



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Aline Rezende Peres Osorio

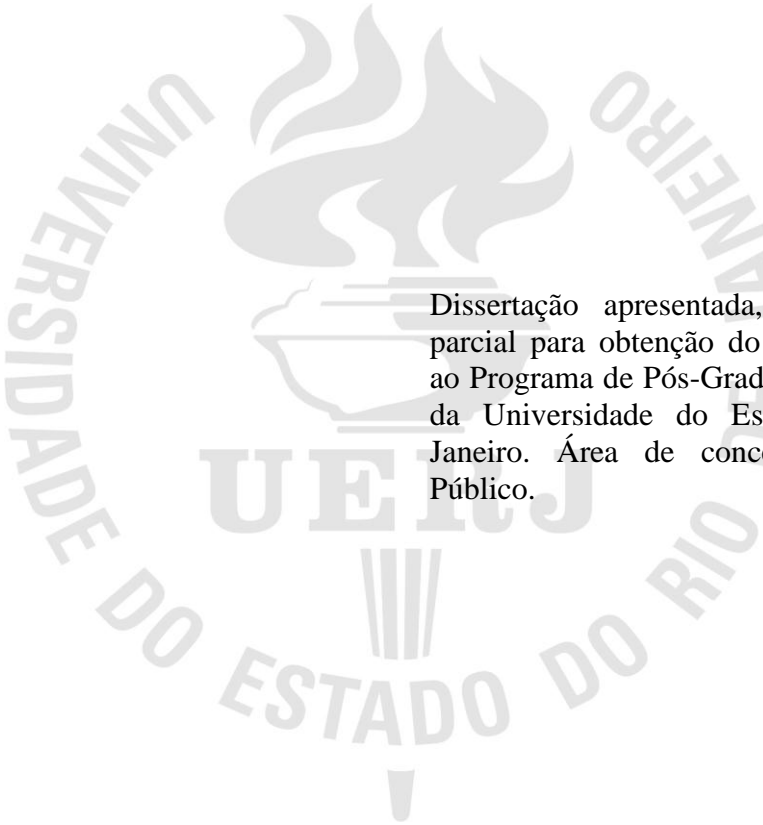
**O direito eleitoral e a liberdade de expressão:  
política, palavra e paixão**

Rio de Janeiro

2015

Aline Rezende Peres Osorio

**O direito eleitoral e a liberdade de expressão:  
política, palavra e paixão**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmiento

Co-orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

O83 Osório, Aline Rezende Peres.

O direito eleitoral e a liberdade de expressão : política, palavra e paixão  
/ Aline Rezende Peres Osório. – 2015.  
282 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmiento.

Co-orientador: Prof. Dr. Luis Roberto Barroso.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Direito eleitoral- Teses. 2. Liberdade de expressão – Teses. 3.  
Propaganda eleitoral – Teses.I. Sarmiento, Daniel. Universidade do Estado do  
Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.8

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Aline Rezende Peres Osorio

**O direito eleitoral e a liberdade de expressão:  
política, palavra e paixão**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 4 de setembro de 2015.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Daniel Sarmiento (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (Co-orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm

Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes

Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2015

## DEDICATÓRIA

À minha irmã, Ana Beatriz, a mais linda flor quebrotou no meu jardim.

## AGRADECIMENTOS

O ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro foi uma grande virada em minha vida. Eu já vinha namorando o Direito Constitucional desde os bancos da faculdade, mas acabara me casando com o Direito Empresarial. Hoje, porém, vivo plenamente a alegria de unir trabalho e paixão.

Há muitos responsáveis por essa revolução no meu coração. O primeiro é o Professor Daniel Sarmento. Faltam-me palavras para agradecer por tudo que ele representa em minha vida. Daniel é uma das pessoas mais brilhantes e iluminadas que conheço. Sua dedicação, inteligência e vontade de fazer o bem, me inspiraram e me inspiram a ser alguém melhor e a encontrar caminhos de transformação no Direito. Um desses caminhos foi a Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, que pudemos construir juntos, e com a querida Juliana Cesário Alvim, e que já está se tornando uma referência na advocacia de interesse público no país. Aos colegas da Clínica, Letícia, Humberto, Ju, Eduardo, Diego, Lucas, Helena e Marina, também agradeço pela dedicação e companheirismo. À Camila, devo um agradecimento especial pela valiosa ajuda com a pesquisa para este trabalho. Outro belo caminho que descobri com o apoio do Professor Daniel foi o magistério. Com a minha turma de Direito Constitucional III, foi amor à primeira vista. Meus alunos me faziam esquecer dos problemas, das noites mal dormidas e da infundável lista de pendências. Agradeço, nas pessoas da Mirza e do Philippe, o carinho, o incentivo e a descoberta de uma vocação.

O segundo responsável é o Professor Luís Roberto Barroso, meu co-orientador e querido chefe. Ser sua assessora no Supremo Tribunal Federal, mais do que uma grande honra, é um privilégio. Agradeço a deliciosa convivência, o aprendizado diário e os desafios que encaramos com sorrisos. Acompanhar a sua atuação de perto e auxiliá-lo (ao menos um pouquinho) têm sido motivo de muito orgulho e têm alimentado a minha admiração e carinho por esse grande Ministro e homem. A sua dedicação e brilho são incomparáveis! Junto com a assessoria, vieram mais presentes da vida. Adriana, Cris e Pati, minhas supremas companheiras, tornam o trabalho mais leve e os dias mais lindos. Em pouco tempo, já ganharam um espaço enorme no meu coração. Renata também dá uma luz especial ao gabinete. Rodrigo, Fred, Estevão, André, Marcus Vinicius e Alonso completam o time de assessores. E estou ainda cercada de maravilhosos servidores e amigos, a quem agradeço nas pessoas de Welney, Kelly, Marluce, Tiago e Marquinhos. É uma delícia trabalhar ao lado de tanta gente boa.

Por fim, também é responsável o Professor Gustavo Binenbojm, com quem pude atuar na advocacia por um período curto, mas essencial. A entrada do Gustavo em minha vida foi obra do destino. Lembro que ainda na dúvida se deveria mudar o rumo da minha carreira e ingressar em seu escritório, sentei-me em um restaurante para refletir sobre a escolha. Eis que o Gustavo entra pela porta e senta-se na mesa ao lado. Eu, que acredito no destino, não tinha mais dúvida depois disso. O Gustavo é um dos homens mais inteligentes e habilidosos que conheço. E tem o grande mérito de ter criado em seu escritório um verdadeiro oásis de inteligência e alto astral. Devo a ele também os amigos maravilhosos que fiz por lá. Carina e Juju (que viraram irmãs), Alice (uma amiga e inspiração), André, Rafa, Carol, Flávio, Francisco, Fil, Mari, Joana, Bernardo, Dona Emília e todos os demais. Que saudade! Os meus dias perderam muitas cores quando deixei o BGCB.

Agradeço, ainda, aos meus colegas de mestrado, Luis Felipe, Ciro, Leo Coelho, Zé Marcos, Pedro, Joana, Carininha, Ju, Zambão, PJ, Gabriel, Semirames e Filipe, por tornarem as aulas e a vida muito mais interessantes. E aos professores Rodrigo Brandão, Ana Paula de Barcellos e Jane Reis, pelo grande aprendizado e pelo exemplo. Não posso esquecer de agradecer aos queridos mestres da PUC-Rio, Francisco de Guimarães, Adriano Pilatti e Fábio Leite. Tenho sempre comigo a lição: “para quem tem asas, nada é pesado.”

Devo muito da minha felicidade a meus melhores amigos da vida, que estiverem, cada um a sua maneira, presentes ao longo da elaboração do trabalho. Às “verdadeiras amigas”, que me acompanham desde o jardim de infância, Bel, Brum, Clarinha e Mari. Hoje, cada uma em um canto do mundo, mas todas sempre juntas. À Deborah, minha “sombra”, minha irmã, que dividiu comigo todas as felicidades e angústias desse período de mestrado. Ao Reny, Dri, Bi, Cami, Má, Hannah, Marcela, Vivi, Ric, LF, e Florinha, amigos tão amados.

*Last but not least*, à minha família, devo tudo. À minha mãe, um ser especial, com o coração mais puro que existe e uma bondade infinita. Para ela, as mais belas palavras não bastariam. Ao meu pai, que, pelo exemplo, me ensinou que a grandeza dos homens está na simplicidade e que não há nenhum bem mais precioso que a nossa família. À Ana Beatriz, minha *little sister*, amada e adorada, que me deu um baita susto na reta final da elaboração deste trabalho, mas que, para acalmar meu coração, acaba de voltar para casa bem e brincalhona. À vó Marlene, vó Virginia, tio Chico, tia Vânia e Cacá, que enchem a vida de amor. Ao Bira e à Alaídes, que me fazem sentir em casa em minha nova casa. À vó Yara, minha grande paixão. E ao vô Osório, a maior saudade...

Como beber dessa bebida amarga  
Tragar a dor, engolir a labuta  
Mesmo calada a boca, resta o peito  
Silêncio na cidade não se escuta  
De que me vale ser filho da santa  
Melhor seria ser filho da outra  
Outra realidade menos morta  
Tanta mentira, tanta força bruta

Pai, afasta de mim esse cálice

*Chico Buarque*



## RESUMO

OSORIO, Aline Rezende Peres. **O direito eleitoral e a liberdade de expressão**: política, palavra e paixão. 2015. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O presente estudo tem por objetivo oferecer uma contribuição inicial para a revitalização do direito eleitoral, por meio da releitura de seus institutos, regras, princípios e lógica estruturante à luz do sistema constitucional da liberdade de expressão. Seu ponto de partida é a constatação de que o direito eleitoral brasileiro não confere à liberdade de expressão a sua devida dimensão de peso. No contexto das campanhas, as liberdades de expressão, informação e imprensa têm sido demasiadamente sacrificadas. O arcabouço teórico do direito eleitoral, ao invés de se estruturar em torno da necessidade de garantir um debate público “*desinibido, robusto e aberto*”, parece organizar-se exatamente no sentido oposto, buscando limitar o fluxo e a contraposição de informações, ideias e opiniões. O trabalho identifica duas causas principais deste cenário. Em *primeiro lugar*, e de modo geral, isso se dá porque a cultura da liberdade de expressão não criou raízes no país. Em *segundo lugar*, e mais especificamente, porque a dogmática do direito eleitoral padece de grave subdesenvolvimento teórico, que se reflete em três principais deficiências: (i) na inexistência de identificação e sistematização consistente dos princípios substantivos norteadores do direito eleitoral e seus respectivos conteúdos, (ii) na construção da disciplina sob fundamentos teóricos inconsistentes e contraditórios como o ideal democrático, e (iii) na regulação excessiva, assistemática e casuística, instituída à margem do sistema de direitos fundamentais. Para a superação dessas deficiências, propõe-se, em primeiro lugar, um marco teórico para a liberdade de expressão, capaz de fornecer o instrumental necessário para a regulação eleitoral. Em seguida, apresenta-se um panorama do tratamento atual da liberdade de expressão no direito eleitoral, procedendo-se à filtragem de grande parte da regulação das campanhas eleitorais à luz do sistema constitucional da liberdade de expressão, incluindo o regramento da propaganda política, o acesso aos meios de comunicação durante o pleito, e as regras de financiamento de campanha.

Palavras-chave: Direito eleitoral. Liberdade de Expressão. Propaganda eleitoral. Financiamento de campanha. Tribunal Superior Eleitoral. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

OSORIO, Aline Rezende Peres. **Electoral law and free speech: politics, phrase and passion.** 2015. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

This study aims to provide an initial contribution to the setting out of a new approach of electoral law, by the reading of its institutions, rules, principles and structural logic through the lens of the constitutional system of freedom of expression. Its starting point is the understanding that Brazilian electoral law does not confer on free speech its proper weight. In the context of the campaigns, the freedoms of expression, information and press have been overly sacrificed. Instead of being structured to ensure an “uninhibited, robust and wide-open” debate on public issues, the theoretical framework of electoral law seems to be organized exactly in the opposite direction, seeking to reduce the flow and opposition of information, ideas and opinions. The study identifies two main causes of this scenario. Firstly, and more generally, this is because the culture of freedom of expression did not take root in Brazil. Second, and more specifically, because the dogmatic of electoral law suffers from a serious theoretical underdevelopment, which is reflected in three main deficiencies: (i) the absence of identification and consistent systematization of the guiding substantive principles of electoral law, (ii) the construction of the discipline under inconsistent and contradictory theoretical foundations, and (iii) excessive, unsystematic and casuist regulation, established with disregard for the fundamental rights’ system. To overcome these problems, firstly, the study proposes a new theoretical framework for the right of free speech, in order to provide the tools that are required for proper campaign regulation. Secondly, it presents an overview of the current treatment of freedom of expression in electoral law and offers a new reading of much of the regulation of election campaigns in the light of the constitutional system of freedom of expression, including the regulation of political propaganda, access to the media during the election, and campaign finance.

Keywords: Electoral Law. Freedom of Expression. Electoral Propaganda. Campaign Finance. Brazilian Superior Electoral Court. Brazilian Supreme Court.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
Art.	Artigo
CE	Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965)
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973)
CRFB	Constituição da República Federativa Brasileira, de 05.10.1988
EUA	Estados Unidos da América
LE	Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997)
LP	Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995)
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
QO	Questão de Ordem
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
Respe	Recurso Especial Eleitoral
Rp	Representação eleitoral
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
	<b>UM MARCO TEÓRICO PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO</b> .....	18
1	<b>A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO E COSMOPOLITISMO</b> .....	18
1.1	<b>“O coronel em nós”: cultura censória, autoritarismo e liberdade de expressão</b>	18
1.2	<b>O sistema constitucional de proteção à liberdade de expressão</b> .....	23
1.3	<b>Liberdade de Expressão e Cosmopolitismo</b> .....	25
2	<b>A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: FUNDAMENTOS, DIMENSÕES E POSIÇÃO PREFERENCIAL</b> .....	31
2.1	<b>Multifuncionalidade da liberdade de expressão</b> .....	31
2.1.1	<u>A busca da verdade e o mercado livre de ideias</u> .....	32
2.1.2	<u>A realização da democracia</u> .....	34
2.1.3	<u>A dignidade humana e a realização individual</u> .....	39
2.1.4	<u>Outras funções da liberdade de expressão</u> .....	41
2.2	<b>Democracia e Liberdade de Expressão</b> .....	43
2.3	<b>A Posição Preferencial da Liberdade de Expressão e suas consequências</b> .....	56
2.3.1	<u>A origem da doutrina</u> .....	56
2.3.2	<u>Desenvolvimento no direito internacional e no Brasil</u> .....	59
2.3.3	<u>Consequências da posição preferencial da liberdade de expressão</u> .....	62
3	<b>O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CONTEÚDO E RESTRIÇÕES</b> .....	68
3.1	<b>A titularidade do direito à liberdade de expressão</b> .....	68
3.2	<b>O conteúdo do direito à liberdade de expressão</b> .....	70
3.2.1	<u>O discurso político e sua especial proteção</u> .....	75
3.3	<b>Restrições à liberdade de expressão</b> .....	81
3.3.1	<u>Os limites dos limites à liberdade de expressão: teste tripartite</u> .....	83
	<b>O DIREITO ELEITORAL À LUZ DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO</b> .....	90
4	<b>DIREITO ELEITORAL, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CONSTITUIÇÃO: UM DIAGNÓSTICO</b> .....	90
5	<b>VALORES E INTERESSES CONSTITUCIONAIS EM JOGO NO PROCESSO ELEITORAL</b> .....	99

5.1	<b>Princípios constitucionais eleitorais</b> .....	99
5.1.1	<u>Igualdade política entre os cidadãos</u> .....	101
5.1.2	<u>Igualdade de oportunidades ou “paridade de armas”entre candidatos e partidos</u> ....	105
5.1.3	<u>Legitimidadedo processo eleitoral</u> .....	110
5.1.4	<u>Liberdade de expressão político-eleitoral</u> .....	113
5.2	<b>Outros valores e interesses constitucionais invocados</b> .....	115
5.2.1	<u>Proteção ao meio ambiente nas eleições</u> .....	116
5.2.2	<u>O cumprimento de posturas municipais e eleições</u> .....	118
5.3	<b>Considerações empíricas e institucionais e suas implicações normativas e regulatórias</b> .....	120
6	<b>O TEMPO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS</b> .....	125
6.1	<b>Duração das campanhas e propaganda eleitoral antecipada/extemporânea</b> ....	126
6.2	<b>Período de reflexão calma ou silêncio eleitoral</b> .....	137
6.3	<b>Limites Temporais à divulgação de Pesquisas Eleitorais</b> .....	144
7	<b>O CONTEÚDO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS</b> .....	155
7.1	<b>Política e Propaganda negativa</b> .....	155
7.2	<b>Política e Emoção</b> .....	164
7.2.1	<u>O artigo 242 do Código Eleitoral e a criação de estados mentais, emocionais ou passionais pela propaganda eleitoral</u> .....	166
7.2.2	<u>A Proibição de showmícios e apresentação de artistas, ainda que não remunerada</u> .....	178
7.3	<b>Política e Humorismo</b> .....	182
7.3.1	<u>Caso Porta dos Fundos</u> .....	190
8	<b>AS CAMPANHAS NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO</b> .....	195
8.1	<b>A TV e o Rádio e eleições</b> .....	195
8.1.1	<u>Horário de Propaganda Eleitoral Gratuito</u> .....	197
8.1.2	<u>Cobertura nas campanhas</u> .....	204
8.2	<b>Imprensa escrita e Eleições</b> .....	207
8.3	<b>Internet e eleições</b> .....	210
9	<b>O DINHEIRO E AS CAMPANHAS ELEITORAIS</b> .....	216
9.1	<b>Dinheiro é discurso?</b> .....	217
9.2	<b>A regulação dos gastos em campanha e a liberdade de expressão</b> .....	220
9.3	<b>A regulação do financiamento de campanhas e a liberdade de expressão</b> .....	226
9.3.1	<u>O financiamento de campanhas e a liberdade de expressão e nos EUA e no Canadá</u> .....	229

9.3.2	<u>O financiamento de campanhas e a liberdade de expressão no Brasil</u> .....	242
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	254
	<b>Proposições conclusivas</b> .....	254
	<b>Política, Palavra, Paixão</b> .....	267
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	269

## INTRODUÇÃO

As eleições marcam um momento político especial, separado do contexto da política ordinária. As campanhas eleitorais constituem uma fase do processo político que se desenvolve durante determinado período de tempo anterior à votação e na qual candidatos e partidos promovem um conjunto de atividades de proselitismo e de propaganda eleitoral, com o propósito comunicar seus programas, pontos de vista, trajetória e qualidades, e, assim, permitir a definição de voto dos eleitores e a formação do corpo de representantes<sup>1</sup>. Em um sentido mais amplo, as campanhas compreendem, além das ações promovidas por candidatos e partidos, toda a movimentação política que é gerada na sociedade e nos meios de comunicação em torno da definição eleitoral.

