleitoral recorreu da decisão monocrática do Ministro Luís Roberto Barroso por meio de agravo interno para que fosse restabelecida a decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. Uma vez incluído em pauta, o referido agravo interno gerou discussão interessante entre os sete Ministros da corte do Tribunal Superior Eleitoral, de modo que a decisão não foi unânime, mas resultou em um placar de quatro a três para acolher o agravo interno, negar seguimento ao recurso especial eleitoral e manter a decisão do TRE/MA na íntegra, ou seja, com condenação em multa ao recorrente.

Em seu voto, o relator Ministro Luís Roberto Barroso destacou que o vídeo possuía conteúdo satírico divulgado por cidadão comum, e por isso se diferenciava do julgado apontado pelo Ministério Público Eleitoral, o qual analisou publicação de notícia falsa emitida por pré-candidato adversário. Em seus esclarecimentos, feitos na mesma sessão de julgamento, o relator afirmou, ainda, que reconhece a gravidade das manifestações do representado, e até mesmo as enquadra como crime contra a honra, contudo não concorda com a sua qualificação como propaganda eleitoral negativa, pois isso atribuiria a justiça eleitoral um papel de moderadora do discurso político da internet, além de conferir uma postura inaceitável de censura. Ademais, afirma que o candidato que se sentiu ofendido tem a possibilidade de ingressar com pedido de direito de

resposta e ainda buscar tutela na seara cível e penal caso queira, “mas (se) nós avocarmos para a Justiça Eleitoral o controle das manifestações na rede social [...], eu temo que nós estejamos trazendo para a Justiça Eleitoral uma postura de fiscal do salão no debate político pela rede social” (BRASIL, 2021)<sup>39</sup>.

O voto do relator foi acompanhado pelo voto dos Ministros Luis Felipe Salomão e Sérgio Banhos o qual ponderou acerca da complexidade de identificar o discurso de ódio, uma vez que inexistem parâmetros legais para tanto. Acrescentou que se torna perigoso uma declaração nesse sentido por parte da Justiça Eleitoral, tendo em vista que acaba permitindo as interpretações mais diversas do que seria discurso de ódio, por parte dos juízes eleitorais de 1º grau em todo o Brasil.

Todavia o voto divergente vencedor do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto concluiu que a manifestação impugnada associou a imagem do candidato ao governo nazista, e, portanto, ofendeu a sua honra, ultrapassando os limites da liberdade de expressão e da mera crítica política. Mais ainda, destacou jurisprudência do TSE aplicável ao caso, qual seja, “a livre manifestação do pensamento não constitui direito de caráter absoluto” e que “a divulgação de publicação, antes do período permitido, que ofende a honra de possível futuro candidato constitui propaganda eleitoral negativa extemporânea”<sup>40</sup>.

De acordo com o Ministro Edson Fachin, que acompanhou a divergência, há compatibilidade entre o entendimento que veda o discurso de ódio que tenta se passar por propaganda eleitoral antecipada, e a Constituição Federal, ante a ideia de democracia e dignidade da pessoa humana. Sendo assim, entendeu que a manifestação, objeto da ação, é ilícita por imputar qualificação de nazista ao candidato o que revela uma clara amostra de discurso de ódio, ainda que não haja pedido expresso de voto ou de não voto, requisito de propaganda irregular extemporânea.

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, destacou a necessidade de combater as milícias digitais que divulgam ofensas em período eleitoral na internet. O Ministro acredita que é dever da Justiça Eleitoral se posicionar e estabelecer regras de condutas na internet, especialmente, nas redes sociais, de modo que eleitores e candidatos não venham a crer que estão se expressando

---

<sup>39</sup> Não se trata de aceitar ou muito menos concordar com o discurso ofensivo veiculado, mas tão somente de resguardar o direito de expressá-lo no período eleitoral, tal a sua importância para o debate, devendo a pessoa que se sentir prejudicada buscar tutela jurisdicional em outra seara que não a eleitoral. O zelo do Ministro Barroso, acompanhado pelo, é para evitar que a Justiça Eleitoral se torne um mecanismo de censura do debate público em período eleitoral.

<sup>40</sup> AgR-AI n. 2-64/SP, de minha relatoria, DJe de 22.9.2017.

em “terra de ninguém”. Por fim, formando a maioria vencedora o Ministro Mauro Campbell, acrescentou que

em qualquer campo que se analise o conflito entre a liberdade de expressão e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, da Constituição Federal), certo é que não há espaço para a chancela de atos permeados de discurso de ódio e de intolerância, mormente em período pré-eleitoral, circunstância que serve de gatilho para o estouro de animosidades entre eleitores e candidatos (BRASIL, 2021).

No caso analisado, prevaleceu o entendimento de que a publicação divulgada caracterizava discurso de ódio, incompatível com os princípios democráticos e constitucionais brasileiros. Assim, independentemente de haver pedido de voto ou não voto, para fins de configuração de propaganda antecipada, a fundamentação tomou por base uma interpretação sistemática no sentido de que se o discurso de ódio é vedado no período de campanha eleitoral, também o é no período de pré-campanha. Dessa forma, houve restrição à liberdade de expressão para manter excluída a publicação ofensiva e condenar o representado em multa por propaganda eleitoral antecipada negativa (BRASIL, 2021)<sup>41</sup>.

A decisão do TSE nesse caso foi de encontro com o entendimento firmado pelo STF na ADI nº 4.451 que afirmou expressamente a permissão de realização de programas humorísticos e sátiras que envolvam candidatos, partidos políticos e figuras pública em geral durante o período eleitoral. O TSE, neste julgado, ampliou o conceito de discurso de ódio que em regra gira em retorno de manifestações intolerantes, discriminatórias por questões identitárias e incitadoras de violência para alcançar questões partidárias e políticas, mais ainda feitas em contexto de sátira como no caso da caricatura do candidato Flávio Dino com trajes nazistas.

O Ministro Edson Faquin, que acompanhou a divergência vencedora, afirmou em suma que associar o candidato ao nazismo gera rejeição por parte da sociedade brasileira, e que, portanto, trata-se de inadmissível discurso de ódio. Contudo, o intuito da propaganda eleitoral negativa, estratégia típica da disputa eleitoral e não proibida pela legislação brasileira, é o de justamente gerar certa rejeição a determinado candidato, de modo a demonstrar que esse não é a melhor opção de voto. Em adição, observou-se diversas afirmações genéricas ao longo da fundamentação que visa justificar o afastamento do direito à liberdade de expressão como “assim, não cabe cogitar de

---

<sup>41</sup> REspEl - Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060007223/MA. Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso. Relator(a) designado(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, em 04.05.2021.

meras críticas ou posições ácidas nem do exercício do direito de manifestação política. A postura foi além, muito além” proferida pelo Ministro Tarcísio Vieira.

De maneira mais grave, o caráter amplo de argumentos como esse, que deixam a critério do julgador definir quais críticas são cabíveis e quais ultrapassam o limite da liberdade de expressão, tornando-se perigoso quando se coloca em perspectiva a possível manipulação de informações feita pelo Estado, por meio do judiciário. Nesse sentido, é bem verdade que existe sim uma diferença entre opiniões e informações, ou seja, entre os juízos de valores, muitas vezes em forma de críticas e os fatos ou notícias divulgadas acerca os candidatos, contudo ambos formam uma unidade, protegida pelo direito à liberdade de expressão, que deve estar amplamente disponível aos cidadãos para que possam construir livremente sua convicção (CORBATÓN, 2004, p. 22-23).

Se o judiciário passa a ditar quais manifestações políticas, especialmente as críticas que não agradam aos candidatos, podem ser publicadas, a dimensão democrática da liberdade de expressão acaba sendo ferida, tendo em vista que o pluralismo de ideias e o pluralismo político passam a ser limitados por uma instituição estatal. Isso porque, cabe aos cidadãos a tomada de decisões, uma vez que “o princípio democrático tem como corolário a formação da vontade política de baixo para cima e não ao contrário” (MACHADO, 2002, p. 80-81).