Tais momentos são caracterizados por três propriedades temporais: a *periodicidade* (as eleições ocorrem em intervalos pré-definidos), a *simultaneidade* (os cidadãos exercem o direito de sufrágio em um intervalo de tempo pré-definido e relativamente curto, normalmente no mesmo dia), e a *definitividade* (os resultados das urnas assumem, como regra, caráter definitivo e final até que venha a próxima eleição)<sup>2</sup>. Todas essas propriedades servem a valores fundamentais em uma democracia. A periodicidade viabiliza o autogoverno democrático, ao permitir que os interesses dos cidadãos sejam considerados na formação dos governos e ao possibilitar o controle social dos representantes e a alternância no poder, de modo que novas majorias tenham capacidade de substituir as anteriores<sup>3</sup>. Já a simultaneidade permite que a tradução das preferências dos eleitores em cargos políticos se dê da forma mais fiel possível (tal qual uma fotografia), permitindo a expressão da vontade do povo em um determinado instante. Por fim, a definitividade garante legitimidade à vontade popular manifestada nas urnas, que, em regra, não poderá ser alterada até o pleito seguinte, conferindo estabilidade ao governo eleito.

O que diferencia a fase de campanhas eleitorais dos demais períodos é justamente a especial significância que esse momento de participação e de seleção de representantes assume para a soberania popular e para a democracia representativa. Por óbvio, a participação

---

<sup>1</sup> LAUGA, Martín; RODRÍGUEZ, Juan I. García La campaña electoral: publicidad/propaganda, periodo, prohibiciones. In: Nohlen, Dieter et al. (eds.), **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. 2 ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidade de Heidelberg, International IDEA, 2007. p. 731.

<sup>2</sup> THOMPSON, Dennis F. Election time: normative implications of temporal properties of the electoral process in the United States. **American Political Science Review**, v. 98, n. 01, p. 51-63, 2004.

<sup>3</sup> Nesse sentido, Robert Dahl afirma que “*uma característica central da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos*” (**Sobre a democracia**. Brasília: Editora UNB, 2001. p. 99).

política não pode se limitar a essa fase. É necessário e desejável que a cidadania, os meios de comunicação, os políticos e os partidos se mantenham permanentemente ativos na vida política e na condução da Pólis. No entanto, o fato de as campanhas levarem a um resultado definitivo – a formação de um corpo de representantes –, que vincula todos os cidadãos, ganhadores e perdedores, e somente poderá ser alterado no próximo período eleitoral, justifica que a política eleitoral seja objeto de uma *regulação especial* – as regras do jogo eleitoral –, destinada à proteção da integridade desse processo e de alguns princípios e valores essenciais, como a igualdade política entre cidadãos, a paridade de armas entre candidatos, a legitimidade do pleito e a liberdade de expressão.

Essas considerações levam a um aparente paradoxo<sup>4</sup>. De um lado, a liberdade de expressão assume uma importância privilegiada no âmbito do processo eleitoral. Os discursos, expressões e manifestações proferidos durante as eleições são *especiais* porque impactam diretamente o momento mais elevado das democracias representativas, que é a seleção dos governantes. Se há algum consenso na teoria democrática, é o de que não há democracia sem eleições livres, nem sem a garantia da livre manifestação e circulação de ideias e informações. Justamente por constituir uma condição de existência e possibilidade de um regime democrático, o discurso político é, tradicionalmente, o que atrai uma proteção mais robusta. De outro lado, muito embora as manifestações que ocorrem durante as eleições sejam “por definição” políticas – e, logo, as mais protegidas –, as regras do jogo eleitoral comumente impõem algumas restrições à liberdade de expressão, estabelecendo, por exemplo, limitações à propaganda, ao acesso aos meios de comunicação e aos gastos e financiamento de campanha, justamente com o objetivo de garantir a integridade do processo eleitoral.

No Brasil, esse paradoxo é, porém, levado ao ponto da insensatez. No contexto das campanhas eleitorais brasileiras, a liberdade de expressão tem sido demasiadamente sacrificada, sem que se promova efetivo benefício para a legitimidade do pleito ou outros interesses em jogo nas eleições. A censura e restrições indevidas às liberdades comunicativas proliferam-se na legislação eleitoral, em atos administrativos e em decisões judiciais. O arcabouço teórico do direito eleitoral, ao invés de se estruturar em torno da necessidade de garantir um debate público “*desinibido, robusto e aberto*”<sup>5</sup>, parece organizar-se exatamente no sentido oposto, buscando limitar o fluxo e a contraposição de informações, ideias e opiniões. Esse diagnóstico é o ponto de partida do presente trabalho.

<sup>4</sup> Cfr. PINAIRE, Brian K. **The constitution of electoral speech law: the Supreme Court and freedom of expression in campaigns and elections**. Stanford, Calif.: Stanford Law Books, 2008. p. 2-3.

<sup>5</sup> Esses foram os termos utilizados pelo juiz da Suprema Corte dos EUA, William Brennan, na emblemática decisão proferida no caso **New York Times Co. v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964).



As últimas eleições revelaram, de modo quase anedótico, alguns dos sintomas dessa patologia. Uma juíza eleitoral do Rio de Janeiro determinou a retirada de vídeos divulgados na internet em conhecido canal de humor, os quais satirizavam as eleições e faziam menção jocosa a um candidato ao governo do Estado<sup>6</sup>. De acordo com a decisão, o esquete veicularia propaganda eleitoral negativa contra o candidato e feriria a sua honra. Trata-se, evidentemente, de censura à crítica política, pretendendo impedir que os cidadãos e a imprensa manifestem livremente seus posicionamentos, a pretexto de proteger a imagem supostamente cândida de candidatos.

Outra magistrada eleitoral, também do Rio de Janeiro, resolveu restringir as cores das roupas dos eleitores e mesários, alegando que aqueles que se vestissem das cores de uma dada legenda poderiam influenciar os demais eleitores, algo comparável à propaganda de boca de urna<sup>7</sup>. De acordo com a portaria editada pela magistrada, só poderiam ingressar nas sessões aqueles que portassem vestes pretas, brancas ou cinzas. A decisão parecia querer transformar as eleições em um velório, afastando-as do ideal de uma festa da democracia, na qual a cidadania deve assumir participação ativa na definição dos rumos da nação.

Ainda durante o segundo turno das eleições presidenciais, o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, descontente com o baixo nível dos debates, alterou radicalmente a sua jurisprudência e proibiu a utilização do horário eleitoral gratuito para veicular acusações entre os candidatos<sup>8</sup>. O Tribunal entendeu que o espaço reservado à propaganda eleitoral na tv e no rádio deveria servir exclusivamente ao “*debate programático, propositivo e pedagógico*”. Qualquer conteúdo diferente seria vedado, ainda que fosse relevante para a definição do voto por parte do eleitor, como denúncias de corrupção, desvios de caráter e erros e manchas em suas biografias. Mais um vez, evidencia-se a tentativa de restringir a liberdade de expressão, dessa vez, dos próprios candidatos e partidos, numa tentativa de impor, de cima, um determinado modelo de debate público, que retira dos eleitores a possibilidade de julgar as informações recebidas.

Desses exemplos (e de muitos outros) é possível extrair hipótese sobre a quala presente dissertação se funda: a de que o direito eleitoral brasileiro não confere à liberdade de expressão a sua devida dimensão de peso, e isso sobretudo – mas não apenas – durante o período de campanhas. Isso se dá por duas causas principais. Em *primeiro lugar*, e de modo

---

<sup>6</sup> TRE-RJ, **Protocolo 158.287/2014**, Coordenadora da Fiscalização da Propaganda Eleitoral, Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza.

<sup>7</sup> TRE-RJ, 181ª Zona Eleitoral, Portaria n. 011/2014, Dra. Maira Valéria Veiga de Oliveira, DJ 29.09.2014.

<sup>8</sup>TSE, **Rp 1658**, Rel. Min. Admar Gonzaga, j. 17.10.2015.

geral, porque a cultura da liberdade de expressão não se encontra enraizada no país. Como se verá, a ampla e robusta proteção constitucional conferida à livre expressão de ideias e informações ainda não ganhou vida plena fora do “papel”. Isso se reflete nos ainda muito frequentes casos de censura e se agrava diante da ausência de um marco teórico da liberdade de expressão que seja amplamente aceito no cenário nacional e capaz de traçar, de forma clara, os contornos desse direito e de formular parâmetros uniformes e coerentes para o equacionamento dos conflitos com outros direitos fundamentais.

Em *segundo lugar*, e mais especificamente, porque a dogmática do direito eleitoral padece de um grave subdesenvolvimento teórico. Esse desajuste se traduz em três deficiências capitais. Primeiro, não se sistematizou, de forma consistente, um catálogo de princípios substantivos norteadores do direito eleitoral, extraídos a partir do sistema constitucional. Segundo, a disciplina se estruturou a partir de premissas inconsistentes e contraditórias como o próprio ideal democrático que a fundamenta. Como pretendo demonstrar, o atual arcabouço teórico do direito eleitoral se assenta em concepções assépticas, elitistas, paternalistas e autoritárias do processo eleitoral: ele tem a pretensão de depurá-lo das emoções e conflitos que são a ele inerentes; busca reduzir a participação da cidadania e dos demais atores durante o pleito, diminuindo a “temperatura” da política; pressupõe a incapacidade de julgamento e discernimento dos cidadãos; e ainda se prende aos ideais que marcaram o período ditatorial no Brasil, em especial a contenção da liberdade de expressão. Por fim, a regulação eleitoral é excessiva, assistemática, casuísta, e instituída à margem do sistema de direitos fundamentais. Todos esses fatores têm produzido uma mesma consequência: o verdadeiro desprezo pela liberdade de expressão no direito eleitoral, revelando a insuficiente irradiação das normas constitucionais para este relevante ramo do direito.

O propósito fundamental do trabalho é, então, oferecer uma contribuição inicial para a revitalização do estudo do direito eleitoral, por meio da releitura de seus institutos, princípios, regras e lógica estruturante à luz do sistema constitucional da liberdade de expressão. Trata-se de um primeiro passo no sentido de um movimento mais amplo de *constitucionalização do direito eleitoral*. Para alcançar de forma satisfatória essa finalidade, a dissertação busca cumprir dois outros objetivos.

O primeiro objetivo é esboçar um (breve e incompleto) marcoteórico da liberdade de expressão que forneça alguns parâmetros e ferramentas teóricas para auxiliar os operadores do direito eleitoral na tarefa de melhor equacionar a livre divulgação de ideias, indispensável à democracia, com as necessidades do sistema representativo e da garantia da integridade do processo eleitoral. É disso que cuidará a **Parte I** deste trabalho. Ela terá, assim, um caráter

introdutório e instrumental, explorando conceitos, conteúdos e critérios que possam ser utilizados como ferramentas para a análise da relação entre liberdade de expressão e direito eleitoral, a ser explorada na parte seguinte. Esta Parte se iniciará, no Capítulo 1, pela análise da proteção da liberdade de expressão na Constituição de 1988, expondo o contexto histórico de aprovação das normas constitucionais, os elementos normativos e padrões internacionais relevantes para a construção do chamado “sistema constitucional da liberdade de expressão”. Na sequência, o Capítulo 2 tratará dos fundamentos da liberdade de expressão, com especial destaque para a relação entre a liberdade de expressão e a democracia, assim como da doutrina da posição preferencial das liberdades comunicativas (Capítulo 2). Já no Capítulo 3, último capítulo desta primeira parte, apresenta-se o conteúdo (o âmbito de incidência) do direito à liberdade de expressão e as hipóteses e condições para a sua restrição.

O segundo objetivo desta dissertação é oferecer um panorama do tratamento atual da liberdade de expressão no direito eleitoral, de modo a demonstrar que uma parte significativa da legislação eleitoral, das decisões judiciais e atos administrativos relacionados às campanhas políticas tolhem, de forma injustificada, o exercício desse direito fundamental. Em uma análise não exaustiva, a **Parte II** tratará justamente de identificar, na regulamentação das campanhas políticas e em resoluções e decisões da Justiça Eleitoral, as principais restrições à liberdade de expressão, e de apresentar visões alternativas e, em minha opinião, mais harmônicas com a proteção privilegiada da liberdade de expressão e com a Constituição. Assim, a Parte II se inicia, no Capítulo 4, com um diagnóstico mais aprofundado dos *déficits* de constitucionalização do direito eleitoral, à luz do sistema constitucional da liberdade de expressão. Em seguida, no Capítulo 5, procede-se à identificação dos valores e interesses constitucionais em jogo no direito eleitoral, permitindo a reflexão sobre as relações que estes estabelecem com a liberdade de expressão. Nos capítulos subsequentes, a partir do instrumental concedido, realiza-se uma releitura de boa parte da regulação das campanhas eleitorais, incluindo as regras sobre propaganda política, divulgação de pesquisas eleitorais, participação política da cidadania, acesso aos meios de comunicação, e financiamento de campanha. Para fins didáticos, estes temas serão tratados em quatro capítulos: o tempo das campanhas eleitorais (Capítulo 6), o conteúdo das campanhas eleitorais (Capítulo 7), as campanhas nos meios de comunicação (Capítulo 8) e o dinheiro nas campanhas eleitorais (Capítulo 9).

É preciso, ainda, fazer algumas ressalvas metodológicas, para esclarecer aquilo que *não* constitui objeto desta dissertação. Nas páginas que se seguem, o leitor não encontrará um tratado sobre a liberdade de expressão ou um manual de direito eleitoral. Tampouco achará

comentários à legislação aplicável às campanhas eleitorais ou apanhado de jurisprudência. As referências a dispositivos de leis, a resoluções eleitorais e a julgados serão feitas de forma ilustrativa para testar e comprovar a hipótese formulada neste trabalho: a de que a liberdade de expressão tem sido desproporcionalmente restringida no processo eleitoral. Busco, em verdade, realizar uma análise – parcial e incompleta – das principais normas eleitorais que nutrem relações com a liberdade de expressão, filtrando-as a partir da Constituição.

Na análise da regulação eleitoral que se segue, apresentarei os meus pontos de vista sobre as normas e a prática do direito eleitoral no Brasil e sobre a sua compatibilidade com a proteção conferida pela Carta de 1988 à liberdade de expressão. Em alguns casos, chegarei a classificar as restrições identificadas por meio de códigos binários “constitucionais”/”inconstitucionais”, “legítimas”/“ilegítimas”. No entanto, não tenho a pretensão de prescrever uma fórmula correta e definitiva para a regulação das campanhas e para o equacionamento de conflitos entre os valores em jogo no processo eleitoral. A pretensão deste estudo é mais modesta: desejo demonstrar a importância de se levar a liberdade de expressão a sério no processo eleitoral e as consequências negativas que advêm de sua excessiva restrição. Com isso, ainda que o leitor discorde das conclusões e soluções pontualmente fornecidas, ao final da leitura, ele poderá, no mínimo, concordar com a sua premissa básica: a de que o direito eleitoral clama por uma releitura e reorganização que restaure a devida importância da liberdade de expressão.

## UM MARCO TEÓRICO PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

### 1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO E COSMOPOLITISMO

#### 1.1 “O coronel em nós”: cultura censória, autoritarismo e liberdade de expressão

Um jornalista sergipano publicou, em seu blog na internet, uma crônica literária intitulada “*Eu, o coronel em mim*”. Tratava-se de um texto ficcional: era narrado em primeira pessoa, não citava nomes, lugares ou datas. A crônica contava a estória de um político fictício que confessava que não gostava de povo, de eleições e de democracia, tendo como pano de fundo uma crítica às práticas coronelistas ainda persistentes no Brasil. Em uma das passagens, dizia: “*Dia desses fui contrariado porque alguns fizeram greve e invadiram uma parte da cozinha de uma das Casas Grande (sic). Dizem que greve faz parte da democracia e eu teria que aceitar. Aceitar coisa nenhuma. Chamei um jagunço das leis, não por coincidência marido de minha irmã, e dei um pé na bunda desse povo*”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Veja-se a íntegra da crônica: “Está cada vez mais difícil manter uma aparência de que sou um homem democrático. Não sou assim, e, no fundo, todos vocês sabem disso. Eu mando e desmando. Faço e desfaço. Tudo de acordo com minha vontade. Não admito ser contrariado no meu querer. Sou inteligente, autoritário e vingativo. E daí? No entanto, por conta de uma democracia de fachada, sou obrigado a manter também uma fachada do que não sou. Não suporto cheiro de povo, reivindicações e nem com versa (*sic*) de direitos. Por isso, agora, vocês estão sabendo o porquê apareço na mídia, às vezes, com cara meio enfezada: é essa tal obrigação de parecer democrático. Minha fazenda cresceu demais. Deixou os limites da capital e ganhou o estado. Chegou muita gente e o controle fica mais difícil. Por isso, preciso manter minha autoridade. Sou eu quem tem o dinheiro, apesar de alguns pensarem que o dinheiro é público. Sou eu o patrão maior. Sou eu quem nomeia, quem demite. Sou eu quem contrata bajuladores, capangas, serviços de todos os níveis e bobos da corte para todos os gostos. Apesar desse poder divino sou obrigado a me submeter às eleições, um absurdo. Mas é outra fachada. Com tanto poder, com tanto dinheiro, com a mídia em minhas mãos e com meia dúzia de palavras modernas e bem arranjadas sobre democracia, não tem para ninguém. É só esperar o dia e esse povo todo contente e feliz vota em mim. Vota em quem eu mando. Ô povo ignorante! Dia desses fui contrariado porque alguns fizeram greve e invadiram uma parte da cozinha de uma das Casas Grande. Dizem que greve faz parte da democracia e eu teria que aceitar. Aceitar coisa nenhuma. Chamei um jagunço das leis, não por coincidência marido de minha irmã, e dei um pé na bunda desse povo. Na polícia, mandei os cabras tirarem de circulação pobres, pretos e gente que fala demais em direitos. Só quem tem direito sou eu. Então, é para apertar mais. É na chibata. Pode matar que eu garanto. O povo gosta. Na educação, quanto pior melhor. Para quê povo sabido? Na saúde... se Se morrer “é porque Deus quis”. Às vezes sinto que alguns poucos escravos livres até pensam em me contrariar. Uma afronta. Ameaçam, fazem meninice, mas o medo é maior. Logo esquecem a raiva e as chibatadas. No fundo, eles sabem que eu tenho o poder e que faço o que quero. Tenho nas mãos a lei, a justiça, a polícia e um bando cada vez maior de puxa-sacos. O coronel de outros tempos ainda mora em mim e está mais vivo que nunca. Esse ser coronel que sou e que sempre fui é alimentado por esse povo contente e feliz que

O texto lhe rendeu, porém, duas condenações judiciais, uma, na esfera criminal, de 7 meses e 16 dias de detenção pelo crime de injúria; outra, na esfera cível, de pagamento de 25 mil reais, a título de indenização por danos morais. É que, apesar de a estória não conter nenhum personagem real, o vice-Presidente do Tribunal de Justiça local “vestiu a carapuça”. Para o desembargador, a expressão “*jagunço das leis*” se referia a ele, já que era cunhado do governador e havia concedido uma liminar para a retirada de professores em greve que ocupavam prédio público. Assim, afirmando que sua honra teria sido abalada pela crônica, propôs as ações criminal e cível contra o jornalista.

A sentença criminal, proferida em julho de 2013, deu razão ao magistrado, entendendo que o jornalista teria extrapolado o seu direito à liberdade de expressão, uma vez que “*coloca em cheque a honra e imagem de funcionário público no exercício de suas funções*”, e que a intenção de ofender estaria implícita, pois “*dentro do contexto social e do âmbito de atuação das partes, sobretudo na comunidade jurídica, é perfeitamente claro o direcionamento do texto à vítima*”<sup>10</sup>. Para assombro, a condenação criminal foi mantida em sede de recurso<sup>11</sup> e se tornou definitiva<sup>12</sup>. Isso, inclusive, motivou a apresentação de denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>13</sup>. Já em matéria cível, apesar da condenação em primeira e segunda instâncias, ainda há esperança: o jornalista propôs uma reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, pendente de julgamento<sup>14</sup>. Ainda assim, tais decisões, qualificadas por entidades internacionais como “insanas” e uma “aberração”<sup>15</sup>, além de comprovarem a permanência das práticas coronelistas criticadas no texto do jornalista,

---

festeja na senzala a minha necessária existência”. Disponível em: <[http://www.infonet.com.br/josecristiangoes/ler.asp?id=128810&titulo=Cristian\\_Goes](http://www.infonet.com.br/josecristiangoes/ler.asp?id=128810&titulo=Cristian_Goes)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>10</sup> Sergipe, Juizado Especial Criminal da Comarca de Aracaju, **Processo nº 201245102580**, Rel. Juiz Substituto Luiz Eduardo Araújo Portela, j. 04.07.2013.

<sup>11</sup> Sergipe, Turma Recursal do Estado, **Processo nº 201245102580**, Rel. Hélio de Figueiredo Mesquita Neto, Rel. Designado José Anselmo de Oliveira, j. 22.10.2013.

<sup>12</sup> O STF rejeitou o recurso extraordinário interposto e manteve a sentença imposta ao jornalista, por ausência de préquestionamento. V. STF, **AgR no RE 811162**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 05.08.2014.

<sup>13</sup> A denúncia tem como objetivo a responsabilização do Estado brasileiro pela violação a dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que garantem a liberdade de expressão. Na ação, pede-se que a Corte (i) revogue os dispositivos de crimes contra a honra do Código Penal, (ii) ressarça a vítima pelas custas judiciais decorrentes das ações judiciais nos âmbitos interno e internacional; (iii) indenize a vítima por danos morais e materiais, decorrentes da decisão do Judiciário brasileiro; (iv) deixe sem efeito a sentença criminal; (v) retire todo e qualquer registro decorrente da condenação criminal, tal como o registro de antecedentes criminais; e (vi) publique uma nota de retratação internacional, com pedido de desculpas à vítima, em veículo de circulação nacional. Disponível em: <<http://artigo19.org/centro/casos/detail/20>>. Acesso em 20 jul. 2015.

<sup>14</sup> STF. **Rel. 19.775**, Rel. Min. Luiz Fux.

<sup>15</sup> V. Disponível em : <<http://en.rsf.org/brazil-journalist-gets-judicially-insane-08-07-2013,44904.html>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

evidenciam a cultura de desprezo pela liberdade de expressão no país, sobretudo quando esta se volta contra autoridades e detentores de poder.

Essa cultura não decorre da ausência de proteção constitucional. Pelo contrário. A liberdade de expressão assume uma posição de grande destaquena Constituição de 1988. As múltiplas e até redundantes disposições sobre o tema no texto constitucional são, em grande medida, respostas ao trauma do período autoritário, tendo sido gestadas como parte do processo de redemocratização do Brasil, de modo a garantir a não repetição da censura característica da ditadura militar. Nesse sentido, é inegável que, sob a égide da nova Carta, experimentamos grandes avanços. A imprensa voltou a ser livre. Já não é necessário esconder a crítica política em falsas previsões do tempo para driblar a censura estatal<sup>16</sup>. As notícias contrárias ao governo tampouco são forçadamente substituídas por receitas de bolo ou poesias de Camões.

Tal *ethos* de desprezo pelas liberdades comunicativas tampouco advém de alguma omissão do Supremo Tribunal Federal na defesa destes direitos. Não se pode deixar de notar que, nos últimos anos, o STF tem proferido decisões emblemáticas em defesa da liberdade de expressão<sup>17</sup>. Na ADPF 130, declarou não recepcionada, em sua integralidade, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), produzida durante o regime militar<sup>18</sup>. Nessa ocasião, rejeitou a censura dos meios de comunicação social, ressaltando o papel essencial da liberdade de expressão na democracia e assentando sua *posição preferencial* em nosso sistema constitucional. Já na ADI 4.451, outro importante julgado, o STF declarou inconstitucionais as restrições impostas pela legislação eleitoral ao humor envolvendo candidatos e partidos e à emissão de críticas pelas emissoras de tv e rádio neste período, declarando que manifestações humorísticas constituem exercício da liberdade de expressão e que esta assegura o direito de criticar figuras públicas e autoridades estatais, ainda que em tom áspero, contundente, irônico ou irreverente<sup>19</sup>. Salientou, ainda, que o período eleitoral não justifica qualquer abrandamento na garantia da liberdade de expressão. Neste momento, em que, nas palavras do Ministro

---

<sup>16</sup>CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 187; BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Op. cit.

<sup>17</sup> Para um catálogo das decisões do STF sobre o tema, cfr. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez As liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang (ed.), **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>18</sup> STF, **ADPF 130**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30.04.2009.

<sup>19</sup> STF, **ADI 4451** MC-Ref, Rel. Min. Ayres Britto, j. 02.09.2010.

Ayres Britto, “*a democracia atinge o seu clímax ou ponto mais luminoso*”, tal liberdade deve se beneficiar de proteção ainda mais robusta<sup>20</sup>.

A despeito dos esforços da Constituição e do STF, nosso passado autoritário ainda não foi definitivamente sepultado. A censura e restrições indevidas às liberdades comunicativas proliferam-se na legislação, em atos da administração pública e, sobretudo, em decisões judiciais. Como destacou Daniel Sarmiento, “*continuam tratando a liberdade de expressão com um certo descaso, como se fosse um direito menor, que devesse ceder passagem a qualquer outro direito ou interesse em casos de conflito*”<sup>21</sup>. A condenação criminal de jornalista por um texto ficcional, narrada acima, ilustra muito bem essa preocupante realidade. E há diversos outros exemplos emblemáticos. O Brasil ocupa a desonrosa 99<sup>a</sup> posição no *ranking* sobre a liberdade de imprensa de 2015, publicado pelo *Repórteres sem Fronteira*<sup>22</sup>. Já a organização internacional *Freedom House* classifica a imprensa brasileira como apenas “parcialmente livre”, em razão do grande número de homicídios, agressões e ameaças contra jornalistas – até 2014, o Brasil era considerado o país mais letal para jornalistas em todo o ocidente<sup>23,24</sup> – e das frequentes ordens judiciais determinando a censura ou a condenação cível e criminal de jornalistas e de blogueiros, por críticas a políticos e outras autoridades<sup>25-26</sup>.

Como se vê, o menoscabo pela liberdade de expressão no Brasil tem uma face muito problemática. Ele se manifesta, sobretudo, quando a livre circulação de informações e de

---

<sup>20</sup>Há inúmeros outros exemplos, que serão apresentados ao longo deste trabalho, como a **ADPF 189**, em que o STF permitiu a realização da “Marcha da Maconha” (Rel. Min. Celso de Mello) e as reclamações julgadas no sentido de impor às instâncias inferiores os parâmetros fixados pelo STF em matéria de proteção da liberdade de expressão (v. **Rcl 18638**, Rel. Min. Roberto Barroso, **Rcl 18290**, Rel. Min. Luiz Fux, **Rcl 18566**, Rel. Min. Celso de Mello, **Rcl 15681**, Rel. Min. Rosa Weber, **Rcl 16.074**, Rel. Min. Ricardo Lewndowski, **Rcl. 18.735**, Rel. Min. Gilmar Mendes).

<sup>21</sup> SARMENTO, Daniel. Quando a Censura veste Toga. **Observatório de Imprensa**, 05.10.2010. Disponível em: <[http://www.observatoriodeimprensa.com.br/news/quando\\_a\\_censura\\_veste\\_toga](http://www.observatoriodeimprensa.com.br/news/quando_a_censura_veste_toga)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>22</sup> Conforme a edição de 2015, que abrangeu a análise de 180 países. Disponível em: <<http://index.rsf.org/#!/index-details/BRA>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>23</sup> Disponível em: <<http://index.rsf.org/#!/index-details/BRA>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>24</sup> Relatório do Grupo de Trabalho “Direitos Humanos dos Profissionais de Comunicação no Brasil”, criado pela Resolução n° 07/2012, no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, identificou entre o ano 2009 e fevereiro de 2014, 321 casos de violações aos direitos humanos dos profissionais de comunicação, entre agressões, ameaças de morte, tentativas de homicídio, homicídios, assédio moral, cerceamento à atividade profissional, perseguição e sequestro. Disponível em: <[http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cddph/relatorios/relatorio\\_gt\\_resumido](http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cddph/relatorios/relatorio_gt_resumido)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>25</sup> Freedom House. **Freedom of the Press 2015**. Disponível em: <<https://freedomhouse.org>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>26</sup> Em outro exemplo, em 2013, o Brasil foi o 3° colocado no *ranking* do Google, no que respeita a solicitações de remoção de conteúdos por tribunais e agências governamentais, perdendo apenas para os EUA e a Turquia. Disponível em: <<http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/countries/>>. Acesso em: 20 jul. 2015.



opiniões é mais importante. A interdição da divulgação e as condenações cíveis e criminais recaem especialmente sobre as manifestações de conteúdo político – como críticas a candidatos, autoridades e detentores de poder, e denúncias de má gestão, de violações de direitos humanos, de corrupção e outros crimes. E tornam-se ainda mais frequentes durante os períodos eleitorais. Seu efeito direto e imediato é, assim, a sonegação de informações fundamentais à participação das pessoas na vida pública, à escolha dos governantes e à fiscalização da sua atuação, seja porque tais informações são diretamente censuradas, seja porque a ameaça das condenações promove um efeito resfriador do discurso (*chilling effect*)<sup>27</sup>, dissuadindo jornalistas de as publicarem.

Contribui para esse cenário a ausência de um marco teórico da liberdade de expressão que trace, de forma clara, os contornos desse direito e defina parâmetros uniformes e coerentes para o equacionamento dos seus conflitos com outros direitos fundamentais. É certo que valiosos trabalhos sobre o tema foram produzidos no país<sup>28</sup>. No entanto, falta ainda alcançar um acordo sobre o significado e a relevância desse direito, e, mais importante, sobre os critérios a serem utilizados, em casos de conflito com outros bens tutelados pela Constituição. Esse talvez seja um caminho inescapável para a realização dos desígnios constitucionais e para a superação de uma cultura censória que teima em persistir.

Não é esta, contudo, a tarefa a que se propõe este trabalho. O objetivo desta Parte Ié apenas traçar um marco teórico que sistematize os sentidos, conteúdos e alcance da proteção da liberdade de expressão que sejam instrumentais para a análise da sua relação com o direito eleitoral. O leitor não encontrará, portanto, uma teoria geral da liberdade de expressão, mas um marco teórico mais restrito que confira o instrumental necessário a uma releitura da regulação do direito eleitoral brasileiro à luz da garantia constitucional à livre manifestação.

---

<sup>27</sup>FARBER, Daniel A. **The First Amendment**. 2. ed. New York: The Foundation Press, 2003, p. 79-102; FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the problem of free speech**. New York: The Free Press, 1993.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. **Op. cit.**; FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008; FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; CHEQUER, Cláudio. **A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 5, p. 2006; SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista dos Tribunais**, n. 16. p. 52-57, 2004.