Constata-se, na jurisprudência analisada, que inexistem limites objetivos ao exercício da liberdade de expressão, tão pouco uma definição clara daquilo que ultrapassa a crítica típica do debate eleitoral. Dessa forma, a interpretação acerca do discurso legal e ilegal fica a critério do julgador do caso do caso concreto. Nesse sentido, a manifestação humorística que associa candidato ao partido nazista para uns faz parte do livre exercício da expressão e para outros constitui discurso de ódio devendo ser proibido. É bem verdade que definir de forma exaustiva quais são as manifestações permitidas por lei e quais não o são é impossível para o legislador, contudo, parâmetros de interpretação precisam ser criados e seguidos pelos julgadores, assim como há necessidade de primar pela coerência e uniformidade da jurisprudência.

Não se trata de uma tarefa fácil, pois a complexidade da sociedade e dos conflitos jurídicos, que só aumenta, reclama por técnicas mais sofisticadas de argumentação. Esta nova perspectiva coloca em cena a necessidade de revisão profunda da relação entre direito e moral, bem como demanda por uma rejeição ou ao menos reconfiguração do paradigma juspositivista (LEAL, 2014, p. 136).

A técnica de balanceamento entre os princípios proposta por Alexy propõe uma maneira de melhor lidar com os conflitos entre direitos fundamentais, como nos casos analisados. No sentido de que dá um norte e estabelece ao julgador critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade, de modo a evitar que seja feita uma interpretação aberta pelos julgadores, através do qual não só a decisão fica a critério destes, mas também a sua respectiva fundamentação (LEAL, 2014, p. 157).

O problema da definição de qual norma tem mais peso não possui uma resposta universal fechada, mas envolve sempre conjunções pragmáticas especiais. Assim, Robert Alexy defende que o argumento procedimental da proporcionalidade confere menor instabilidade aos sistemas jurídicos. Nesse sentido, os argumentos jurídicos e práticos em geral devem ser combinados em todos os níveis, aplicando-se conjuntamente. Sendo assim, Leal (2014, p. 163) afirma que “observando-se tais parâmetros hermenêuticos, parece-me que a decisão política ou judicial pode até gerar equívocos de avaliação e interpretação por parte do decisor, mas não estará fundada em procedimento autoritário ou meramente subjetivo impossível de ser controlado”.

Noutra monta, buscando dar continuidade à análise de casos, destaca-se mais uma decisão do TRE/MA, posteriormente confirmada pelo TSE, em representação por propaganda eleitoral antecipada negativa nº 0600100-88.2018.6.10.0000 interposta pelo Partido Comunista do Brasil em face do então candidato à deputado federal Ricardo Jorge Murad e blogueiro Hostílio Caio Pereira Da Costa, ocorrida durante às eleições de 2018. A representação teve como objeto de discussão uma publicação realizada pelo primeiro representado em sua página pessoal de rede social, republicada na íntegra pelo segundo representado em seu blog, a qual afirmava, em síntese:

Vocês lembram desse imbróglio que eu ‘to ai’ publicando, até pra poder deixar isso mesmo na imprensa, publicamente, para que todos possam acompanhar e a gente demonstrar que essa imagem que Flávio Dino tenta passar de honesto, de um sujeito ético, tudo é ‘balela’, ele lava dinheiro, ele usa todo os métodos escusos que ele pensa ver nos outros e condena de forma taxativa, sem direito a defesa. Pois agora o TRE determinou que o PC do B entregasse ao PRP e ele também, pessoa física dele, da conta da campanha, as prestações de conta para saber se realmente aqueles 500 mil e aqueles 880 mil que foi fruto de lavagem dos recursos que ele usou na campanha, realmente existem e que são legítimos, que a gente já sabe que não é, porque a própria empresa já sabe que lavaram o dinheiro.

O representante afirmou, em suma, que a manifestação configurou propaganda eleitoral antecipada em sua modalidade negativa, uma vez que houve a prática de crimes contra a honra, pois imputou crime de lavagem de dinheiro ao candidato e maculou a sua reputação e dignidade visando prejudicar o pré-candidato no pleito futuro. A decisão liminar foi deferida para determinar

a imediata retirada das publicações dos respectivos endereços eletrônicos de cada representado. Da mesma forma, a decisão monocrática proferida pelo relator Alexandre Lopes de Abreu confirmou a liminar e condenou os representados em multa máxima de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil) reais nos termos do artigo 36, §3º da lei nº 9.504/97 por propaganda extemporânea. Interposto recurso eleitoral pelos derrotados, o acórdão do TRE/MA confirmou a decisão monocrática do relator, alterando somente o *quantum* da multa para o valor mínimo previsto no referido dispositivo legal.

Além de constatar a ocorrência de propaganda eleitoral antecipada ofensiva que feriu a honra e a imagem de autoridade pública, o então governador do Maranhão, a fundamentação do relator acompanhada pelos demais membros do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão, fez uma análise acerca da veracidade das informações divulgadas. Exaltou que frente ao potencial lesivo das notícias falsas ao equilíbrio da disputa eleitoral, a justiça especializada para tanto não pode se privar de atuar para combatê-las em defesa do exercício da democracia.

Inicialmente, o Ministro Alexandre Lopes de Abreu afirmou seu posicionamento acerca da essencialidade da liberdade de expressão para a democracia, com destaque especial para o direito de ser informado, não só o direito de opinar. Contudo, aduziu ser necessário “aferir se a informação de fato contribui para o debate democrático e deve ter sua publicação mantida”. Devendo ser verificado se há veracidade na manifestação, se não há ofensa à honra e à imagem de outrem e por último se essa não foi adulterada de tal modo a levar o receptor a erro.

Dessa forma, a referida fundamentação revelou um entendimento do direito à liberdade de expressão em sua versão democrática, ou ativista que requer maior controle Estatal para manutenção do equilíbrio do mercado de ideias. Nessa versão a liberdade de expressão deve ser protegida desde que exerça seu papel instrumental de viabilizadora da democracia, conforme explanado na subseção 2.2.3 deste trabalho. Deduz-se da afirmação do relator que a informação ou opinião que não contribuir para o debate democrático, de acordo com a interpretação do poder judiciário, não merece ser protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão, podendo inclusive ser removida de circulação<sup>42</sup>.

Nesse sentido, conclui que:

Essa verificação cautelosa, não tem nada a ver com censura, muito pelo contrário. É garantir o livre exercício da manifestação da opinião, da imprensa e a realização da

---

<sup>42</sup> Essa visão vai de encontro com o modelo de equilíbrio entre liberdades individuais e democracia proposto por Robert Dahl, conforme amplamente explanado no capítulo 3 deste trabalho. O argumento utilizado para restringir o direito à liberdade de expressão em prol da defesa da democracia é inconcebível, uma vez que o primeiro é pressuposto do processo democrático.

propaganda eleitoral dentro dos limites constitucionais de proteção à honra e respeitando os princípios da isonomia e da paridade de armas entre os concorrentes, mas, sobretudo, o direito do cidadão a informações com qualidade (BRASIL, 2018)

Portanto, ao trazer a ideia de informação de qualidade, o relator caminhou para um cenário de classificação das manifestações que merecem ser defendidas pelo poder judiciário e outras que não merecem tal guarida, podendo inclusive ser excluídas de circulação. Ocorre que tal classificação não conta com parâmetros legais objetivos, restando a cargo da Justiça Eleitoral decidir o que é exercício da liberdade de manifestação de pensamento e o que ultrapassa os limites desse exercício. A decisão subjetiva, não baseada em critérios legais, mostra-se perigosa pois cria insegurança jurídica e decisões casuísticas.

Ao dar provimento para a representação por propaganda antecipada extemporânea negativa, o relator afirma que para a caracterização dessa irregularidade basta que a manifestação de caráter eleitoral tenha sido feita antes do período permitido por lei, e que “ultrapasse os limites da mera crítica e, dentro do contexto fático, revele a intenção eleitoral de demonstrar que candidato ou potencial candidato não é apto a exercer determinado cargo público, notadamente quando faz comparativo entre gestores”. Em outras palavras, essa conclusão é contrária ao entendimento de que é necessário o pedido de voto, ou de não-voto para configuração da propaganda eleitoral antecipada negativa, conforme proferido pelo TSE<sup>43</sup>.

Ainda inconformados com a decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão, os representados interpuseram recurso especial eleitoral, o qual foi distribuído para a relatoria do Ministro Jorge Mussi que negou seguimento monocraticamente ao Respe. Posteriormente o Acórdão proferido de maneira uníssona pelos Ministros do TSE em julgamento de agravo interno, negou seguimento ao mesmo, acompanhando o entendimento do relator.