## 1.2 O sistema constitucional de proteção à liberdade de expressão

A Constituição, como já se disse, conferiu tratamento privilegiado à liberdade de expressão da cidadania e da imprensa, com vistas a garantir o fluxo de informações essencial à redemocratização do país, após o fim da ditadura militar. Nessa linha, a Carta de 88 positivou inúmeros direitos e liberdades expressivos. No art. 5º, assegurou as liberdades de manifestação do pensamento (inc. IV), de consciência e de crença (inc. VI), de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inc. IX). Garantiu, ainda, o amplo acesso à informação (inc. XIV e XXXIII) e o direito de resposta (inc. V). Em seu art. 206, voltado à educação, previu a “*liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber*” como um princípio estruturante do ensino (inc. II).

Já no art. 220, inserido no capítulo destinado à comunicação social, a Constituição dispôs que “*a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição observada o disposto nesta Constituição*” (*caput*). Previu que “*nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social*” (§ 1º). Estabeleceu ser “*vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*” (§2º) e que “*os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio*”, de modo a assegurar a liberdade e o pluralismo da imprensa (§ 5º).

Tais normas constitucionais consagram uma multiplicidade de direitos e liberdades fundamentais, com objetos, conteúdos e âmbitos de aplicação distintos, os quais podem ser agrupados na cláusula geral “liberdade de expressão”. Cada um deles constitui um elemento normativo autônomo, mas tais direitos e liberdades interagem entre si e complementam-se formando um verdadeiro sistema, o *sistema constitucional da liberdade de expressão*<sup>29</sup>.

Tal sistema inclui destacadamente três liberdades: a liberdade de expressão *stricto sensu*, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa. A liberdade de expressão *stricto sensu* é o direito de externar e difundir os próprios pensamentos, ideias, criações, opiniões,

---

<sup>29</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e Jurisdição constitucional. In: SARMENTO, Daniel (ed.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 701-728.

sentimentos, e demais expressões<sup>30</sup>. Trata-se do direito de todos os seres humanos de se expressarem livremente, sem medo de serem arbitrariamente silenciados. A liberdade de expressão em sentido estrito inclui também o direito de buscar, receber e acessar todos os tipos de manifestações do pensamento humano.

Já a liberdade de informação corresponde ao direito de transmissão e comunicação de fatos. Ela inclui destacadamente (i) o *direito de acesso à informação*, garantindo a liberdade de busca e de investigação de informações por todos os meios, (ii) o *direito de informar*, que inclui a liberdade para a transmissão das informações processadas a partir de um determinado meio, e (iii) o *direito de ser informado*, assegurando a liberdade dos cidadãos de receberem todo tipo de informação do Poder Público, dos meios de comunicação e, na era da internet, também dos demais cidadãos<sup>31</sup>.

Apesar de seu âmbito normativo se entrecruzar com o das demais liberdades protegidas, a liberdade de informação tem um conteúdo próprio<sup>32</sup>. De um lado, ela se diferencia da liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir especificamente a fatos – e não às demais formas de manifestação do pensamento, como opiniões, juízos de valor e emoções. O interesse dos receptores no acesso a informações confiáveis sobre fatos, que lhes permitam participar da formação da opinião pública e controlar o governo e os detentores de poder, tem ensejado o estabelecimento de um regime jurídico diferenciado para a liberdade de informação. Nesse regime jurídico, os fatos se sujeitam ao cumprimento de determinados requisitos (como a veracidade, a objetividade e a imparcialidade), assim como à atribuição de responsabilidades e deveres mais robustos àqueles que exercem o direito de informar (como a diligência na apuração do evento reportado e a boa-fé na transmissão). Porém, vale ressaltar que esta distinção deve ser vista com cautela. Do ponto de vista epistemológico e prático, nem sempre será possível traçar uma linha divisória clara entre afirmações de fato e juízos de valor (e, logo, entre expressão e informação). O próprio cumprimento de requisitos como o da “veracidade”, muitas vezes, assume um caráter mais subjetivo do que objetivo. Tal qual

---

<sup>30</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Op. Cit.**; BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e Jurisdição constitucional. **Op. cit.**, p. 701-728.

<sup>31</sup> Cf. FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**. Op. cit. p. 83-89; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Op. cit. A respeito, cf., ainda, Colômbia, Corte Constitucional, Sentença T-391/07, Rel. Manuel Jose Cepeda Espinosa, j. 22.05.2007.

<sup>32</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Op. cit. p. 472-473.

observou Luís Roberto Barroso, “*a comunicação de fatos nunca é uma atividade plenamente neutra*”<sup>33</sup>. De outro lado, a liberdade de informação se difere da liberdade de imprensa, pois abrange a divulgação de fatos não somente pelos meios de comunicação de massa. É verdade que as emissoras de tv e rádio e a imprensa continuam a concentrar boa parcela da função de veicular informações, mas cada vez mais indivíduos desempenham, de forma descentralizada, a atividade partilhar e compartilhar fatos, sobretudo por meio das redes sociais<sup>34</sup>.

Por fim, a liberdade de imprensa compreende o direito de todos os meios de comunicação social (e não só dos meios impressos) de exteriorizarem quaisquer ideias, opiniões e manifestações (no exercício da liberdade de expressão em sentido estrito), assim como de transmitir os fatos e acontecimentos (no exercício da liberdade de informação)<sup>35</sup>. Inclui, ainda, a liberdade de criação dos meios de comunicação, assim como a sua liberdade de funcionamento, sem interferências estatais indevidas.

### 1.3 Liberdade de Expressão e Cosmopolitismo

O elenco de direitos e liberdades exposto acima não é, porém, taxativo. O sistema constitucional da liberdade de expressão é composto, ainda, por outros direitos e garantias não expressos na Constituição, mas decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º, § 2º, CRFB), bem como dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 5º, § 3º, CRFB). Tais direitos e normativas internacionais compõem o chamado bloco de constitucionalidade, *i.e.*, o conjunto de normas do ordenamento jurídico dotadas de *status* constitucional<sup>36</sup>.

Ocorre, porém, que os diversos tratados e convenções internacionais que consagram o direito à liberdade de expressão, de que o Brasil é signatário, não foram internalizados pelo

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 103.

<sup>34</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Op. cit., p. 475.

<sup>35</sup> CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie***. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 16.

<sup>36</sup> FAVOREU, Louis. Bloc de constitutionnalité. In: DUHAMEL, Olivier ; MENY, Yves (org.) **Dictionnaire constitutionnel**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

procedimento do art. 5º, § 3º, da Constituição. É o caso, por exemplo, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP e da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH. Não desfrutam, pois, de hierarquia constitucional, mas supralegal, conforme entendimento prevalecente na doutrina e jurisprudência pátrias<sup>37</sup>. Assim, em princípio, as disposições desses tratados sobre liberdade de expressão não fazem parte do nosso sistema constitucional da liberdade de expressão.

Isso, porém, não significa que eles devam ser desconsiderados na interpretação da Constituição e de seus dispositivos sobre o direito fundamental à livre expressão. O Direito Constitucional não pode ser hermético. Não deve fechar-se à influência do Direito Internacional<sup>38</sup>. À luz do princípio do cosmopolitismo, o intérprete deve se engajar em um verdadeiro diálogo entre fontes e cortes constitucionais e buscar harmonizar, na medida do possível, as disposições do direito interno e do direito internacional. Como salientou Daniel Sarmento, “*a busca de convergência entre a interpretação constitucional e os mandamentos contidos nos tratados sobre direitos humanos, além de fortalecer a proteção dos direitos fundamentais – objetivo central do nosso constitucionalismo –, tem também a vantagem adicional de evitar a possibilidade de responsabilização internacional do Estado brasileiro por afronta aos direitos humanos*”<sup>39</sup>.

Ademais, o *status* supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos lhes confere hierarquia superior à da lei, de modo que, de um lado, toda a legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte. De outro lado, os juízes e tribunais brasileiros poderão exercer o chamado *controle de convencionalidade* das leis, possibilitando o afastamento, no caso concreto, de uma lei, sob o fundamento de que viola disposição contida em tratado internacional celebrado pelo país.

Portanto, para que se adote uma compreensão adequada da liberdade de expressão e do sistema constitucional brasileiro de tutela desse direito, não se pode prescindir da análise das disposições que garantem a liberdade de expressão nos diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos nos sistemas universal e regional (interamericano)<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Cf. **RE 466343**, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008.

<sup>38</sup> SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Direito Internacional: diálogo e tensões. In: Cândice Lisboa. (org.). **Vulnerabilidades e Invisibilidades**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

<sup>39</sup> **Id.**

<sup>40</sup> Há, ainda, dois outros sistemas regionais, o europeu e o africano. No sistema europeu, a proteção da liberdade de expressão é realizada pelo artigo 10 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, *in verbis*: “Artigo 10.

No sistema universal, há dois preceitos especialmente relevantes. O artigo 19 da Declaração Universal de Direitos do Homem, que dispõe, de forma genérica, que *“todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”*. E o artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, incorporado ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 592/92, que traz os contornos mais amplos da liberdade de expressão, incluindo hipóteses e condições de sua restrição. Veja-se a sua dicção:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Já no sistema interamericano, que é aquele que confere uma proteção mais ampla e robusta à liberdade de expressão, há três importantes dispositivos sobre o tema. O primeiro é o art. IV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que estabelece que *“[t]oda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”*. O segundo preceito encontra-se no art. 4º da Carta Democrática Interamericana da Organização dos Estados Americanos – OEA, que prevê que *“[s]ão componentes fundamentais do exercício da democracia a transparência das atividades governamentais (...) e a liberdade de expressão e de imprensa”*. Finalmente, há o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no Brasil pelo Decreto nº

---

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.” Já no sistema africano, os artigos 8 e 9 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos dispõe sobre a liberdade de expressão, dispondo que: “Artigo 8 – Liberdade de consciência, de profissão e a livre prática da religião devem ser garantidas. Ninguém pode, sujeito à lei e à ordem, ser submetido a medidas que restrinjam o exercício destas liberdades. Artigo 9 - Toda pessoa tem o direito de receber informações. Toda pessoa tem o direito de exprimir e divulgar as suas opiniões dentro da lei”.

678/92, que traz de forma bastante detalhada os contornos deste direito no sistema interamericano, incluindo a proibição expressa de censura prévia, os interesses que podem justificar a restrição da liberdade de expressão, e os tipos de discurso excluídos de seu âmbito de incidência<sup>41</sup>. Confira-se:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

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

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

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

Tais dispositivos, além de serem considerados na atuação dos órgãos convencionais, como o Comitê de Direitos Humanos (no sistema universal)<sup>42</sup>, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH (no sistema interamericano)<sup>43</sup>, inspiraram a elaboração e sistematização de padrões internacionais sobre a tutela da liberdade de expressão. Tais padrões encontram-se refletidos tanto (i) em declarações, opiniões consultivas e outros instrumentos normativos editados pelos referidos órgãos<sup>44</sup>, quanto (ii) nos relatórios, recomendações e declarações elaboradas pelas Relatorias

<sup>41</sup> Veja-se também a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, firmada em out. 2000.

<sup>42</sup> O Comitê de Direitos Humanos é o órgão da ONU autorizado a interpretar o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos – PIDCP.

<sup>43</sup> O sistema interamericano compreende, assim, a atuação de dois órgãos no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA: (i) a Comissão Interamericana (CIDH), criada em 1959, para a promoção e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da OEA sobre o tema; e (ii) a Corte IDH, órgão jurisdicional, com competências contenciosa e consultiva, criado em 1969 pela Convenção Americana de Direitos Humanos, mas cuja atividade apenas se iniciou em 1979, com a entrada em vigor da Convenção.

<sup>44</sup> No sistema universal, veja-se especialmente o Comentário Geral n° 34 do Comitê de Direitos Humanos da ONU, que sistematiza os padrões sobre a tutela da liberdade de expressão no sistema universal. Já no espaço interamericano, confira-se, notadamente, as opiniões consultivas emitidas pela Corte IDH relativas à coligação obrigatória de jornalistas (OC-5/85) e ao direito de resposta ou retificação (OC-7/86).

Especiais para a Liberdade de Expressão da ONU e da CIDH<sup>45-46</sup>. Como se verá, os parâmetros internacionais colhidos de tais instrumentos e da jurisprudência dos órgãos internacionais, além de poderem ser utilizados como fonte interpretativa, constituem valiosos instrumentos para a elaboração de um marco teórico para a liberdade de expressão no país.

Ademais, a hermenêutica “cosmopolita” vai, inclusive, além do diálogo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ela compreende também a invocação do Direito Constitucional Comparado para a interpretação da Constituição e para a solução dos casos difíceis. Tal perspectiva viabiliza trocas de experiências, conceitos e teorias entre países e facilita a detecção de eventuais fragilidades dos pontos de vista hegemônicos na esfera nacional<sup>47</sup>. Nesse sentido, o princípio do cosmopolitismo pode ser mais bem compreendido a partir da imagem de um espelho, através do qual as instâncias envolvidas no diálogo tornam-se capazes de refletir sobre si mesmas, a partir da perspectiva do outro<sup>48</sup>.

A adoção de uma visão cosmopolita que considere o Direito Comparado é capaz de fornecer importantes subsídios para a construção de uma teoria da liberdade de expressão, já que este é um dos direitos mais protegidos mundo afora<sup>49</sup>. Para que se tenha uma ideia, 184 das 192 constituições catalogadas pelo *Constitute Project* consagram tal liberdade em seus

---

<sup>45</sup> A Relatoria Especial para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana constitui um escritório de caráter permanente, a qual atua no âmbito da CIDH, mas possui independência funcional. Um dos documentos mais importantes sobre o direito à liberdade de expressão é o “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, de 30.12.2009, elaborado pela Relatoria, no âmbito da CIDH. Cf: <<http://cidh.org/Relatoria/>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>46</sup> As Relatorias Especiais para Liberdade de Expressão dos sistemas universal e regionais (europeu, americano e africano) elaboraram, ainda, declarações conjuntas sobre a liberdade de expressão: Declarações Conjuntas de 26 nov. 1999 (Primeira Declaração Conjunta sobre liberdade de expressão), 30 nov. 2000 (sobre censura por meio de homicídio e difamação), 20 nov. 2001 (sobre antiterrorismo, radiodifusão e internet), 10 dez. 2002 (sobre administração da justiça, comercialização e difamação penal), 18 dez. 2003 (regulação dos meios, restrições aos jornalistas e investigação de corrupção), 6 dez. 2004 (acesso à informação e direito de sigilo), 21 dez. 2005 (internet e medidas antiterroristas), 19 dez. 2006 (declaração entre as relatorias das Comissões Africanas e Interamericana), 12 dez. 2007 (sobre diversidade na radiodifusão), 10 dez. 2008 (sobre difamação de religiões e legislação antiterrorista e anti-extremista), 15 maio 2009 (sobre meios de comunicação e eleições), 3 fev. 2010 (sobre 10 desafios para a liberdade de expressão na década seguinte), 1 jun. 2011 (liberdade de expressão e internet), 25 jun. 2012 (delitos contra a liberdade de expressão), 5 abr. 2013 (sobre transição digital) e 6 maio 2014 (sobre universalidade e o direito à liberdade de expressão). Disponível em: <[http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos\\_basicos/declaraciones.asp](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>47</sup> NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2013. p. 451.

<sup>48</sup> ZAGRABELSKI, Gustavo. **El Juez Constitucional en el sigloXXI**. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 20-21.

<sup>49</sup> O direito à liberdade de expressão varia entre diferentes culturas, tanto em sua substância, quanto em sua “arquitetura”. Em alguns países, é formulado em termos vagos, em outros, de forma estrita e precisa. Há ampla variação nas denominações do objeto da proteção constitucional: “expressão”, “discurso”, e “comunicação”. Também há diferenças substanciais quanto ao conjunto de valores subjacente a um dado sistema de liberdade de expressão. Este último ponto será brevemente abordado no próximo capítulo.



textos<sup>50</sup>. Mesmo em países cujas constituições não a prevejam expressamente, como é o caso da Austrália e de Israel, entende-se que se trata de um princípio constitucional implícito<sup>51</sup>. Do mesmo modo, até as poucas democracias que não possuem constituições escritas, como a Inglaterra, adotam a liberdade de expressão como um valor fundamental que deve informar a interpretação e a aplicação do Direito<sup>52</sup>.

Como se verá nos próximos capítulos, categorias e parâmetros desenvolvidos originalmente nas ordens internas de diversos países e em sistemas regionais e internacionais de proteção podem servir como inspiração para a construção de uma teoria jurídica da liberdade de expressão que permita – quem sabe um dia – vencer a cultura censória brasileira. Antes de prosseguir, cabe, porém, ressaltar que essa assimilação não deve se dar de forma automática, passiva ou acrítica. É preciso, em cada caso, considerar a adequação dos conceitos desenvolvidos fora do país com o texto, com a identidade constitucionale também com as particularidades culturais do Estado brasileiro<sup>53</sup>. Partamos, então, para uma investigação a respeito das justificações filosóficas da tutela da liberdade de expressão, assim como de suas dimensões e da posição preferencial que assume quando em conflito com outros bens.