Na argumentação do Ministro Jorge Mussi, subscrita pelos demais membros do TSE, concluiu-se que a interpretação do acórdão regional recorrido está de acordo com os precedentes do TSE que entendem a liberdade de expressão não é direito absoluto e que a divulgação de propaganda eleitoral antes do período permitido que ofenda a honra e a imagem de pré-candidatos configura propaganda eleitoral antecipada negativa, e, portanto, ilícita.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> REspEI - Recurso Especial Eleitoral nº 060005754/MA, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, em 18.11.2019.

<sup>44</sup> Citou os seguintes julgados para corroborar com sua constatação AgR-AI 2-64/SP/SP, Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJE de 22/9/2017 e AgR-REspe 206-26/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJE de 27/3/2015.

No que diz respeito à análise da veracidade das afirmações realizadas na suposta propaganda eleitoral, requerimento do agravo interno dos representados, o TSE invocou a súmula nº 24, para justificar seu impedimento na realização de reexame do conjunto fático-probatório, o qual já havia sido definido pelo TRE/MA (BRASIL, 2019)<sup>45</sup>.

#### 4.3.3. Casos de restrição formal da propaganda eleitoral

Nos casos de restrição formal da propaganda eleitoral, observa-se que o critério de decisão da Justiça Eleitoral é objetivo, uma vez que tais limites estão previstos, em regra, na legislação, com algumas exceções para os casos que demandam uma interpretação por analogia ou sistemática em razão da legislação não conseguir prever todas as circunstâncias do mundo prático. Na pesquisa jurisprudencial realizada, os acórdãos acerca do tema foram encontradas somente no TRE/MA, por duas razões: i) em regra a decisão requer reanálise de provas, impossível de ser realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral; ii) por se tratar de restrição clara prevista em lei, faltam os requisitos mínimos para interposição de recurso especial eleitoral, quais sejam, decisão de tribunal regional proferida de forma expressamente contrária à dispositivo legal ou for constatada divergência na interpretação de lei por mais de um tribunal eleitoral, nos termos do artigo 276, inciso I, alíneas a) e b) da lei nº 4.737/65, Código Eleitoral.

No que diz respeito às previsões claras na legislação, a busca encontrou julgados acerca das seguintes vedações: a) realização de propaganda eleitoral em bem público (no caso foram afixadas bandeiras em local público), proibida pelo art. 37, §1º da Lei nº 9.504/97<sup>46</sup>; b) irregular divulgação de material de campanha sem a devida identificação da legenda partidária, conforme determina os arts. 10 e 11 da resolução TSE nº 23.610/19<sup>47</sup>; c) utilização avulsa de carro de som como meio de propaganda eleitoral vedado pelo art. 39, §11 da Lei nº 9.504/97<sup>48</sup>; d) placa afixada em comitê não central de campanha que ultrapassa o limite de 0,5m<sup>2</sup> imposto pelo art. 37, §2º da Lei nº 9.504/97<sup>49</sup>. As restrições à liberdade de propaganda eleitoral observadas nos casos referidos

---

<sup>45</sup> AgR-Respe nº 060010088/MA, Rel. Min. Jorge Mussi. DJE de 26/08/2019.

<sup>46</sup> RE nº 060026885 – São Luís/MA, Relator(a) Des. Cristiano Simas De Sousa. DJE de 16.08.2021.

<sup>47</sup> RE nº 060027492 – São Luís/MA, Relator(a) Des. Ronaldo Castro Desterro E Silva. DJE de 23.08.2021.

<sup>48</sup> RP nº 060094875 – São Luís/MA, Relator(a) Des. Itaércio Paulino Da Silva. DJ de 25.03.2019.

<sup>49</sup> RE nº 060005710 – São Luís/MA, Relator(a) Des. Jose Joaquim Figueiredo Dos Anjos. DJ de 01.02.2021.

acima são objetivamente previstas na legislação, sendo assim, não demandam maior esforço interpretativo por parte da Justiça Eleitoral.

Contudo, alguns casos, ainda que à primeira vista pareçam fazer parte do grupo de restrições objetivas dispostas em lei, merecem um exame mais cauteloso e aprofundado dos fatos e uma interpretação mais trabalhosa dos juízes e tribunais eleitorais.

Nesse contexto, destacam-se, inicialmente, os casos de “efeito outdoor”. A legislação eleitoral prevê em seu art. 39, §8º que “é vedada a propaganda eleitoral mediante outdoors, inclusive eletrônicos, sujeitando-se a empresa responsável, os partidos, as coligações e os candidatos à imediata retirada da propaganda irregular e ao pagamento de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)”. Todavia, a jurisprudência tem ampliado o conceito de *outdoor* para abarcar não somente o painel publicitário tradicionalmente afixado à beira de rodovias, mas também painéis com características similares e que produzam o mesmo efeito daquele, como exemplo painéis eletrônicos circundando caçamba de caminhão (*truckdoor*)<sup>50</sup>, painel luminoso instalado em fachada de edifício<sup>51</sup>, divulgação de imagem e nome de candidato em veículo (*busdoor*)<sup>52</sup>. Ocorre que, nesses casos, observou-se uma interpretação restritiva extensiva da norma, uma vez que é incapaz de prever todas as circunstâncias da vida prática, o que resulta em maior restrição à liberdade de expressão no exercício da propaganda eleitoral. A opção da Justiça Eleitoral foi por proibir a propaganda eleitoral que produza os mesmos efeitos do outdoor, no sentido de desequilíbrio da concorrência ao pleito, ao invés de permitir meios publicitários similares aos *outdoors* uma vez que não vedados expressamente em lei.

#### **4.4 Abstração de parâmetros para identificar os limites**

4.4.1 Quando a restrição à liberdade de expressão na propaganda eleitoral viola a cláusula geral da liberdade de expressão?

A primeira hipótese de violação da cláusula geral encontra-se disposta na Constituição Federal brasileira, qual seja a vedação à censura conforme disposto nos artigos art. 5º, inciso IX, e

---

<sup>50</sup> RE nº 060037590 – São Luís/MA, Relator(a) Des. Ronaldo Castro Desterro E Silva. DJ de 10.05.2021.

<sup>51</sup> RE nº 060005340 – São Luís/MA, Relator(a) Des. Ronaldo Castro Desterro E Silva. PSESS - Publicado em Sessão, Data 09/11/2020.

<sup>52</sup> RE nº 060002080 – São Luís/MA, Relator(a) Des. Jose Joaquim Figueiredo Dos Anjos. DJ de 03.11.2020.

220, inciso §2º. De modo que, a eventual restrição à liberdade de expressão pelo Estado deve ser devidamente fundamentada em argumentos legais, e não com base em interesses de natureza política, ideológica ou artística previstos nos dispositivos acima.

Nesse quesito, destaca-se maior violação ainda, em caso de censura prévia à liberdade de expressão na propaganda eleitoral. Isso porque o Supremo Tribunal Federal já assentou em julgamento da ADPF nº 130 que os atos estatais jamais poderão configurar censura prévia à atividade jornalística, tendo em vista sua essencialidade para a democracia. Entendimento esse que tem sido expandido para proibir a censura prévia relativamente a qualquer conteúdo e não somente a atividade jornalística. Desse modo, na realidade atual marcada pelo amplo uso da internet como ferramenta da propaganda eleitoral, a determinação de suspensão de perfis de redes sociais é um exemplo de violação à cláusula geral da liberdade de expressão uma vez que representa censura prévia ao usuário daquele perfil, que resta impedido de divulgar qualquer conteúdo.

Assim, frente a uma propaganda eleitoral abusiva é recomendável optar por uma sanção posterior ao fato, como é o caso da determinação de retirada de um *post* ou mensagem específica, pois ocorre após constatada a sua ilegalidade. Além disso, outras alternativas ainda podem ser priorizadas antes da retirada de conteúdo, como é o (i) caso do direito de resposta, que privilegia a solução de fornecer mais informação ao eleitorado o que engrandece o debate político e o exercício da liberdade de expressão; e (ii) da indenização em forma de pecúnia a partir da responsabilização civil do autor da irregularidade.