---

<sup>50</sup> De acordo com a base de dados do *Constitute Project*, os países que não preveem a liberdade de expressão em suas constituições são Austrália, Arábia Saudita, Áustria, Brunei, Iran, Israel, e Qatar. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/search/topics/#?key=express>>. Acesso em 20 jul. 2015.

<sup>51</sup> STONE, Adrienne. *The Comparative Constitutional Law of Freedom of Expression*. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. **Comparative constitutional law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

<sup>52</sup> **Id.**

<sup>53</sup> Sobre o tema, cfr: SARMENTO, Daniel *Direito Constitucional e Direito Internacional: diálogo e tensões*. In: LISBÔA, Cândice (ed.), **Vulnerabilidades e Invisibilidades**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

## 2 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: FUNDAMENTOS, DIMENSÕES E POSIÇÃO PREFERENCIAL

A extensão da proteção assegurada à livre circulação de informações, opiniões e ideias e o lugar privilegiado que ocupa nas ordens interna e internacional têm a sua razão de ser. Eles decorrem das funções desempenhadas pelo bem liberdade de expressão em um Estado democrático. Como se verá, a liberdade de expressão promove uma multiplicidade de interesses e valores constitucionais. Entre eles, é incontestável que a proteção da democracia constitui um dos mais importantes objetivos, senão o mais importante. Para os fins do presente trabalho, que busca analisar a relação entre o direito eleitoral e a liberdade de expressão, o fundamento democrático assume ainda maior destaque. Afinal, o que diferencia a fase de campanhas eleitorais dos demais períodos é justamente a especial significância que esse momento de debate, de participação e de seleção de representantes assume para o autogoverno popular.

### 2.1 Multifuncionalidade da liberdade de expressão

Costuma-se apontar três principais fundamentos filosóficos para a tutela da liberdade de expressão: (i) a busca da verdade, (ii) a realização da democracia, e (iii) a garantia da dignidade humana. Tais justificações foram sistematizadas, em primeira mão, pela doutrina e pela jurisprudência norte-americanas<sup>54</sup>, mas são atualmente reconhecidas pelos sistemas jurídicos constitucionais de diversos países, como o Canadá, a Colômbia e o Brasil<sup>55</sup>. Além delas, algumas outras funções da liberdade de expressão também vêm sendo invocadas, como: (iv) a garantia de todos os demais direitos fundamentais, (v) a preservação do patrimônio cultural e científico da sociedade, e (vi) a desconfiança histórica no governo.

---

<sup>54</sup> V. SCHAUER, Frederick. **Free Speech: A Philosophical Enquiry**. Cambridge University Press, 1982. p. 15-72; EUA, Suprema Corte, voto do Juiz Brandeis no Caso **Whitney v. California**, 274 U.S. 357 (1927).

<sup>55</sup> A título exemplificativo, tais fundamentos são aceitos no Brasil (v. STF, ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, voto Min. Luís Roberto Barroso; ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto), na Colômbia (v. Corte Constitucional. Sentença T-391, Rel. Manuel José Cepeda Espinosa), no Canadá (v. Suprema Corte do Canadá, Caso Irwin Toy v Quebec (1989) 1 SCR 927, 976) e no México (cf. CARBONELL, Miguel. **La libertad de expresión en materia electoral**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008).

### 2.1.1 A busca da verdade e o mercado livre de ideias

Em uma primeira perspectiva, a livre discussão e contraposição de ideias seria um instrumento para a obtenção da verdade e para o desenvolvimento do conhecimento. De acordo com essa concepção, toda intervenção estatal no sentido de silenciar uma opinião, ainda que falsa ou incorreta, é vista com maus olhos, pois é na colisão com opiniões erradas que a verdade pode se impor. O argumento da busca da verdade foi formulado inicialmente por John Milton, em seu famoso discurso “Aeropagítica”, proferido ao Parlamento Inglês<sup>56</sup>. Milton defendia que a verdade e a impostura devem poder se digladiar livremente, pois melhor e mais eficaz do que proibir a mentira, é refutá-la. Afinal, disse ele, “[q]uem jamais ouviu dizer que a verdade perdesse num confronto em campo livre e aberto?”<sup>57</sup>

A concepção da busca da verdade é tradicionalmente associada ao pensamento de John Stuart Mill, em sua obra clássica *On Liberty*<sup>58</sup>, na qual o autor critica a possibilidade de o governo regular determinado discurso político, sob o argumento de que seja falso, ressaltando a importância de um debate amplo e aberto para que a verdade seja revelada. Diversamente de Milton, Mill não acreditava que a verdade sempre triunfasse sobre a falsidade, quando postas em combate. Segundo ele, a história inclusive já havia dado várias provas de que a verdade poderia sucumbir<sup>59</sup>. Ainda assim, Mill defendia que, sem a garantia da liberdade de expressão, a verdade não teria sequer a oportunidade de se afirmar. Para ele, “o mal específico de impedir a expressão de uma opinião está em que se rouba o gênero humano. Se a opinião é certa, [rouba] aquele que foi privado da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errônea, perdeu o que constitui um bem de quase tanto valor – a percepção mais clara e a impressão mais viva da verdade, produzidas pela sua colisão com o erro”<sup>60</sup>.

O argumento da busca da verdade foi atualizado pelo ex-juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes, a partir da metáfora do “mercado de ideias” (*marketplace*

<sup>56</sup> MILTON, John. **Aeropagítica**: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

<sup>57</sup> No original: “Let her [Truth] and Falsehood grapple; who ever knew Truth put to the worse, in a free and open encounter?” (**Ibid.** p. 172).

<sup>58</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.

<sup>59</sup> **Ibid.** p. 184.

<sup>60</sup> **Ibid.** p. 44.

*of ideas*). Em voto dissidente proferido no caso *Abrams v. United States*<sup>61</sup>, julgado em 1919, Holmes afirmou que “o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição do mercado”<sup>62</sup>. Segundo essa concepção, a qual toma de empréstimo a lógica do livre mercado, os indivíduos terão mais oportunidades de escolher as melhores ideias, se lhes for ofertada uma grande variedade de opções. A livre competição de ideias (*free trade of ideas*) favoreceria, assim, o componente informacional do debate público e permitiria a tomada das melhores decisões, assim como a rejeição (sempre *a posteriori*) das piores soluções.

Muito embora a metáfora do mercado de ideias adquira relevo na tutela da liberdade de expressão, ela não é isenta de falhas – ou, se poderia dizer, de *falhas de mercado*<sup>63</sup> – e tem sido alvo de muitas críticas. Em primeiro lugar, a existência de uma “verdade universal” é hoje uma ideia ultrapassada e com graves debilidades epistemológicas. Em uma sociedade plural e aberta, a existência e o sentido da verdade estão abertos à discussão<sup>64</sup>. Pessoas com diferentes visões de mundo, ideologias, crenças e religiões tendem a encontrar verdades diversas, e mesmo opostas. Tal qual no belo poema de Drummond, a verdade “[e]ra dividida em metades diferentes uma da outra. Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. Nenhuma das duas era totalmente bela. E carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia”<sup>65</sup>.

Em segundo lugar, a plena liberdade no confronto de ideias não é capaz de sobrepujar a profunda desigualdade socioeconômica entre os participantes do debate. Como resultado, é natural que alguns grupos ou pessoas com maiores recursos econômicos e acesso aos meios de comunicação tenham maior facilidade para divulgarem suas ideias e para fazê-las prevalecer ou para silenciarem aquelas que lhes sejam inconvenientes, enquanto outros grupos e indivíduos menos favorecidos sequer têm a oportunidade de inserir seus discursos no mercado de ideias<sup>66</sup>. A difusão e a aceitação de determinadas ideias, muitas vezes, não se dá

<sup>61</sup> Suprema Corte dos EUA, Caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

<sup>62</sup> Livre tradução de trecho extraído do voto divergente do juiz Oliver Wendell Holmes, no julgamento do caso *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919). No original, “the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market”.

<sup>63</sup> *Ibid.* p. 251.

<sup>64</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**. Op. cit., p. 239.

<sup>65</sup> ANDRADE, Carlos Drummond de. Verdade. In: **Alguma Poesia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

<sup>66</sup> FISS, Owen M. Free speech and social structure. **Iowa Law Review**, v. 71, n. p. 1405, 1985; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

em função de seu valor ou veracidade, mas da facilidade que alguns agentes têm de transmitir seus pontos de vista.

Independentemente de seus problemas, a concepção da busca da verdade ainda tem utilidades para a fundamentação da liberdade de expressão. No domínio do discurso público, Jónatas Machado aponta seu *duplo efeito* positivo<sup>67</sup>. De um lado, ela estimula o diálogo e a crítica por parte da comunidade, tendo como base o pluralismo informativo. De outro, promove uma política de desconfiança em relação a tentativas do governo de impor uma verdade oficial<sup>68</sup>. Como notou o constitucionalista português, é mais desejável a instituição de um modelo em que todos possam debater sobre a forma de solucionar questões controversas, do que outro em que o governo ou uma entidade qualquer tenha o poder de decidir o que é certo ou errado e o que as pessoas podem falar ou ouvir<sup>69</sup>. Mais do que isso, no campo da liberdade de informação, como já se viu, a ideia de “veracidade”<sup>70</sup> ainda é empregada como um requisito da veiculação de fatos<sup>71</sup>. Nesses casos, a dificuldade está em diferenciar a descrição de fatos dos juízos de valor, para os quais o critério da verdade é insuficiente e inaplicável<sup>72</sup>.

Em matéria eleitoral, a função de busca da verdade também tem diversas aplicações<sup>73</sup>. O estímulo à criação de um “mercado livre de ideias” permite que os cidadãos tenham acesso a uma multiplicidade de informações sobre os candidatos e partidos, suas propostas, trajetória e reputação, favorecendo a ampla discussão pública em torno das opções eleitorais e possibilitando a tomada de decisão de voto, sem interferências estatais. Além disso, esse fundamento filosófico aponta o perigo de conceder ao governo a possibilidade de dizer o que é verdade e o que é falso no debate eleitoral, recomendando que o julgamento dos melhores e piores argumentos seja feito pela coletividade no debate público.

### 2.1.2 A realização da democracia

---

<sup>67</sup>MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**. Op. cit.,p. 239.

<sup>68</sup>**Ibid.** p. 239.

<sup>69</sup>**Ibid.** p. 245.

<sup>70</sup>Como se verá, trata-se mais propriamente de uma probabilidade de que a informação seja verdadeira.

<sup>71</sup>**Ibid.** p. 246.

<sup>72</sup>**Ibid.**p. 246-247.

<sup>73</sup>CARBONELL, Miguel. **La libertad de expresión en materia electoral**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

Outro relevante fundamento da liberdade de expressão – e o mais amplamente aceito – é a realização da democracia e a autodeterminação coletiva. O argumento deriva da ideia básica de que, em um regime democrático, é imprescindível garantir plena liberdade para que todos os grupos e indivíduos possam expor e ter acesso a opiniões e pontos de vista sobre temas de interesse público e, assim, permitir a formação da vontade coletiva e a tomada das decisões políticas. A democracia não pode prescindir da liberdade de expressão: há uma relação “estreita” e “indissolúvel” entre ambas. Em última instância, o livre fluxo de ideias é compreendido como um *meio* para se garantir a igualdade política entre os cidadãos e a possibilidade de definirem os rumos da coletividade, na medida em que tal fluxo viabiliza o amplo debate sobre os assuntos públicos, o controle e a fiscalização do poder <sup>74</sup>.

Esta concepção foi formulada inicialmente por Alexander Meiklejohn, que defende que o direito fundamental à liberdade de expressão é um pré-requisito indispensável para a tomada de decisões racionais e informadas pela coletividade e, logo, essencial para o autogoverno <sup>75</sup>. O foco de seu modelo é a capacidade dos cidadãos de receberem informações necessárias para que possam formar a decisão de voto de forma consciente e informada. Para ele, a liberdade de expressão “*não exige que, em qualquer ocasião, todos os cidadãos participem do debate público (...) O que é essencial não é que todos possam falar, mas que tudo que valha a pena ser dito seja dito*”<sup>76</sup>.

O mesmo argumento foi articulado mais recentemente na doutrina norte-americana pelo professor Owen Fiss <sup>77</sup>. Fiss igualmente defende que a expressão é essencial para aumentar a qualidade do debate público e, logo, permitir um voto informado. Nas suas palavras, “*permite-se que as pessoas falem para que outras possam votar. O discurso possibilita que pessoas votem de forma inteligente e livre, cientes de todas as opções e em posse de todas as informações relevantes*”<sup>78</sup>. Assim, sua preocupação não é com a autonomia

---

<sup>74</sup> Entende-se, com Ronald Dworkin, que a democracia vai além da premissa majoritária (ou mesmo a rejeita), exigindo que as “decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito” (DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26).

<sup>75</sup> MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. The Lawbook Exchange Ltd., 1948, p. 10-11 (livre tradução).

<sup>76</sup> **Ibid.** p. 25.

<sup>77</sup> FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>78</sup> FISS, Owen M. Free speech and social structure. **Iowa Law Rev.**, v. 71, p. 1405, 1985. No original: “We allow people to speak so others' can vote. Speech allows people to vote intelligently and freely, aware of all the options and in possession of all the relevant information”.

dos emissores, mas com “a qualidade do debate público”. Como consequência, o Professor norte-americano defende uma atuação estatal mais robusta no sentido de assegurar que todos os pontos de vista sejam plena e justamente ouvidos<sup>79</sup>.

Outro professor norte-americano que adota a concepção democrática da liberdade de expressão é Robert Post. No entanto, Post se afasta da tradição “coletivista” iniciada por Meiklejohn. Para o Professor, a concepção coletivista falha ao desconsiderar a importância dos emissores tanto quanto dos ouvintes<sup>80</sup>. Assim, sua teoria tem por base a proteção da autonomia dos cidadãos para participarem na esfera do discurso público<sup>81</sup>. Segundo esta concepção “participatória”, quando os indivíduos se engajam na construção da opinião pública e o governo é constrangido por tal opinião pública, eles podem reconhecer (ainda que potencialmente) sua autoria no processo de formação da vontade coletiva e, assim, viabilizar o autogoverno<sup>82</sup>.

A fundamentação democrática da liberdade de expressão deu origem a uma ampla discussão a respeito dos contornos da categoria “expressão política”. Alguns doutrinadores, sobretudo no cenário norte-americano, passaram a defender uma concepção restritiva desse conceito<sup>83</sup>. O professor Robert Bork argumentou que a liberdade de expressão deveria proteger apenas o discurso explicitamente político, *i.e.*, a “*expressão sobre como somos governados*”, incluindo avaliações, críticas, campanhas eleitorais e propaganda<sup>84</sup>, mas não o discurso científico, educacional, comercial ou literário<sup>85</sup>. Outros, porém, conferiram contornos

---

<sup>79</sup> No original: “The first amendment obliges the state to act affirmatively as a high-minded parliamentarian, making certain that all viewpoints are fully and fairly heard”. V. FISS, Owen M. Free speech and social structure. Op. cit., p. 1405.

<sup>80</sup> POST, Robert. **Constitutional domains: democracy, community, management**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

<sup>81</sup> **Ibid**, p. 184-186.

<sup>82</sup> **Ibid**, p. 268-289.

<sup>83</sup> V. BORK, Robert H. Neutral principles and some First Amendment problems. **Indiana Law Journal**, v. 47, n. 1, p. 1-35, 1971; BEVIER, Lillian R. The first amendment and political speech: An inquiry into the substance and limits of principle. **Stanford Law Review**, v. 30, p. 299-358, 1978; STONE, Adrienne. Limits of Constitutional Text and Structure: Standards of Review and the Freedom of Political Communication. **The Melbourne University Law Review**, v. 23, n. p. 668, 1999.

<sup>84</sup> BORK, Robert H. Neutral principles and some First Amendment problems. **Indiana Law Journal**, v. 47, n. 1, 1971. p. 27-28.