Ademais, a restrição à liberdade de expressão na propaganda eleitoral não pode vir a ferir o núcleo desse direito fundamental, eliminando-o por completo, em um sistema tudo ou nada. Sendo assim, a censura prévia, a exemplo da suspensão de perfil de usuário da internet ou da proibição de meios de comunicação em falar de determinado assunto, constitui uma intervenção demasiadamente rígida na essência do direito à liberdade de expressão.

No caso da liberdade de expressão, caracterizado como um princípio e não como regra, esse deve ter a intensidade da sua intervenção sopesada frente aos outros princípios, além de verificado a necessidade e a adequação dessa intervenção (ALEXY, 2008, p. 167). Em outras palavras, conforme já pacificado entendimento exposto pelo STF, a restrição à expressão somente poderá ser feita uma vez que fundamentada na proteção de outro direito fundamental previsto na Constituição Federal ou derivado desta. Dessa maneira, qualquer tipo de ato que afaste o direito à liberdade de expressão em prol da defesa de normas hierarquicamente inferiores dentro do

ordenamento jurídico representa uma afronta à cláusula geral desse direito e à ordem jurídica brasileira.

Isso ocorre quando se fundamenta as restrições aos discursos políticos e eleitorais que veiculam propaganda negativa, em fundamentos menores, no sentido de constitucionalmente não protegidos, como na defesa da moralidade e pureza do debate eleitoral. Por vezes restringe-se, erroneamente, o direito à liberdade de expressão, no intuito de poupar que o candidato experimente qualquer tipo de mal-estar a partir das mensagens negativas acerca da sua pessoa, o que poderia acabar desestimulando a participação daqueles que temem passar por situações desagradáveis.

Sendo assim, quando há mera propaganda negativa, com críticas típicas do debate político, não se justifica a restrição ao discurso, uma vez que se estaria buscando defender o bem-estar do candidato ou a moralidade das eleições, no intuito de só permitir discursos puros e virtuosos durante a campanhas, direitos esses não protegidos pela Constituição Federal. Desse modo, tais valores não merecem sequer ser sopesados em face do direito fundamental à liberdade de expressão.

Ademais, na divulgação de informações desagradáveis sobre o passado dos candidatos destaca-se a inexistência de direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento em 2021 no sentido de que o desejo de apagar ou proibir a veiculação de informações verdadeiras através dos meios de comunicação é incompatível com a Constituição Federal, devendo o caso concreto ser analisado para aferir o eventual abuso do direito à liberdade de expressão<sup>53</sup>.

É direito do eleitor tomar conhecimento da vida pregressa do candidato de modo a formar um convencimento bastante informado. Além disso, são os concorrentes os mais interessados e aptos a investigar a vida um dos outros, ao invés de deixar a cargo somente dos eleitores ou meios de comunicação, o que contribui para o pleno conhecimento daqueles que participam da disputa. Caso, se permita somente a propaganda positiva, a tendência é que cada candidato oculte o aspecto da sua vida que lhe degradaria ou lhe causaria perda de votos. A permissão da propaganda negativa, dessa forma, é valiosa para o processo eleitoral e, em última análise, para a escolha imparcial dos representantes públicos (OSÓRIO, 2017, p. 229).

---

<sup>53</sup> STF - RE: 1010606 RJ, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021.

Outrossim, o TSE e o TRE/MA têm utilizado do entendimento de que candidatos e agentes públicos devem ter a pele mais grossa, ou seja, ser capaz de sofrer críticas mais severas acerca de sua pessoa, suas atitudes e desempenho no governo, do que pessoas comuns não-candidatas a cargos eletivos<sup>54</sup>. Em outras palavras, quando há restrição de críticas ácidas em meio à propaganda eleitoral, que não possuam ofensa ou divulgação de informações inverídicas, há violação da cláusula geral de proteção da liberdade de expressão, pois o prejuízo ao debate político resultante é mais severo do que o ganho que se pretende.

Em uma perspectiva teórica, a restrição à propaganda eleitoral justificada na suposta garantia da democracia também não se sustenta, conforme proposto pela teoria de Robert Dahl, amplamente exposta no capítulo três desta pesquisa. Sendo assim, a intervenção do poder judiciário deve ser mínima, somente em casos excepcionais de verdadeiros abusos do direito à liberdade de expressão, isso porque o entendimento do TSE sustenta que “[o] caráter dialético imanente às disputas político-eleitorais exige maior deferência à liberdade de expressão e de pensamento”<sup>55</sup>.

#### 4.4.2 Quais os parâmetros objetivos para identificar os limites?

No que diz respeito à jurisprudência analisada no presente capítulo é possível constatar que dois temas macros são recorrentemente apontados como supostas irregularidades da propaganda eleitoral nas representações judiciais, quais sejam a propaganda antecipada e a propaganda negativa, muitas vezes ambas alegações aparecem juntas na mesma descrição fática desse tipo de ação.

A propaganda antecipada é aquela considerada realizada antes do período permitido em lei, a partir do dia 16 de agosto do ano eleitoral. O intuito do legislador ao prever tal irregularidade foi de equilibrar a disputa eleitoral, determinando o mesmo tempo de campanha para todos os candidatos, de modo a impedir que os candidatos mais abastados financeiramente façam campanha eleitoral, com seus respectivos gastos elevados, por mais tempo que outros candidatos financeiramente desfavorecidos.

---

<sup>54</sup> TSE - RESPE: 219225 MACAPÁ - AP, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 01/03/2018, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 11/04/2018 e TRE-MA - RE: 6541 BACABAL - MA, Relator: BRUNO ARAUJO DUAILIBE PINHEIRO, Data de Julgamento: 12/08/2019, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Tomo 152, Data 20/08/2019.

<sup>55</sup> AgR-RO 758-25/SP, Rel. designado Min. Luiz Fux, DJE de 13/9/2017 e REspEI nº 060001643/MA, Rel. Min. Luís Felipe Salomão. DJE de 13.12.2021.

Ocorre que no intuito de ampliar a livre manifestação dos candidatos e possibilitar que esses se tornem conhecidos pelos eleitores, antes mesmo do período de campanha eleitoral, o legislador aumentou as possibilidades de atos durante o período que ficou conhecido como pré-campanha. Sendo assim, o artigo 36-A da lei nº 9.504/97 afirma em seu *caput* que não configura propaganda antecipada irregular a manifestação que não contenha pedido expresso de voto, e traz ainda, em seus incisos, as hipóteses permitidas.

Muitos são os casos de representação por propaganda eleitoral antecipada, dessa forma, a jurisprudência estabeleceu alguns critérios objetivos para identificar a referida irregularidade. Primeiramente deve ser reconhecido o caráter eleitoral da mensagem<sup>56</sup>, após, um dos três parâmetros, a seguir, devem se fazer presentes, ou seja, de forma alternativa e não cumulativa: “(i) a presença de pedido explícito de voto; (ii) a utilização de formas proscritas durante o período oficial de propaganda; ou (iii) a violação ao princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos”<sup>57</sup>.

Caso contrário, não sendo preenchidos os referidos critérios

deve-se privilegiar a escolha do legislador, que, ademais, é aquela que garante a possibilidade de renovação da política, permitindo que pré-candidatos se tornem conhecidos do eleitorado e tenham chances na disputa eleitoral, a despeito da significativa redução da duração das campanhas eleitorais implementada também pela Lei nº 13.165/2015.<sup>58</sup>

No tocante à propaganda negativa, os casos analisados demonstram que dois são os principais critérios objetivos para identificá-la, quais sejam, a existência de ofensa à honra ou à imagem do candidato com potencial lesivo para sua campanha ou reputação<sup>59</sup>, e a divulgação de

---

<sup>56</sup> Tendo em vista que a publicação em questão pode ser um indiferente eleitoral como nos casos de mensagens de felicitações de dia das mães, aniversário da cidade, feliz natal, entre outras que não caracterizam matéria eleitoral a qual requer apreciação e julgamento por parte da Justiça Eleitoral. O julgamento do RE nº 060002772 pelo TRE/MA em 22/10/2020, exemplifica uma situação de indiferente eleitoral. Existem também os discursos políticos, que ainda que pareçam eleitoreiros, também não são regulados pela legislação eleitoral. A exemplo do julgamento do RE nº 060005625 pelo TRE/MA em 03/11/2020 acerca de visita por congressista em hospital público, com divulgação de atos parlamentares, mas sem qualquer pedido de voto, no qual foi declarado ausente o caráter eleitoreiro da manifestação. Em ambos os casos mencionados, o direito à liberdade de expressão prevalece na maioria das vezes, havendo algum espaço nebuloso na interpretação e diferenciação, especialmente entre os discursos políticos e eleitoreiros.

<sup>57</sup> Nesse sentido o REspe nº 0600227-31/PE, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 09.04.2019.

<sup>58</sup> AI nº 060080586/MA, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJE de 10.05.2021.

<sup>59</sup> Apesar de ser utilizado como se critério objetivo fosse, a referida fundamentação é extremamente subjetiva e serve a qualquer tipo de resultado que se pretenda, seja de proteção ou de restrição à liberdade de expressão, uma vez que a manifestação eleitoral analisada no caso concreto é interpretada de maneira diferente para cada julgador, conforme visto nos casos analisados na subseção anterior deste trabalho.

informação falsa<sup>60</sup>. Nesse último aspecto, há ainda um requisito adicional, qual seja a necessidade de a informação ser flagrantemente inverídica, de modo que não requeira um complexo trabalho investigativo para aferir a falsidade da notícia<sup>61</sup>.

Mais ainda, no processo decisório de identificação da propaganda negativa, acompanhado de possível punição do autor ou remoção do referido conteúdo, assim como na análise de qualquer imputação de irregularidade, a jurisprudência eleitoral tem como regra verificar a eventual capacidade de violação ao princípio da igualdade de oportunidades, caro para o direito eleitoral.

A identificação de eventual discurso de ódio uma mensagem de propaganda eleitoral é mais um critério, retirado dos casos analisados nesta pesquisa, para justificar a restrição à propaganda eleitoral. Sendo assim, ao realizar uma interpretação inversa, nos casos em que não ficar demonstrado o discurso de ódio, não deverá haver restrição à liberdade de expressão, a menos que sejam identificados os demais requisitos apontados anteriormente.

O discurso de ódio é aquele discriminatório direcionado a determinado grupo ou pessoa em razão de sua cor, etnia, origem, orientação sexual, deficiência, religião, entre outras atribuições identitárias. O conceito tem sido ampliado para discriminação por razões políticas, como ocorreu no caso examinado no item 4.3.2 em que a associação do partido nazista alemão com o candidato Flávio Dino foi considerada como discurso de ódio, pelo voto divergente vencedor naquela decisão do TSE. O Ministro Edson Fachin fundamentou a identificação do discurso de ódio nesse caso ao afirmar que:

Apor a alguém a pecha de nazista busca atribuir a um ser humano características como a de rejeição a determinados extratos sociais, de adoção de pontos de vista ideologicamente extremados e antidemocráticos, além de buscar lhe vestir de toda a rejeição e reprovação que a história mundial assentou sobre todos os homens que perfilharam o ideal do nazismo durante a Segunda Guerra Mundial (BRASIL, 2021)<sup>62</sup>.

Outrossim, no que diz respeito às restrições, principalmente formais, a jurisprudência eleitoral também se guia por um dos princípios gerais do direito através do qual “[...] não se pode dar interpretação ampliativa a uma norma que restringe direito, nem tampouco usar de analogia *in*

---

<sup>60</sup> AREspE nº nº 060001558/MA, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJE de 09.11.2021.

<sup>61</sup> Nesse sentido: R–Rp nº 2962–41/DF, rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS de 28.9.2010; e Rp nº 0601513–18/DF, rel. Min. Carlos Horbach, PSESS de 5.10.2018.

<sup>62</sup> REspEl - Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060007223/MA. Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso. Relator(a) designado(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, em 04.05.2021.

*malam partem* a fim de criar-se sanção não tipificada pelo legislador” (BRASIL, 2019).<sup>63</sup> Dessa forma, a previsão legal, por mais óbvia que pareça essa afirmação, é o principal limite para o julgador identificar a propaganda eleitoral irregular e aplicar-lhe restrição à liberdade de expressão, como a retirada do conteúdo de circulação ou punição ao autor. É o caso das irregularidades de mera conduta, à exemplo da vedação de circulação de carro de som de forma isolada que veicule propaganda eleitoral fora de uma carreata ou passeata. Nessa situação, vedada pela legislação eleitoral, não há qualquer previsão de punição para o autor da irregularidade, a ausência de dispositivo legal nesse sentido perfaz um limite objetivo claro à atuação do julgador, que não pode fazer interpretação por analogia em prejuízo do acusado.

#### 4.4.3 Quais os efeitos da primazia da restrição?

A restrição à propaganda eleitoral como resposta preferencial, especialmente através da remoção de conteúdo e da atribuição de multa aos autores da irregularidade são capazes de gerar consequências indesejadas para o Estado brasileiro, como: (a) o *chilling effect*, efeito desencorajador de exercício do direito à liberdade de expressão por receio de sanção legal, o que culmina na autocensura dos agentes do processo eleitoral; (b) predileção pela propaganda propositiva que acaba ocultando os defeitos inerentes a todo e qualquer candidato; (c) propaganda eleitoral selecionada pelo judiciário, que ainda que deva ser imparcial possui interesses e muitas vezes é forçado a aliá-los aos desejos dos membros dos poderes executivo e legislativo, conforme alerta Robert Dahl; (d) favorecimento de alguns candidatos em detrimento de outros; (e) por fim, todos os itens resultam na limitação do amplo acesso de informações aos eleitores, o que gera grave prejuízo à democracia, efeito reverso do que se pretende na justificativa de tais restrições.

Quando o Estado assume uma atitude que privilegia a restrição do discurso eleitoral, os cidadãos passam a temer constantemente eventual punição acerca das manifestações expressadas. Esse é um efeito que desencoraja, portanto, a participação de candidatos, eleitores, meios de comunicação, jornalistas no processo eleitoral, especialmente na propaganda eleitoral. A restrição como regra, fere o intuito primordial da liberdade de expressão nesse período, uma vez que desanima os agentes desse processo e frustra os esforços daqueles que têm coragem de enfrentar um poder estatal limitador. Por vezes, a punição como regra pode acabar excluindo do

---

<sup>63</sup> RESPE nº 060006883/MA, Rel. Min. Og Fernandes. DJE de 26.08.2019.

debate os cidadãos e candidatos que não conseguem dispor de advogados, de recursos financeiros para defendê-los judicialmente ou cumprir com as condenações em multa da Justiça Eleitoral quando sua publicação for julgada como abusiva.

A restrição à propaganda eleitoral, conforme amplamente demonstrado no tópico da análise de casos da jurisprudência, em sua maioria se direciona às hipóteses de propaganda eleitoral negativa. Dessa maneira, quando a regra é a da remoção de conteúdo eleitoral negativo, resta disponível para o público, em suma, a propaganda propositiva. Essa última seleciona somente as qualidades, virtudes e boas ações realizadas pelos candidatos, uma vez que o intuito primordial da propaganda eleitoral é convencer o eleitor de que determinado sujeito é a melhor escolha de voto. Em outras palavras, o resultado alcançado pode ser o de uma campanha eleitoral enganosa, uma vez que não permite que outros, especialmente adversários, revelem a verdade completa acerca da personalidade, atitudes e conduta governamental dos concorrentes ao pleito.

Isso não significa dizer que devem ser defendidos, muito menos estimulados, os discursos sem civilidade, imorais e sujos que visam atacar o adversário. Mas tão somente sustentar que cabe ao cidadão, dentro de sua autonomia, fazer o juízo de valor de qual discurso é o correto, ou qual lhe agrada mais, não devendo essa função ser substituída pelo poder estatal. Uma vez que o povo é o protagonista do governo democrático, também deve o ser no momento de julgar o conteúdo da propaganda eleitoral, ao passo que a Justiça Eleitoral tem de atuar somente de maneira excepcional para retirar conteúdos abusivos e não como regra para restringi-la (TERRA, 2018, p. 356).