<sup>85</sup> Segundo ele, “a racionalidade da primeira emenda não pode ser a de proteger todas as coisas e atividades que influenciam atitudes políticas. (...) Qualquer conduta pode afetar atitudes políticas tanto quanto um romance, e não se pode conceber a primeira emenda como uma ampla negação ao poder governamental de regular condutas” (livre tradução). No original: “Explicitly political speech is speech about how we are governed, and the category therefore includes a wide range of evaluation, criticism, electioneering and propaganda. It does not cover scientific, educational, commercial or literary expressions as such. A novel may have impact upon attitudes that affect politics, but it would not for that reason receive judicial protection. This is not anomalous, - I have tried to suggest, since the rationale of the first amendment cannot be the protection of all things or activities that influence political attitudes. Any speech may do that, and we have seen that it is impossible to leave all

mais amplos ao discurso político<sup>86</sup>, como o próprio Meiklejohn. O professor afirmou, em uma revisão da sua tese inicial, que, na verdade, “*há muitas formas de pensamento e expressão (...) das quais o eleitor extrai o conhecimento, a inteligência, a sensibilidade aos valores humanos*” essenciais ao voto, dentre as quais se incluem a educação, a filosofia, a ciência, a literatura, as artes e a discussão sobre questões públicas, de modo que estes tipos de expressão também deveriam ser incluídos na categoria do discurso político<sup>87</sup>.

De fato, o fundamento democrático da liberdade de expressão deve justificar uma proteção muito mais ampla do que a da mera discussão de assuntos relativos ao governo (discurso político em sentido estrito). Afinal, o autogoverno democrático pressupõe a possibilidade de os cidadãos tomarem decisões que afetem a sua vida em geral e de terem acesso a uma multiplicidade de manifestações, como as artísticas, literárias, religiosas e científicas, que lhe permitam desenvolver as suas capacidades e contribuir para a sua participação na vida pública. Essas considerações não impedem, é claro, que se confira ao discurso político em sentido estrito uma proteção ainda mais robusta.

Abstraindo-se dessas discussões teóricas, fato é que o fundamento democrático da liberdade de expressão tem sido amplamente invocado no Direito Internacional dos Direitos Humanos. O Comitê de Direitos Humanos da ONU já se pronunciou nesse sentido, afirmando que “*as liberdades de informação e de expressão são pedras angulares de toda sociedade livre e democrática*”<sup>88</sup>. A Corte Interamericana de Direitos Humanos também estabelece que “*a liberdade de expressão é um elemento fundamental sobre o qual se funda a existência de*

---

speech unregulated. Moreover, any conduct may affect political attitudes as much as a novel, and we cannot view the first amendment as a broad denial of the power of government to regulate conduct”. V. BORK, Robert H. Neutral principles and some First Amendment problems. Op. cit., p. 28.

<sup>86</sup> Na própria jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, tem-se adotado uma concepção ampliada do discurso político para fins de proteção perante a Primeira Emenda. Cf. Caso *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209, 231 (1977). No original: “It is no doubt true that a central purpose of the First Amendment ‘was to protect the free discussion of governmental affairs.’ . . . But our cases have never suggested that expression about philosophical, social, artistic, economic, literary, or ethical matters—to take a nonexclusive list of labels—is not entitled to full First Amendment protection”.

<sup>87</sup> MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment is an absolute. *The Supreme Court Review*, 1961, p. 245-266, 1961 (livre tradução). No original: “Forms of thought and expression within the range of human communications from which the voter derives the knowledge, intelligence, sensitivity to human values: the capacity for sane and objective judgment which, so far as possible, a ballot should express. (...) 1. Education, in all its phases (...) 2. The achievements of philosophy and the sciences (...) 3. Literature and the arts (...) 4. Public discussions of public issues (...)”.

<sup>88</sup> ONU, Comitê de Direitos Humanos, Caso *Adimayo M. Aduayom y otros v. Togo*, Comunicação No. 423/1990, j. 12.07.1996 (livre tradução). No original: “El Comité observa que las libertades de información y de expresión son piedras angulares de toda sociedad libre y democrática. Es inherente a la esencia de esas sociedades que sus ciudadanos puedan informarse sobre sistemas y partidos políticos distintos a los que están en el poder y criticar o evaluar abiertamente y en público a sus gobiernos sin temor a ser objeto de interferencia o de castigos, dentro de los límites establecidos en el párrafo 3 del artículo 19”.



*uma sociedade democrática*”<sup>89</sup>. A Corte Europeia de Direitos Humanos declarou, em diversas ocasiões, que *“a liberdade de expressão (...) constitui uma das fundações essenciais de uma sociedade democrática”*<sup>90</sup>. Por fim, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos afirmou que a liberdade de expressão é *“um direito humano básico, vital (...) para a consciência política e para a participação na condução dos assuntos públicos”*, de modo que *“o Estado dever ser obrigado a manter, proteger e garantir esse direito se quer envolver-se em um compromisso honesto e sincero com a democracia”*.<sup>91</sup>

No cenário do Direito Comparado, a estreita relação entre liberdade de expressão e democracia também é correntemente utilizada. Um notável exemplo da importância deste fundamento é o da Austrália. Muito embora a liberdade de expressão não esteja inserida expressamente na Constituição deste país, a Suprema Corte australiana extraiu dos dispositivos constitucionais que preveem o sistema representativo de governo o direito à liberdade de comunicação, aplicável à discussão política e a todos os assuntos de interesse público<sup>92</sup>. O Tribunal Constitucional Federal alemão, no famoso caso Lüth, também afirmou que *“o direito básico à liberdade de expressão (...) é absolutamente essencial a um Estado livre e democrático, pois só ela permite a constante interação espiritual, o conflito de opiniões, que é o seu elemento vital”*<sup>93</sup>. Igualmente, a Corte Constitucional Colombiana reconheceu que *“a principal justificativa para conferir à liberdade de expressão uma posição*

---

<sup>89</sup> OEA, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva sobre diploma para os jornalistas (**OC-5/85**) (livre tradução). No original: “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.

<sup>90</sup> Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso **Lingens v. Austria**, Ap. No. 9815/82, j. 08.07.1986; Caso **Dichand v. Austria**, Ap. No. 29271/95, j. 26.02.2002; Caso **Şener v. Turkey**, Ap. No. 26680/95, j. 18.06.2000.

<sup>91</sup> Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Caso **Media Rights Agenda and Constitucional Rights Project v. Nigeria**, Com. Nos 105/93, 128/94, 130/94 e 152/96, j. 31.10.1998 (livre tradução). No original: “freedom of expression is (...) a basic human right, vital to an individual’s personal development and political consciousness, and to his participation in the conduct of public affairs in his country. (...) The state must be required to uphold, protect and guarantee this right if it wants to engage in an honest and sincere commitment to democracy and good governance”.

<sup>92</sup> Austrália. Suprema Corte Australiana. Caso **Australian Capital Television v The Commonwealth**, HCA 45; (1992) 177 CLR 106; e **Caso Nationwide News v Wills**, HCA 46; (1992) 177 CLR 1.

<sup>93</sup> Alemanha. Tribunal Constitucional Federal Alemão, Caso **Lüth**, BVerfGE 7, 198, j. 15.01.1958, trad. Tony Weir. Na tradução: “The basic right to freedom of expression. (...) is absolutely essential to a free and democratic state, for it alone permits that constant spiritual interaction, the conflict of opinion, which is its vital element.”

*central (...) é que, mediante sua proteção, se facilita a democracia representativa, a participação cidadã e o autogoverno por parte de cada nação*<sup>94</sup>.

Em razão da proeminência deste fundamento no âmbito eleitoral, o próximo item será destinado a elaborar, de forma mais aprofundada, as relações entre liberdade de expressão e democracia, bem como suas repercussões para a regulação do direito eleitoral.

### 2.1.3 A dignidade humana e a realização individual

O terceiro fundamento filosófico da liberdade de expressão é a dignidade humana. A possibilidade de os indivíduos exprimirem suas ideias e visões de mundo, preferências e interesses é uma emanção da dignidade<sup>95</sup>. Aqui, a liberdade de expressão assume o caráter de um valor indispensável à realização existencial do homem e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Expressar-se e ter acesso às mais diversas formas de expressão é, afinal, essencial à “vida boa”, à escolha das ideias, sentimentos e crenças que irão inspirar a existência de cada um.

Essa perspectiva enfatiza que a expressão tem um alto valor para a liberdade e para a autonomia individual<sup>96</sup>. Em uma das formulações mais clássicas sobre este fundamento, Thomas Emerson afirma que a expressão é protegida, em primeiro lugar, para a realização puramente individual<sup>97</sup>. Para ele, são as qualidades mentais que diferenciam os homens dos animais e é a partir do desenvolvimento dessas qualidades que os homens encontram seu lugar no mundo<sup>98</sup>. Por isso, defende que todos devem ter a possibilidade de formar e expressar suas crenças e opiniões, já que “*a expressão é parte integral do desenvolvimento de*

---

<sup>94</sup> Colômbia. Corte Constitucional. **Sentença T-391**, Rel. Manuel José Cepeda Espinosa, j. 02.05.2007. No original: “La principal justificación para conferir a la libertad de expresión una posición central dentro de los regímenes constitucionales contemporáneos es que, mediante su protección, se facilita la democracia representativa, la participación ciudadana y el autogobierno por parte de cada nación”.

<sup>95</sup> SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 242.

<sup>96</sup> FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 66.

<sup>97</sup> EMERSON, Thomas E. **System of Freedom of Expression**. First Thus. Random House Trade Paperbacks, 1970.

<sup>98</sup> EMERSON, Thomas I. Toward a general theory of the First Amendment. **Yale Law Journal**, p. 877-956, 1963, p. 879.

*ideias, da exploração mental e da afirmação do 'eu'”*<sup>99</sup>. Essa justificação também foi elaborada pelo Professor Edwin Baker, que adota um modelo de liberdade de expressão que concebe não um mercado de ideias, mas “*uma arena de liberdade individual*”, que deve ser protegida contra “*certos tipos de restrições governamentais*”<sup>100</sup>.

Na jurisprudência norte-americana, esta função foi utilizada pelo Justice William O. Douglas em diversas ocasiões, com destaque para o famoso caso *Roe v. Wade*, sobre aborto, em que o juiz da Suprema Corte norte-americana declarou que a liberdade de expressão foi instituída para assegurar “*o controle autônomo de cada indivíduo sobre o desenvolvimento e expressão do intelecto, interesses, gostos e personalidades*”<sup>101</sup>.

A justificativa da dignidade humana confere a cada um o direito ao exercício da liberdade de expressão, ainda quando não se promova um “bem maior” para a sociedade, como o encontro da verdade ou a democracia<sup>102</sup>. Assim, ainda que se adote uma concepção restritiva a respeito do fundamento democrático, o fundamento da dignidade humana é capaz de promover uma ampliação do escopo de proteção da liberdade de expressão, de modo a que não proteja apenas o discurso político em sentido estrito, mas diversos outros tipos de expressões, como a religião, a arte, a literatura, as ciências, a sexualidade. E mais, a partir do reconhecimento da autonomia moral das pessoas, essa concepção exige a proteção não só dos discursos e ideias neutros, inofensivos, positivos ou majoritários sobre esses temas, mas, sobretudo, daqueles que sejam perigosos, ofensivos, negativos ou minoritários, com a consequente adoção de um postulado anti-paternalista. Nas palavras de Ronald Dworkin, o “*Estado insulta seus cidadãos e nega a eles a sua responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas.*”<sup>103</sup>.

Em matéria eleitoral, o fundamento substantivo da liberdade de expressão é muito relevante, na medida em que atesta a autonomia moral dos cidadãos, repelindo arranjos paternalistas ou autoritários, e revela a necessidade de que lhes seja garantida amplabilidade de se exprimirem livremente, para que possam projetar seus ideais de vida

<sup>99</sup> **Id.** Livre tradução. No original: “For expression is an integral part of the development of ideas, of mental exploration and of the affirmation of self.”

<sup>100</sup> BAKER, C Edwin. Scope of the First Amendment freedom of speech. **Ucla Law Review**, v. 25, 1977, p. 966.

<sup>101</sup> Suprema Corte dos EUA, Caso **Roe v. Wade** (410 U.S. 113, 1971), livre tradução. No original: “the autonomous control over the development and expression of one's intellect, interests, tastes, and personality”.

<sup>102</sup> BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 13.

<sup>103</sup> DWORKIN, Ronald. Why Speech Must be Free. In: **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 200 (livre tradução).

para o campo político-eleitoral<sup>104</sup>. Parece claro que as ideologias políticas e filiações partidárias podem fazer parte de conceitos de auto-realização individual, de modo que as pessoas devem poder exercer suas liberdades comunicativas para defender o triunfo de suas visões e posições político-partidárias, e a derrocada daquelas que lhes sejam opostas.

#### 2.1.4 Outras funções da liberdade de expressão

Além da busca da verdade, da democracia e da dignidade humana, outras funções desempenhadas pela liberdade de expressão foram articuladas na doutrina e nos *standards* internacionais sobre a liberdade de expressão. Uma primeira função seria viabilizar o exercício dos demais direitos fundamentais<sup>105</sup>. Com efeito, as liberdades de opinião e de expressão são uma ferramenta-chave para o pleno gozo e exercício de direitos civis e políticos, sociais, econômicos e culturais. Por exemplo, não há como exercer a liberdade de reunião e de associação, os direitos de voto e à participação política, sem a livre e plena capacidade de comunicação e discussão. Mais do que isso, o exercício das liberdades comunicativas confere à cidadania e aos diferentes grupos capacidade de articulação e formulação de demandas por direitos, de mobilização política e de pressão dos poderes constituídos para que suas demandas sejam atendidas. A crítica e a reivindicação política são as formas mais eficazes de conquista dos direitos e de melhoria dos serviços públicos. A título de ilustração, em texto clássico, o economista Amartya Sen aponta, a partir de dados empíricos, a íntima relação entre a prevenção da fome no mundo e a garantia da liberdade de expressão e de eleições livres<sup>106</sup>. A oportunidade de discussão aberta, de oposição, de escrutínio público, de participação eleitoral e de acesso a informações pela mídia geram incentivos para que o governo atenda às demandas por direitos<sup>107</sup>. Por isso, nas palavras da

---

<sup>104</sup> CARBONELL, Miguel. *La Libertad de Expresión en Materia Electoral*. Op. cit., p. 22.

<sup>105</sup> Cf. (i) Corte IDH. Caso **Claude Reyes et al. v. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 19 de setembro de 2006. Serie C No. 151; (ii) Comitê de Direitos Humanos da ONU. Observação geral n° 34, art. 19. **CCPR/C/GC.34**. 12 de setembro de 2011; (iii) CIDH. Informe No. 130/99. Caso n° **11.740. Víctor Manuel Oropeza**. México. 19 de novembro de 1999.

<sup>106</sup> SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 2000.

<sup>107</sup> **Id.**

Comissão Interamericana de Direito Humanos, “*a carência de liberdade de expressão é uma causa que ‘contribui ao desrespeito a outros direitos humanos’*”<sup>108</sup>.

Outra justificação da proteção constitucional das liberdades expressivas se relaciona à proteção do patrimônio cultural, histórico e científico da sociedade<sup>109</sup>. A liberdade de expressão é uma pré-condição para o progresso material da sociedade, para o avanço do conhecimento e das ciências e a parapreservação do patrimônio cultural, já que estes pressupõem a possibilidade de pesquisa e de amplo acesso a informações. Por fim, há um importante fundamento que se estrutura sobre a desconfiança histórica no governo<sup>110</sup>. Existe uma suspeição, historicamente fundada, em relação à possibilidade de que o Estado intervenha para regular a expressão. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, “*em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo.*”<sup>111</sup>No Brasil, como já se disse, o temor do controle governamental e da censura é especialmente intenso e remete a experiências muito recentes e traumáticas.

Todas essas múltiplas funções, como se explicará adiante, concorrem para justificar a atribuição de um peso mais robusto – uma *posição preferencial* – para as liberdades comunicativas em muitos países, inclusive no Brasil. No entanto, não se deve perder de vista que a importância atribuída a cada um desses fundamentos, e mesmo à própria liberdade de expressão, varia de acordo com os valores ou compromissos estruturantes dos diferentes sistemas constitucionais<sup>112</sup>. Por exemplo, nos Estados Unidos, a tradição do “mercado das ideias” e de uma forte desconfiança no governo motiva uma proteção muito robusta (quase absoluta) da liberdade de expressão contra regulações estatais. Essa tradição contrasta, em muitos aspectos, com o modelo alemão, que adota a dignidade – e não a liberdade de expressão – como o valor constitucional preferencial, e com o modelo canadense, que atribui especial relevo à igualdade e ao multiculturalismo<sup>113</sup>.

<sup>108</sup> CIDH. Relatório nº 38/97, **Caso Hugo Bustíos Saavedra**, j. 16.10.1997.

<sup>109</sup> Colômbia. Corte Constitucional. **Sentença T-391**, Rel. Manuel José Cepeda Espinosa, j. 02.05.2007.