Ao assumir o papel mais ativo de moderador do conteúdo de propaganda eleitoral divulgado, o Estado merece algumas ressalvas acerca de seu comportamento. Isso porque foram os legisladores e membros do poder executivo uma vez candidatos os quais buscam sua reeleição ou possuem candidatos aliados que pretendem ver bem sucedidos no resultado do pleito. Sendo assim, por mais proba que deva ser a atuação Estatal, é natural que os detentores de cargos eletivos atuem no sentido de privilegiar seus interesses e os daqueles que apoiam politicamente. No tocante ao poder judiciário, inicialmente pode parecer que este poder estaria livre de tal influência de interesses, contudo, a experiência aponta que as convicções dos juízes em regra estão em harmonia com as dos demais poderes, como parte do jogo político tanto para nomeação dos magistrados quando para manter a governabilidade, aceitação e perpetuação do poder dos membros do legislativo e executivo (DAHL, 2012, p. 302).

Como derivado do procedimento acima apontado revela-se o privilégio de determinados candidatos em face de outros. Uma vez que não se deixa a cargo do eleitorado, ou do mercado de ideias, obter e julgar quais informações e quais candidatos são mais atrativos, mas é colocado o poder de moderação nas mãos do Estado que poderá, e muito provavelmente, buscará favorecer o candidato de sua preferência por meio da restrição de conteúdos que possam prejudicá-lo. Dessa maneira, o risco da primazia da restrição por parte do Estado é da hegemonia de um único grupo político, circunstância esta que representaria fissura na essência de uma democracia, governo que pressupõe a pluralidade e alternância de poder.

Por fim, todos os resultados pontuados até aqui culminam em um efeito de maior grandeza, qual seja, o prejuízo do processo eleitoral e da democracia. Conforme preconizado por Robert Dahl, não somente as eleições livres e justas são fundamentais para uma democracia, mas precisam estar aliadas ao direito à liberdade de expressão. Especialmente porque o processo eleitoral, tem no pleito o seu ponto alto, mas requer que o período de campanha eleitoral, que o antecede, seja eficiente e potencializado no sentido de permitir que o eleitor escolha da melhor maneira seus representantes. Sendo assim, a primazia da restrição à propaganda limita a quantidade de informações disponíveis em um debate eleitoral, obstaculizando o direito de ser informado que concede ao eleitor munição para formar sua escolha de voto com todas as informações necessárias, boas ou ruins, acerca dos concorrentes ao pleito.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a relação da proteção do direito à liberdade de expressão com o princípio democrático no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa delimitou-se a investigar o tratamento desse direito no âmbito eleitoral brasileiro, especialmente na propaganda eleitoral nas dimensões legal e jurisprudencial. Nesse contexto, levantou-se a premissa de que há uma inversão da primazia da liberdade de expressão na tutela da propaganda eleitoral brasileira. Desse modo, a partir do contexto de tensão entre os preceitos democrático e liberal, questionou-se: em que medida a regra da restrição da propaganda eleitoral, nas dimensões normativa e jurisprudencial, seria compatível com a cláusula geral de primazia da proteção à liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro? A hipótese considerou como verdadeira a resposta afirmativa ao problema da pesquisa, no sentido de ser compatível a inversão da primazia da liberdade de expressão com sua cláusula geral de proteção, na medida em que fundamentada nos limites e regras estabelecidas pela teoria democrática de Robert Dahl.

Inicialmente, destacou-se o tratamento preferencial dado à liberdade de expressão no ordenamento jurídico, preconizado pela Constituição Federal brasileira de 1988, e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assentou a referida primazia especialmente em razão do passado não democrático do Estado brasileiro, o que justificou a necessidade de contrapô-lo e conceder ao direito à liberdade de expressão uma posição hierarquicamente superior aos demais direitos na democracia do Brasil atual.

Em seguida, constatou-se, desde logo, a premissa, base da pesquisa, qual seja, a inversão da primazia da liberdade de expressão no âmbito da propaganda eleitoral brasileira. Isso foi possível através da análise das legislações eleitorais e das hipóteses que demonstraram as diversas restrições ao exercício da livre propaganda eleitoral por parte de candidatos, eleitores, meios de comunicação e outros agentes do processo.

Sendo assim, de modo a investigar a compatibilidade entre a regra da restrição na propaganda eleitoral com a regra geral da primazia da liberdade de expressão, o referencial teórico selecionado foi o modelo de equilíbrio democrático-liberal de Robert Dahl. O autor entende que o direito de se autogovernar, base da democracia, está entre os direitos primordiais de um indivíduo, e que é através deste que os cidadãos conseguem exercer a participação efetiva e principalmente a defesa de seus direitos fundamentais, ao mesmo tempo que esses últimos garantem a manutenção de um governo democrático. Portanto, a relação é de interdependência entre as liberdades

individuais e a democracia, não havendo que se falar em conflito entre os dois institutos. Por essa razão, é inconcebível restringir os direitos fundamentais em nome da defesa da democracia, uma vez que os dois são intrínsecos.

No que diz respeito ao direito à liberdade de expressão, o referencial teórico o configura como um dos institutos necessários, em conjunto com as eleições livres, justas e periódicas, para a constituição de uma poliarquia, espécie de governo denominada pelo autor como uma democracia real e viável adequada aos modelos estatais de larga escala da atualidade. Como base de sua teoria democrática, exalta a necessidade da soma dos direitos à oposição e à participação efetiva do povo, diante disso propõe um modelo de equilíbrio entre a liberdade de expressão<sup>64</sup> e o processo democrático, com ênfase para o pleito eleitoral.

A importância de tornar-se conhecido pelo eleitorado, o direito de opor-se ao governo, a contribuição para autodeterminação do indivíduo e o subsídio para o pluralismo político, são todos fundamentos para a proteção da liberdade de expressão dentro de um governo democrático. Dessa forma, a restrição desse direito como regra na propaganda eleitoral revela-se incompatível com o processo democrático, e conseqüentemente com a cláusula geral de preferência da liberdade de expressão, o que invalida a hipótese inicial da presente pesquisa. Isso porque o período que antecede o pleito é essencial para a formação do convencimento e escolha dos representantes pelos cidadãos, uma vez que as eleições, em si, representam apenas o auge do processo eleitoral e não sua totalidade, sendo a livre expressão e o amplo acesso às informações imprescindível para tanto.

Observou-se que a busca pela redução de gastos de campanha e a defesa do princípio da igualdade de oportunidades entre os concorrentes estão entre os principais argumentos que deram causa à regra da restrição da propaganda eleitoral no âmbito normativo. Além disso, destacou-se, como justificativa para as restrições também, o período exíguo característico do processo eleitoral que requer uma postura mais atuante e limitadora dos abusos da liberdade de expressão de modo a produzir efeitos em tempo hábil, em contraposição à regra da responsabilização posterior aplicada no ordenamento jurídico brasileiro.

No tocante à análise jurisprudencial realizada nos casos de representações por propaganda eleitoral irregular referentes aos cargos de governador do Maranhão e prefeito de São Luís nas eleições de 2018 e 2020, julgados pelo TRE/MA e TSE, constatou-se que a Corte Regional maranhense proferiu, no período analisado, mais decisões de restrição à liberdade de expressão,

---

<sup>64</sup> Assim como o direito de ser informado e o acesso a fontes alternativas de informação.

tanto na análise material quanto formal das propagandas, quando comparado à Corte Superior Eleitoral.

Algumas possíveis explicações desse resultado podem ser aduzidas: a) o número de processos que alcança o TSE é menor em razão da competência originária deste Tribunal ser somente para as eleições presidenciais, além da necessidade de preenchimento dos requisitos legais mínimos para a admissão do Recurso Especial Eleitoral de sua competência. Assim, questões claramente previstas em lei ou pacificadas na jurisprudência, principalmente no tocante às restrições na forma da propaganda sequer passam pelo juízo de admissibilidade desse tribunal e consequentemente não tem seu mérito apreciado; b) a proximidade e variação dos membros julgadores no Tribunal Regional é maior, o que pode ensejar em certos casuísmos ou em um olhar menos objetivo dos fatos analisados, a exemplo do sopesamento do potencial lesivo de determinada propaganda para o pleito local ou a necessidade de limitar o poderio financeiro de um determinado candidato. Nessa perspectiva, a análise distante do TSE acaba sendo mais objetiva e imparcial, assim tende a manter-se mais coerente à jurisprudência consolidada e menos variável pelas circunstâncias.

Foram observados em regra, nos julgados examinados, a restrição da propaganda eleitoral antecipada e da propaganda negativa, sob os fundamentos de defesa dos direitos à honra e à imagem dos candidatos, a vedação da divulgação de informações inverídicas capazes de enganar o eleitor, a capacidade da propaganda de desequilibrar a concorrência ao pleito, além da violação aos aspectos formais da propaganda explicitamente estabelecidos na legislação.

Após análise dos acórdãos selecionados, concluiu-se que a jurisprudência do Tribunal Regional e Tribunal Superior Eleitoral não é uniforme, possuindo pouca coesão com os julgados passados. Observou-se que são utilizados julgados anteriores para embasar tanto a restrição quanto a exaltação da liberdade de expressão, de acordo com a linha de entendimento já formada previamente pelo julgador. Apesar de alguns critérios objetivos depreendidos dos casos examinados, muito ainda é deixado para o subjetivismo de cada membro da corte, como é o caso da falta de definição do discurso de ódio e da crítica típica do debate político. Pelo exposto, o risco de um tratamento casuístico do direito à liberdade de expressão, por meio de uma justiça que lida com grandes interesses políticos, é significativamente aumentado.

Apesar disso, a pesquisa destacou a necessidade de observar alguns limites às restrições quais sejam, a vedação à censura prévia, a preferência por outros meios de sanção como o direito

de resposta e a indenização pecuniária, a fundamentação baseada em direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, não sendo legítima a justificativa com base em argumentos como a preservação da moral e do bem-estar dos candidatos, não previstos na Constituição Federal brasileira.

Por fim, inconcebível é a restrição à liberdade de expressão em prol da defesa da democracia, uma vez que vai de encontro com o modelo de equilíbrio entre esses dois institutos, preconizado por Robert Dahl. A referida teoria não só nega a existência de conflito entre a democracia e as liberdades individuais, mas afirma que a liberdade de expressão é requisito essencial de operabilidade e manutenção da democracia. Pois acredita que somente através do exercício do direito à liberdade de expressão é que o cidadão consegue exercer sua autonomia e participar efetivamente do processo democrático, de modo a ditar as regras que lhe governarão, ainda que o faça por meio da eleição de representantes públicos.

A primazia da restrição da propaganda eleitoral, ao invés de garantir a higidez do pleito, tende a gerar efeitos prejudiciais ao processo eleitoral democrático, por meio do efeito silenciador que desencoraja a participação da população em geral e principalmente dos candidatos. Sem a participação efetiva dos cidadãos, a democracia sofre em sua essência. O debate requer um amplo acesso às informações, agradáveis ou não aos candidatos, de modo a permitir que o eleitor exerça seu poderio.

Como resultado da pesquisa, com base na teoria democrática de Robert Dahl, constatou-se que o direito à liberdade de expressão precisa ser intensificado e não limitado no período de propaganda eleitoral no Brasil. Ao deixar de seguir a cláusula geral de preferência da liberdade de expressão, a legislação e a jurisprudencial eleitoral afastam o Estado brasileiro da democracia e criam espaço para comportamentos governamentais autoritários.

Em suma, o direito à liberdade de expressão, assim como o direito de ser informado e o acesso a fontes alternativas de informações são instituições essenciais para a democracia em conjunto com o instituto das eleições livres e justas. Logo, quanto maior a restrição a esses direitos, e banalização no seu afastamento em prol de interesses que não possuem a guarida constitucional, menor será a qualidade da democracia no Estado brasileiro.

Dessa forma, as soluções propostas para os abusos do exercício da liberdade de expressão no período eleitoral, cuja existência não pode ser ignorada, giram em torno do maior acesso à informação e não da sua restrição. Cabe ao cidadão julgar quais informações lhe agradam

e lhe são úteis durante o processo de escolha de seus representantes, marcado pela propaganda eleitoral, de modo a capacitar o povo e, assim, crer no seu potencial para exercer o direito ao autogoverno dentro de uma democracia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Lenine P. Os limites da liberdade de expressão em matéria eleitoral. In: FUX, L.; PEREIRA, L.; AGRA, W. (Coord.) PECCININ, Luiz (Org.). **Propaganda Eleitoral: Tratado de direito eleitoral**. Tomo 4. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BAPTISTA, Rodrigo. **Redes sociais influenciam voto de 45% da população, indica pesquisa do DataSenado**. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/12/redes-sociais-influenciam-voto-de-45-da-populacao-indica-pesquisa-do-datasenado> >.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.) **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BOGÊA, Sergio Ricardo de A.; Mattos, Delmo. Ativismo judicial: uma análise acerca dos limites da intervenção judicial nos demais poderes. In: Veloso, Roberto C. (Org.). **Dinâmica e efetividade das Instituições do Sistema de Justiça em homenagem aos 10 anos do PPGDIR**. São Luís: EDUFMA, 2022.

BRASIL. Câmara dos deputados. **PROJETO DE LEI Nº 3.831**, de 17 de agosto de 1993. Estabelece normas para as eleições de 03 de outubro de 1994. Disponível em: < <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD21MAI1993.pdf&npagina=84>>.

BRASIL. Câmara dos deputados. **PROJETO DE LEI Nº 180**, de 13 de abril de 1995. Estabelece normas para as eleições municipais de 03 de outubro de 1996 e dá outras providências. Disponível em: < <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD13ABR1995.pdf&npagina=29> >

BRASIL. Câmara dos deputados. **PROJETO DE LEI Nº 2.695**, de 08 de janeiro de 1997. Estabelece normas para as eleições de 03 de outubro de 1998 e dá outras providências. Disponível em: < <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD31JAN1997.pdf#page=85> >.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >.

BRASIL. **Lei n. 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm) >.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4451**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento 21.06.2018. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337> >.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/Distrito Federal**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento 04.09.2008. Publicação 07.11.2008. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> >.

CARVALHO, Marcia Haydée Porto de. **O público e o privado: no direito constitucional brasileiro**. São Luís, EDUFMA, 2017.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade C. de; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. Pluralismo e Liberdade da Mídia: Um Olhar Sobre a União Europeia. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. Vol. 24, n.3. Set/dez de 2018. pp. 1043/1071. Disponível em: < <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13766/7805> >.

COELHO, Rosa J. P.; POMPEU, Gina V. M. Liberdades de expressão e de informação em face da igualdade e dignidade humana: o caso Siegfried Ellwanger. **Revista Justiça do Direito**. v. 31, n. 2. 2017. Disponível em < <https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7211> >.

CONEGLIAN, Olivar; CONEGLIAN Fabíola R.; SHIROMA, André E. A propaganda eleitoral no rádio e na televisão: uma visão crítica. In: FUX, L.; PEREIRA, L.; AGRA, W. (Coord.) PECCININ, Luiz (Org.). **Propaganda Eleitoral: Tratado de direito eleitoral**. Tomo 4. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos**, 1819. Disponível em: < [www.fafich.ufmg.br/luarnaut/constant\\_liberdade.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/luarnaut/constant_liberdade.pdf) >.

CORBATÓN, Francisco Grisolia. **Libertad de Expresión y Derecho a La Honra**. Santiago/Chile, Editorial Lexisnexus, 2014.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal de intimidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

COURA, Alexandre B. Propaganda eleitoral antecipada: teoria funcionalista sistêmica versus teoria clássica da propaganda eleitoral. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul**. Jul./dez., 2019. Disponível em: < <https://abradep.org/wp-content/uploads/2020/11/Revista-do-TRE-RS-47.pdf> >.

CRUZ, Marco Aurélio R. da C. e. **A evolução conceitual da liberdade de expressão na**

**jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Joaçaba/SC: Espaço Jurídico, v. 11, n. 2, p. 402-421, jul./dez. 2010. Disponível em: <  
<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/download/1955/1023/6701> >.

CUNHA, Tais M. de B. Liberdade de Expressão em período eleitoral: restrições são admitidas pela Constituição Federal? **Revista Direitos Democráticos e Estado Moderno.** Faculdade de Direito da PUC-SP. Jul./Dez. 2020. Disponível em: <  
<https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM/article/view/50524/33506> >.

DAHL, Robert. **Um Prefácio à Teoria Democrática.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.