<sup>110</sup> Cf. SCHAUER, Frederick. **Free Speech: A Philosophical Enquiry**. Cambridge University Press, 1982.

<sup>111</sup> BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: **Temas de Direito Constitucional**, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 345-346.

<sup>112</sup> V. STONE, Adrienne. The Comparative Constitutional Law of Freedom of Expression. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. **Comparative constitutional law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

<sup>113</sup> KROTOSZYNSKI, Ronald J. **The first amendment in cross-cultural perspective: A comparative legal analysis of the freedom of speech**. New York: NYU Press, 2006; STONE, Adrienne. The Comparative

Antes, porém, de enfrentar a doutrina da posição preferencial das liberdades comunicativas, examina-se, com maior profundidade, a relação entre a democracia e a liberdade de expressão, com especial relevo para as consequências que podem ser extraídas dessa interação para a regulação do processo eleitoral.

## 2.2 Democracia e Liberdade de Expressão

A democracia é um conceito complexo, plurissignificativo e amplamente disputado<sup>114</sup>. Etimologicamente, a palavra, de origem grega, significa “governo do povo”, sendo formada pelos radicais *demos* (i.e., povo) e *krátos* (i.e., governo). Para além da etimologia, porém, há pouco consenso sobre o que a democracia encerra ou exige. Um desses raros consensos é justamente a *liberdade de expressão*. Modelos clássicos, elitistas, agregativos, participativos, deliberativos e agonísticos, todos concordam que o livre fluxo de ideias e informações é essencial ao autogoverno democrático<sup>115</sup>. Igualmente, as múltiplas teorias sobre a liberdade de expressão convergem ao lhe atribuir a função de “guardião da democracia”, ainda que reconheçam que há outros fundamentos relevantes<sup>116</sup>.

Fato é que a democracia pouco ou nada significaria sem a garantia básica das liberdades comunicativas, sem a possibilidade de discutir e criticar os temas de interesse público, as decisões políticas, o governo e os governantes. Do mesmo modo, dificilmente seria possível garantir o livre fluxo de informações em um governo não democrático. Considerando-se a relação quase simbiótica entre a democracia e a liberdade de expressão, o objetivo deste item é extrair algumas proposições objetivas dessa relação, que sejam instrumentais à regulação do direito eleitoral.

A seleção de tais proposições partirá de aproximações de três modelos democráticos contemporâneos – o elitista, o deliberativo e o agonístico –, tratando-os de forma inevitavelmente simplificada e superficial. Minha proposta *não* é a de analisar as diferentes

---

Constitutional Law of Freedom of Expression. Op. cit.

<sup>114</sup> HELD, David. **Models of democracy**. Stanford: Stanford University Press, 1987. p. 2.

<sup>115</sup> HELD, David. **Op. cit.**; MOUFFE, Chantal. **On the political**. London ; New York: Routledge, 2005.

<sup>116</sup> Cf: POST, Robert. **Constitutional domains: democracy, community, management**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995; FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BAKER, C Edwin. Scope of the First Amendment freedom of speech. **Ucla Law Review**, v. 25, n. p. 964, 1977; REDISH, Martin H. **The Adversary First Amendment: Free Expression and the Foundations of American Democracy**. Stanford University Press, 2013.

teorias normativas sobre democracia, nem a de optar por um modelo particular, que então funcionaria como a base teórica para o desenvolvimento do trabalho. De um lado, seria pouco útil para os fins desta dissertação um incursão mais profundo nos modelos de democracia, contrapondo seus vícios e virtudes, méritos e pontos cegos. De outro, na minha opinião, simplesmente não há hoje um modelo de democracia ou teoria democrática que, isoladamente, dê conta do conteúdo e do sentido da democracia, nos planos descritivo e prescritivo<sup>117</sup>. Cada uma das diferentes teorias traz, em verdade, alguma perspectiva importante para a compreensão do que é e do que deveria ser a democracia.

Para identificar tais proposições normativas, inicio por uma premissa comum a quase todos os modelos contemporâneos, a de que democracia é autogoverno, *i.e.*, é governo segundo a vontade do povo. A ideia de autogoverno, por sua vez, pode ser compreendida a partir do antagonismo entre autonomia e heteronomia<sup>118</sup>. A forma de governo democrática é entendida como aquela em que as leis são elaboradas pelos seus próprios destinatários, em contraposição às formas de governo autocráticas, nas quais a elaboração das normas não se encontra nas mãos de seus destinatários, mas é a eles imposta<sup>119</sup>. O que haveria de especial na democracia, portanto, seria o fato de se tratar de um “autogoverno” popular, de autonomia (pública), e não heteronomia. As diversas concepções de democracia podem discordar sobre como exatamente o povo pode se autogovernar, mas nenhuma pode fugir dessa premissa, sob pena de resvalar para o autoritarismo<sup>120-121</sup>.

<sup>117</sup> No mesmo sentido, aponta David Held que “há boas razões para simplesmente não aceitar qualquer um dos modelos, se clássicos ou contemporâneos, tal como estão postos. Há algo a ser aprendido de uma variedade de tradições de pensamento político, e a propensão a meramente justapor uma posição à outra, ou colocar uns em disputa contra os outros, simplesmente não é frutífera (HELD, David. **Op. cit.** p. 268). Livre tradução. No original: “there are good grounds for not simply accepting any one model, whether classical or contemporary, as it stands. There is something to be learnt from a variety of traditions of political thought, and a propensity simply to juxtapose one position with another, or to play-off one against another, is simply not fruitful”.

<sup>118</sup> POST, Robert. **Constitutional domains: democracy, community, management**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

<sup>119</sup> Como aponta Norberto Bobbio, “as formas democráticas de governo são aquelas em que as leis são feitas pelas mesmas pessoas a que se aplicam (e por essa razão elas são normas autônomas)”, ao passo que “nas formas autocráticas de governo, os responsáveis por elaborar as normas são diferentes daqueles aos quais as leis se destinam (e são, portanto, normas heterônomas)” (BOBBIO, Norberto. **Democracy and dictatorship: The nature and limits of state power**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989, p. 137, livre tradução). No original: “democratic forms of government are those in which the laws are made by the same people to whom they apply (and for that reason they are autonomous norms), while in autocratic forms of government the law-makers are different from those to whom the laws are addressed (and are therefore heteronomous norms)”.

<sup>120</sup> REDISH, Martin H. **The Adversary First Amendment: Free Expression and the Foundations of American Democracy**. Palo Alto: Stanford University Press, 2013.

<sup>121</sup> Nesse sentido, Joseph Schumpeter, que adota uma concepção elitista e procedimental da democracia, observa que “além da democracia direta, existe uma riqueza infinita de formas prováveis, através da qual o povo pode participar do governo, influenciar e controlar os que realmente governam. Nenhuma dessas formas, especialmente nenhuma das formas viáveis, possui um direito claro e exclusivo de ser descrita como governo do povo, se tomamos essas palavras no seu sentido habitual. Se qualquer delas adotar esse título, o fará apenas em

A ideia de autogoverno também pressupõe a igual autonomia de todos cidadãos, *i.e.*, a consideração de cada um dos membros da coletividade como agentes morais autônomos, aos quais se deve dispensar igual respeito e consideração. Nesse sentido, o autogoverno popular pressupõe a adoção de um postulado anti-paternalista. É que qualquer forma de paternalismo representa a tentativa de substituir o julgamento de uma pessoa pelo de outra, supostamente em seu próprio benefício<sup>122</sup>. Envolve, assim, a ideia de que essa pessoa não sabe o que é bom para si mesma. Trata-se, portanto, de uma concepção incompatível com o autogoverno, que exige que os indivíduos façam as escolhas sobre a sua vida, pública e privada, de acordo com as suas próprias concepções de bem e sem interferências externas indevidas<sup>123</sup>.

O mecanismo mais tradicional de funcionamento do autogoverno nas sociedades modernas é a representação política. Inviabilizada a democracia direta dos antigos, exercida na Pólis grega, em razão do aumento do *demos*, o espaço da cidadania foi transferido para outra arena: as urnas. Em uma democracia representativa, o direito de sufrágio permite que o povo exerça o poder político de modo indireto, a partir da formação de um corpo de representantes que ficará responsável por tomar as decisões políticas. Assim, democracia é (i.e., envolve) representação: os pleitos eleitorais tornam-se uma peça central do regime democrático, permitindo que os interesses dos membros da coletividade sejam, de algum modo, considerados na formação do governo e na atuação dos representantes.

Sendo, porém, improvável – e mesmo impossível – que as vontades individuais coincidam, em relação a todas as decisões políticas, com a vontade coletiva revelada na ordem estatal, a autodeterminação popular passa a ser viabilizada, em regra, pela adoção do princípio majoritário. Democracia é governo da maioria. Entende-se que a regra da maioria asseguraria um grau mais elevado de autonomia política, ao permitir que a alteração da ordem social se dê acordo com a vontade do maior número de sujeitos, tidos como politicamente iguais<sup>124</sup>. Haveria, porém, um paradoxo no emprego desta regra como mecanismo de autogoverno. É que, por esse raciocínio, a maioria imporá suas escolhas sobre as minorias de

---

virtude de uma convenção arbitrária, definindo de logo a significação que deve ser atribuída ao verbo governar. Tais convenções são sempre possíveis: o povo jamais governa, mas pode sempre governar por definição” (SCHUMPETER, Joseph **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961. p. 301)

<sup>122</sup> DWORKIN, Gerald. **Paternalism**: Some Second Thoughts. In: *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 121-129.

<sup>123</sup> DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2006;. POST, Robert. **Constitutional domains**: democracy, community, management. Cambridge: Harvard University Press, 1995. BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Campus, 2012.

<sup>124</sup> Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 410.



forma heterônoma<sup>125</sup>. A solução desse conflito aparente está na ideia de que o que permite que a vontade autônoma de toda a cidadania possa ser identificada no governo democrático não é exatamente a escolha política majoritária (o voto), mas os processos sociais que antecedem esse momento (a participação)<sup>126</sup>.

Para que a vontade coletiva possa ser exprimida por meio do voto e para que os representantes eleitos possam continuar responsivos à vontade da cidadania, não basta o procedimento formal da votação. É necessário que haja um espaço público que garanta o livre fluxo de informações e ideias e permita que os cidadãos possam, não apenas selecionar os representantes, mas discutir continuamente temas de interesse público, fiscalizar e influenciar a atuação dos representantes. A democracia não se limita, assim, ao exercício do direito de voto. Ela envolve um permanente *processo participativo*, que permite a formação da vontade coletiva, a partir do engajamento de seus cidadãos, seja para expressar suas ideias, seja para ouvir aquelas que são divulgadas pelos seus pares ou pelas mídias: democracia é participação no debate público. Essa ideia já tinha sido contemplada na teoria procedimentalista de Hans Kelsen. Nas suas palavras,

A vontade da comunidade numa democracia é sempre criada através da discussão contínua, entre maioria e minoria, através da livre consideração de argumentos a favor e contra certa regulamentação de uma matéria. Essa discussão tem lugar não apenas no parlamento, mas também, e em primeiro lugar, em encontros políticos, jornais, livros e outros veículos de opinião. Uma democracia sem opinião pública é uma contradição em termos.<sup>127</sup>

Tal concepção foi também articulada na teoria da democracia participativa, que vislumbra a possibilidade de criação de canais alternativos e complementares ao voto de participação direta dos indivíduos, atores e movimentos sociais, nos processos decisórios e na formação da vontade estatal, sobretudo no âmbito local<sup>128</sup>. O uso de mecanismos de democracia participativa – que vão desde a atuação popular nos plebiscitos, na iniciativa das leis e na participação em conselhos sociais, até as manifestações e mobilizações da cidadania no espaço público –, teria o condão de incrementar a legitimidade das decisões, na medida em que permite que aqueles que serão afetados possam tomar parte na discussão. Como destacam Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer, a democracia participativa vem junto com a

<sup>125</sup>POST, Robert. **Constitutional domains: democracy, community, management**. Op. cit., p. 184.

<sup>126</sup>POST, Robert. **Constitutional domains: democracy, community, management**. Op. cit., p. 184.

<sup>127</sup>KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Op. cit., p. 411-412.

<sup>128</sup>Cf: SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: Santos, Boaventura de Souza (ed.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

“tentativa de disputa pelo significado de determinadas práticas políticas, por uma tentativa de ampliação da gramática social e de incorporação de novos atores ou de novos temas à política”<sup>129</sup>.

No entanto, para que a minoria possa efetivamente se “autogovernar”, é preciso que ela tenha condições materiais efetivas de participar do debate público. Por isso, as teorias democráticas contemporâneas também concordam que democracia não é sinônimo de predomínio da vontade da maioria. Ela pressupõe, ao menos, que todas as pessoas, em especial os membros de grupos minoritários, tenham asseguradas as liberdades públicas – em especial a liberdade de expressão – e sejam tratadas, não como súditos, mas como sujeitos morais autônomos, livres e iguais<sup>130</sup>. Assim, democracia é proteção das minorias e garantia de direitos fundamentais. Atento a esse fator, Hans Kelsen já reconhecia que, “[n]a medida em que a opinião pública só pode surgir onde são garantidas a liberdade intelectual, a liberdade de expressão, imprensa e religião, a democracia coincide com o liberalismo político”<sup>131</sup>. Essa concepção foi captada com precisão por Giovanni Sartori, que qualificou o pleito eleitoral como *agarrância mecânica da democracia*, enquanto que a formação de uma opinião pública autônoma, por meio da liberdade de expressão, constituiria a *suagarância substantiva*<sup>132-133</sup>.

<sup>129</sup>**Ibid.** p. 56.

<sup>130</sup>Não há, contudo, consenso a respeito de quais direitos fundamentais estariam incluídos nessa concepção. Para John Hart Ely, estes direitos corresponderiam apenas às liberdades públicas clássicas (incluindo a liberdade de expressão) e aos mecanismos de proteção de minorias estigmatizadas (**Democracy and distrust: A theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980). Por sua vez, Robert Dahl, expoente da vertente agregativa de democracia, oferece um conceito mínimo de democracia, que inclui a liberdade de expressão; o acesso a fontes de informação diversificadas; a liberdade associativa; e a cidadania inclusiva como instituições políticas indispensáveis para que se possa caracterizar um determinado governo como democrático (**Sobre a Democracia**. Beatriz Sidou (trad.). Brasília: Ed. UnB, 2001, p. 110). Já Jürgen Habermas, representante da teoria deliberativa, adota um elenco mais generoso, propondo cinco categorias de direitos fundamentais que “determinam o *status* das pessoas de direito” e condicionam a democracia: “(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (...) (2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro da associação de parceiros do direito; (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual (...); (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de condições, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através da qual eles criam direito legítimo (...); (5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).” (**Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 158-160)

<sup>131</sup>KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Op. cit., p. 411-412.

<sup>132</sup>SARTORI, Giovanni. **The Theory of Democracy Revisited**. Catham: Catham House, 1987, p. 86 e ss.

<sup>133</sup>É possível ir além, defendendo-se que a garantia substantiva da democracia não corresponde apenas à liberdade de expressão e demais liberdades públicas clássicas, envolvendo, ainda, condições materiais mínimas de vida, indispensáveis para que a participação na arena pública se dê entre pessoas “livres e iguais”.

Não apenas Kelsen, mas um grande número de teóricos, como John Rawls, Jürgen Habermas, Frank Michelman, Robert Post e Chantal Mouffe<sup>134</sup>, passa, então, a identificar a essência da democracia com a “*oportunidade de participar na formação da ‘vontade da comunidade’ por meio de uma ‘contínua discussão entre a maioria e a minoria’*”<sup>135</sup>. São, portanto, os processos comunicativos entre cidadãos tidos como livres e iguais que permitiriam conciliar a autonomia individual com a autodeterminação coletiva<sup>136</sup>. Os diferentes modelos de democracia – elitistas, deliberativos e agonísticos – irão, porém, adotar diferentes concepções a respeito de como e sobre quais bases se dá a participação democrática.

De acordo com a *teoria elitista de democracia*<sup>137</sup>, o método democrático envolve “*uma luta competitiva pelos votos do eleitor*”, em que candidatos e partidos (elites ou lideranças políticas) se engajam na disputa estratégica pela preferência dos eleitores<sup>138-139</sup>. Segundo esse modelo, a participação da cidadania se dá, quase que exclusivamente, pela

<sup>134</sup> RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge, Mass.: Harvard university press, 2009; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; MICHELMAN, Frank. **Laws Republic**. *Yale Law Journal*, v. 97, 1988; POST, Robert. **Constitutional domains: democracy, community, management**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995; MOUFFE, Chantal. **On the political**. London; New York: Routledge, 2005.