\_\_\_\_\_. **Poliarquia:** Participação e oposição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

\_\_\_\_\_. **Sobre Democracia.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

\_\_\_\_\_. **Democracia e Seus Críticos.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DA SILVA, Afonso José. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DETTMAN, Deborah; MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Representação sem eleição: uma crítica à teoria da representação argumentativa na perspectiva do diálogo e da autonomia. **Arquivo Jurídico: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí,** v. 3, n. 1, p. 23-41. Teresina: 2016. Disponível em: <  
<https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/5703/3375> >.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e comunicação:** Teoria e proteção constitucional. Florianópolis. 2001. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/30360546.pdf> >.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 12 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

FISS, Owen. **The Irony of Free Speech.** Harvard University Press, 1998.

FRANCISQUINI, Renato. **Democracia, liberdade de expressão e o valor equitativo das liberdades comunicativas.** São Paulo, 2014. Disponível em: <  
[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-23012015-184904/publico/2014\\_RenatoFrancisquini\\_VOrig.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-23012015-184904/publico/2014_RenatoFrancisquini_VOrig.pdf) >.

GOLTZMAN, Elder M. **Liberdade de Expressão e desinformação em contextos eleitorais.** Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral.** 16 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GUIMARÃES, Claudio A. G., CARVALHO, Themis M. P. de e SANTOS, Bruna D.P. das C. **Direito Eleitoral, Democracia E Ação Comunicativa: Possibilidades para efetivação da**

representação política. In: MOREIRA, Eduardo et. al (Og.). **Direito Eleitoral e Democracia: estudos em homenagem ao Desembargador Cleones Carvalho Cunha**. São Luís: EDUFMA, 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **A era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2012. Disponível em: < [https://gestaoeducacaoespecial.ufes.br/sites/gestaoeducacaoespecial.ufes.br/files/field/anexo/habermas\\_jurgen.\\_direito\\_e\\_democracia\\_vol.\\_i.pdf](https://gestaoeducacaoespecial.ufes.br/sites/gestaoeducacaoespecial.ufes.br/files/field/anexo/habermas_jurgen._direito_e_democracia_vol._i.pdf) >.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. **Revista de Investigações Constitucionais**. vol. 1, n. 2, maio/agosto 2014.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 7. ed., 2012.

**LEI FALCÃO SILENCIA A CAMPANHA ELEITORAL**. Memorial da Democracia. 2017. Disponível em < <http://memorialdademocracia.com.br/card/lei-falcao-silencia-a-campanha-eleitoral> >.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. 1983. Disponível em: < [http://dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh\\_locke\\_carta\\_tolerancia.pdf](http://dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_locke_carta_tolerancia.pdf) >.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MAGALHÃES, Breno B. A liberdade de expressão na jurisprudência do STF (2017-2020): justificativa poliarquica e o teste da posição preferencial relativa. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, out./dez., 2021. Disponível em: < <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/12247/6717> >.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Judicialização da Política e Alternativa Republicana**. 2020.

MIGUEL, Luis Felipe. **Representação Democrática: autonomia e interesse ou identidade e advocacy**. São Paulo: Lua Nova, 2011.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. Disponível em: < <https://efabiopablo.files.wordpress.com/2017/02/sobre-a-liberdade-col-saraiva-de-bolso.pdf> >.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

NEVES FILHO, Carlos. **Propaganda Eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno. A igualdade de oportunidades nas competições eleitorais: reflexões a partir da teoria da justiça como equidade de John Rawls. **Paraná Eleitoral**, v. 2. 2013. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/pe/article/download/42764/25922> >.

OSÓRIO, Aline. **Direito Eleitoral e Liberdade de expressão**. Belo horizonte: Fórum, 2017.

OSÓRIO, Aline. O princípio da liberdade de expressão no direito eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz; AGRA, Walber. **Direito Constitucional Eleitoral**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEIRCE, Charles Sanders. Como Tornar as Nossas Ideias Claras. **Popular Science Monthly**, New York, v. 12, 1878. Disponível em: < <https://www.bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-peirce-how-to-make.pdf> >.

PINTO, Danielle J. A; MORAES, Isabela. As mídias digitais como ferramentas de manipulação de processos eleitorais democráticos: uma análise do caso Brexit. **Revista de Estudos Sociais**, 2020. Disponível em: < <https://journals.openedition.org/revestudsoc/48686> >.

PREZOTTO, Mauro A. Propaganda eleitoral negativa como instrumento de convencimento do eleitor. In: FUX, L.; PEREIRA, L.; AGRA, W. (Coord.) PECCININ, Luiz (Org.). **Propaganda Eleitoral: Tratado de direito eleitoral**. Tomo 4. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

QUEIROZ, Rabelo; FEFERBAUM, Marina. **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAIS, Diogo et al. **Direito Eleitoral Digital**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RESTREPO, Ricardo. Democratic Freedom of Expression. **Open Journal of Philosophy**. 2013. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.4236/ojpp.2013.33058> >.

RAMOS, Luciana de Oliveira; RAIS, Diogo. A liberdade de expressão e o controle sobre o conteúdo da propaganda eleitoral: uma perspectiva comparada. In: FUX, L.; PEREIRA, L.; AGRA, W. (Coord.) PECCININ, Luiz (Org.). **Propaganda Eleitoral: Tratado de direito eleitoral**. Tomo 4. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Limites à liberdade de expressão**. Joaçaba/SC: Espaço Jurídico, v. 11, n. 2, p. 374-401, jul./dez. 2010.

ROBL FILHO, Ilton. SARLET, Ingo W. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na constituição federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. **Revista da Academia**

**Brasileira de Direito Constitucional.** Curitiba, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun., 2016, p. 112-142. Disponível em: < <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/229/226> >.

ROCHA, Bárbara Santos. **Liberdade de expressão e redes sociais: análise da atuação do tribunal superior eleitoral nas eleições gerais de 2018.** Fortaleza/CE, 2020.

RUFINO, Fernanda Julie Parra Fernandes; FACHIN, Zulmar. Liberdade de manifestação do pensamento: uma análise à luz do pensamento do STF. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 4, n. 1, p 224-238, ago, 2019. Disponível em < <https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v4n1.rufino.fachin> >.

SALGADO, Eneida; NEVES, Daniela. O efeito reverso das mudanças da legislação da propaganda eleitoral: um estudo sobre as leis eleitorais a partir de 1992. **Analecta Política**. P. 117-139. 2020. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7655880.pdf> >.

SALIBA, Michel. A propaganda eleitoral em locais públicos e o retrocesso na liberdade das campanhas nas ruas. In: FUX, L.; PEREIRA, L.; AGRA, W. (Coord.) PECCININ, Luiz (Org.). **Propaganda Eleitoral: Tratado de direito eleitoral**. Tomo 4. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 12-15.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luis G.; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo W. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019. Disponível em: < <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/428/443> >.

SARMENTO, Daniel. Liberdade De Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional Do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 16, agosto 2007.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Editora Ática, 1994.

SOARES, Felipe R. R.; MANSUR, Rafael. A tese da posição preferencial da liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade: análise crítica à luz da legalidade constitucional. In: SCHREIBER; MORAES; TEFFÉ (COORD.). **Direito e Mídia**. 2 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

SOARES, Adriano Costa. **Quitação eleitoral e hipermoralização do Direito: na era do "fichalimpismo"**. Blog de Adriano da Costa Soares. 2012. Disponível em: <<http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/search/label/fichalimpismo>>.

SULLIVAN, Kathleen M. Two concepts of freedom of speech. **Harvard Law Review**. Vol. 124:143. 2010. Disponível em: < [https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2010/11/vol\\_12401sullivan.pdf](https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2010/11/vol_12401sullivan.pdf) >.

SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the problem of free speech**. The Free Press. 1995.

TERRA, Felipe Mendonça. **Campanhas políticas, liberdade de expressão e democracia: o caso das propagandas eleitorais antecipadas e negativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WARBURTON, Nigel. **Liberdade de expressão**. Editora Dialética; 1ª edição. 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Editorial Trotta, 2011.

ZAULI, Eduardo Meira. Direito judicial e justiça eleitoral: a judicialização das eleições no brasil. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz; AGRA, Walber. **Direito Constitucional Eleitoral**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2018.