<sup>135</sup> POST, Robert. **Constitutional domains: democracy, community, management**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995

<sup>136</sup> Ainda segundo Hans Kelsen, “[a] discussão livre entre maioria e minoria é essencial à democracia porque esse é o modo de criar uma atmosfera favorável a um compromisso entre maioria e minoria e o compromisso é parte da própria natureza da democracia. O compromisso significa a solução de um conflito por meio de uma norma que não se conforma inteiramente aos interesses de uma parte, nem contradiz inteiramente os interesses da outra. Na medida em que numa democracia, os conteúdos da ordem jurídica também não são determinados exclusivamente pelo interesse da maioria, mas são o resultado de um compromisso entre os dois grupos, a sujeição voluntária de todos os indivíduos à ordem jurídica é mais facilmente possível, que em qualquer outra organização política. Precisamente por causa dessa tendência rumo ao compromisso, a democracia é uma aproximação do ideal de autodeterminação completa.” (**Teoria geral do direito e do estado**. Op. cit., p. 412). Cf., ainda, KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. João Baptista Machado [trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 183; HELD, David. **Models of democracy**. Stanford: Stanford University Press, 1987.

<sup>137</sup> Para compreender as teorias elitistas e agregativas da democracia, confira-se: SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

<sup>138</sup> Cf. SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Op. cit., 1961. p. 327. A concepção elitista de democracia é, porém, muito mais complexa do que essa ideia, bem como apresenta diversas falhas. Para um estudo mais aprofundado de seus méritos e críticas, v. HELD, David. **Models of democracy**. Stanford: Stanford University Press, 1987.

<sup>139</sup> O modelo agregativo ou elitista de democracia é aprofundado por Robert Dahl, a partir da valorização do “*pluralismo*”. Em sua teoria, Dahl parte do pressuposto de que a democracia é um sistema político responsivo às preferências de seus cidadãos, que depende de dois fatores, dispostos em dois eixos analíticos, quais sejam: a competição pública e o direito de participação. O “*eixo participação*” diz respeito à inclusividade ou abrangência do sufrágio. Isto é, ao direito de tomar parte no jogo político, podendo votar e ser votado. O “*eixo competição*”, por sua vez, está relacionado à abertura à contestação pública, mediante a institucionalização de regras do jogo e a negação de qualquer tipo de controle sobre o eleitorado. É a liberalização do processo de oposição, a partir da existência de regras claras, públicas, em outras palavras, a admissão do pluralismo no jogo político. Esses fatores funcionam para Dahl como padrões de avaliação do nível de democracia de um determinado governo. O processo de democratização está na progressiva ampliação da competição e da participação política. Cf. DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. Trad. Fernando Limongi. São Paulo: EDUSP, 1997.

eleição dos representantes. A formação do governo é então viabilizada pela agregação das preferências individuais. Já as demais decisões políticas são tomadas pelos governantes eleitos (*i.e.*, por elites). No estado moderno, a perspectiva da representação política é, de fato, incontornável. Democracia é disputa eleitoral. No entanto, como já se disse, a participação não pode se concentrar nas lideranças políticas, nem se limitar ao momento eleitoral, sob pena de inviabilizar o “autogoverno” democrático ou torná-lo meramente nominal.

Além da periódica participação em eleições, a democracia requer, por definição, que os cidadãos sejam capazes de influenciar as decisões estatais. O autogoverno democrático depende, assim, do funcionamento permanente de uma estrutura de comunicação – a “esfera pública” –, que permita a formação da “opinião pública” e da “vontade política coletiva”, que devem servir de insumos para orientar a ação governamental, nos períodos de sufrágio e pós-sufrágio<sup>140</sup>. A concepção clássica de “esfera pública” foi desenvolvida e aprofundada na teoria da democracia deliberativa, por Jürgen Habermas, autor central do modelo em sua versão procedimental. Para Habermas, as redes informais (*informal networks*) da esfera pública seriam o locus de participação permanente da sociedade, funcionando juntamente com os “fóruns oficiais” estatais (corpos parlamentares)<sup>141</sup>.

Mais do que ampliar os ambientes de participação, a *teoria da democracia deliberativa* concebe um modelo específico de participação dos membros da coletividade e dos próprios representantes, a partir da cooperação dialógica e do uso público da razão<sup>142</sup>. De acordo com as concepções clássicas do modelo deliberativo, a deliberação corresponderia a um processo em que indivíduos tidos como autônomos, livres e iguais, buscam tomar decisões vinculantes a partir do oferecimento de argumentos e contra-argumentos uns aos outros, com base na racionalidade e no respeito mútuo, com o objetivo de equacionar

<sup>140</sup> Não se ignora que a ideia de uma opinião pública ou de uma vontade coletiva que possa ser “lida” pelas instâncias oficiais representativas é altamente abstrata e problemática. De um lado, é difícil supor que a opinião pública pode ser efetivamente “captada” pelos representantes eleitos. De outro, as preferências majoritárias dificilmente existem *ex ante*, elas são antes formadas *no e pelo* processo político. No entanto, em razão da complexidade do tema e pela limitação do escopo deste trabalho, não será possível analisar de forma mais detida essas questões.

<sup>141</sup> Para compreender a teoria da democracia deliberativa, confira-se: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua nova**, v. 36, p. 39-53, 1995; RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2009; NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996; GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2009; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Cfr, ainda, MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

<sup>142</sup> V. KANT, Immanuel Resposta à pergunta: que é o iluminismo? **A paz perpétua e outros opúsculos**. Artur Morão (trad.). Lisboa: Edições 70, 1995. p. 11-19.

desacordos e alcançar (ainda que idealmente) consensos baseados no “bem comum”<sup>143</sup>. Nesse modelo, a deliberação exige uma ação comunicativa – e não meramente estratégica – em que participantes demonstram predisposição para articular argumentos que sejam aceitáveis na esfera pública e para ouvir e entender as razões expostas pelos demais, adotando uma postura cooperativa, aberta (*open-minded*), “civilizada” e desapaixonada, na busca das melhores soluções<sup>144</sup>. Trata-se da ideia de “governo das razões”, no qual deve triunfar apenas a força dos melhores argumentos<sup>145</sup>.

Ao contrário do que se poderia pensar, a teoria deliberativa não nega a existência de amplos desacordos morais, que decorrem de doutrinas abrangentes, morais, filosóficas e religiosas. No entanto, ela entende que é possível resolvê-los e costurar cooperativamente um consenso racional, ao prescrever aos participantes a necessidade de articular razões que apelem para o “bem comum” e para o “interesse público” e de tentar minimizar as suas diferenças em relação a seus oponentes<sup>146</sup>. Tal vertente recusa, assim, a fórmula meramente agregativa dos interesses individuais, vislumbrando a possibilidade – ou melhor, a necessidade – de que os cidadãos e representantes deliberem publicamente sobre as questões a serem decididas e apresentem razões que justifiquem as suas decisões<sup>147</sup>.

Nas democracias contemporâneas, a ênfase na deliberação parece servir melhor ao ideal de autogoverno do que a ideia de mera agregação de preferências de indivíduos auto-interessados, na medida em que garante maior legitimidade às decisões políticas, que passarão a resultar não apenas da vontade da maioria, mas de um amplo debate em torno de argumentos e razões. Assim, democracia é deliberação a partir de razões e cooperação. Há, porém, algumas limitações nessa concepção. Ainda que o modelo possa funcionar como um ideal regulativo, ele não é realizável em toda a sua extensão durante todo o tempo. Do ponto de vista descritivo, parece claro que a política – no Brasil e em quase todo o mundo – não tem sido feita predominantemente de consensos baseados em fundamentos e colaboração. Na maioria das vezes, cidadãos e grupos possuem interesses e ideologias conflitantes e incompatíveis, o que dificulta imensamente e mesmo inviabiliza a formação de acordos e a

<sup>143</sup>GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 7.

<sup>144</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Op. cit., p. 135-138.

<sup>145</sup>**Ibid.** p. 147.

<sup>146</sup>GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 7.

<sup>147</sup>**Ibid.** p. 3.

adoção de uma visão única sobre o “bem comum”, tornando o confronto inevitável<sup>148</sup>. A cooperação é exceção, não a regra.

Já do ponto de vista normativo, tanto a ideia de racionalidade argumentativa, como a identificação de uma situação ideal de discurso como um debate “bem-comportado”, ordenado e sem emoções, são problemáticas<sup>149</sup>. Em primeiro lugar, porque, como se demonstrará na Parte II do trabalho, as razões não podem ser apartadas das emoções, e, ainda que pudessem, não seria normativamente desejável fazê-lo. A mobilização de sentimentos – por exemplo, em atos de protesto – desempenha funções relevantes na democracia, aumentando o engajamento popular e chamando a atenção para determinados valores e posições que, de outra forma, poderiam ficar fora do debate público. Em segundo lugar, porque a racionalidade e outros requisitos exigidos para a participação neste modelo podem acabar se degenerando em uma espécie de elitismo, por meio do qual algumas pessoas ou grupos seriam excluídos ou teriam maiores dificuldades de tomar parte da deliberação<sup>150</sup>.

Este último ponto é desenvolvido por Iris Young, que assinala que as teorias deliberativas falham em perceber que o formato de discussão por elas proposto não é “*culturalmente neutro e universal*”<sup>151</sup>. A possibilidade de discussão pública em igualdade de condições é afetada pela internalização de padrões culturais que implicam na desvalorização e no silenciamento da fala de alguns grupos ou pessoas<sup>152</sup>. O debate racional e objetivo teria, na verdade, uma tendência a privilegiar a cultura discursiva das camadas mais privilegiadas da sociedade – dos homens brancos, de classe média e alta, e ocidentais –, em detrimento, por exemplo, da cultura discursiva de mulheres e minorias raciais, que se expressariam de modo mais emocional<sup>153</sup>. Esse formato também prejudicaria grupos minoritários e excluídos, que muitas vezes não têm condições de se articular a partir de uma lógica discursivo-deliberativa e não se conformam aos padrões sociais de civilidade e comportamento<sup>154</sup>. A democracia,

<sup>148</sup> REDISH, Martin H.; MOLLEN, Abby Marie. Understanding Post’s and Meiklejohn’s mistakes: The central role of adversary democracy in the theory of free expression. *Northwestern University Law Review*, v. 103, p. 1303, 2009.

<sup>149</sup> YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 49.

<sup>150</sup> YOUNG, Iris Marion. Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy. In: BENHABIB, Seyla (ed.). *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 120.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 122-123.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 124. No original: “The speech culture of white middle-class men tends to be more controlled, without significant gesture and expression of emotion. The speech culture of women and racial minorities, on the other, tends to be more excited and embodied, more valuing the expression of emotion, the use of figurative language, modulation in tone of voice, and wide gesture”.

<sup>154</sup> YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 52.

porém, pressupõe a plena inclusão e participação de todos os seus membros nos fóruns públicos formais e informais como condição de legitimidade e possibilidade do autogoverno.

Diante dessas limitações do modelo deliberativo, é possível vislumbrar meios mais amplos de participação no debate público, que, sem descartar inteiramente a possibilidade de consensos e de argumentação racional, aumentem o escopo da comunicação democrática. A *teoria agonística ou adversarial de democracia* traz justamente um caminho alternativo ao marco de deliberação racional-argumentativa, que considera a dimensão conflitual e antagonista da democracia como algo que decorre necessariamente do fato do pluralismo<sup>155</sup>. O objetivo do modelo agonístico seria o reconhecimento de que o confronto entre adversários com diferentes interesses pessoais e ideológicos não é um risco à democracia, mas sua própria condição de existência<sup>156</sup>. O conflito é legítimo e intrínseco às sociedades pluralistas e reconhecê-lo é garantir as condições para que o antagonismo (relação “eu”/“eles” como inimigos) possa se converter em agonismo (relação “eu”/“eles” como adversários)<sup>157</sup>. Nas palavras de Chantal Mouffe, uma das principais teóricas deste modelo:

[O] objetivo da política democrática é construir de tal forma o “eles” que deixe de ser percebido como um inimigo a destruir e seja concebido como um “adversário”, é dizer, como alguém cujas ideias combatemos, mas cujo direito a defender tais ideias não colocamos em dúvida. Este é o verdadeiro significado de tolerância liberal democrática, que não implica condenar as ideias a que nos opomos ou ser indiferentes aos pontos de vista com os quais não estamos de acordo, mas tratar a quem os defendam como a legítimos oponentes. Sem embargo, essa categoria do “adversário” não elimina o antagonismo (...). Um adversário é um inimigo, mas um inimigo legítimo, um inimigo com o qual temos uma base comum porque compartilhamos uma adesão aos princípios éticos da democracia liberal: a liberdade e a igualdade. Mas estamos em desacordo no que se refere ao significado e à colocação em prática desses princípios, e este desacordo não é um desacordo que se possa resolver mediante a deliberação e o debate racional. De fato, dado que o pluralismo de valor não pode ser erradicado, não existe uma resolução racional do conflito, daí sua dimensão antagonista. Isto não quer dizer, é claro, que os adversários não possam superar seus desacordos (...). Naturalmente, os compromissos também são possíveis; são parte inseparável da política; mas devem ser considerados como um respiro temporal em uma confrontação que não cessa<sup>158</sup>.

<sup>155</sup> Sobre a teoria da democracia agonística ou adversarial de democracia, confira-se: MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. Verso, 2000; REDISH, Martin H; YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and democracy**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2000; **The Adversary First Amendment: Free Expression and the Foundations of American Democracy**. Redwood: Stanford University Press, 2013.

<sup>156</sup> MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. London: Verso, 2000, p. 98-107.

<sup>157</sup> MOUFFE, Chantal. **On the political**. London; New York: Routledge, 2005, p. 9. No original: “any common While antagonism is a we/they relation in which the two sides are enemies who do not share ground, agonism is a we/they relation where the conflicting parties, although acknowledging that there is no rational solution to their conflict, nevertheless recognize the legitimacy of their opponents. They are “adversaries” not enemies. This means that, while in conflict, they see themselves as belonging to the same political association, as sharing a common symbolic space within which the conflict takes place. We could say that the task of democracy is to transform antagonism into agonism”.

<sup>158</sup> MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. Op. cit., p. 102 (livre tradução). No original: “Envisaged from the point of view of 'agonistic pluralism', the aim of democratic politics is to construct the 'them' in such a way

Por isso, segundo esse modelo, a democracia requer “um vibrante embate” de posições políticas<sup>159</sup>. A ênfase excessiva no consenso e na negação do conflito pode produzir, além de uma indesejável apatia política, a cristalização de posições políticas hegemônicas<sup>160</sup>. O objetivo da política não pode ser, portanto, a eliminação do conflito ou das paixões da esfera pública, a fim de que um consenso racional seja possível, mas, sim, a criação de canais que institucionalizem o conflito e permitam a manifestação de vozes dissonantes e a mobilização de paixões em favor de arranjos democráticos<sup>161</sup>. Como notou Iris Young, o modelo agonístico de deliberação tem o mérito adicional de incluir no debate grupos excluídos ou desfavorecidos, que têm na contestação e no embate a sua gramática social tradicional<sup>162</sup>.

Em síntese, o reconhecimento do caráter conflitual da política permite uma participação mais ampla, que se dá não apenas a partir da cooperação e de argumentos racionais voltados à obtenção de consensos, mas também a partir da competição e da articulação de emoções e de interesses individuais, sociais ou econômicos divergentes. Democracia também é conflito e competição adversarial entre grupos e interesses. Aliás, a não incorporação do conflito nos espaços de deliberação democrática é perigosa para a própria democracia. Isso porque muitas decisões políticas, incluindo a seleção de representantes por meio do voto, irão produzir ganhadores e perdedores. Nesse caso, os perdedores devem aceitar a decisão, mas não precisam adotar as preferências dos ganhadores como suas, nem desistir de se opor ou de tentar reverter tais decisões no futuro, sempre de acordo com as regras do jogo democrático<sup>163</sup>. Porém, se os perdedores não encontrarem

---

that it is no longer perceived as an enemy to be destroyed. but as an 'adversary', that is. somebody whose ideas we combat but whose right to defend those ideas we do not put into question. This is the real meaning of liberal-democratic tolerance, which does not entail condoning ideas that we oppose or being indifferent to standpoints that we disagree with. but treating those who defend them as legitimate opponents. This category of the 'adversary' does not eliminate antagonism, though. (...) An adversary is an enemy, but a legitimate enemy, one with whom we have some common ground because we have a shared adhesion to the ethico-political principles of liberal democracy: liberty and equality. But we disagree concerning the meaning and implementation of those principles, and such a disagreement is not one that could be resolved through deliberation and rational discussion. Indeed, given the ineradicable pluralism of value, there is no rational resolution of the conflict, hence its antagonistic dimension. This does not mean, of course, that adversaries can never cease to disagree, but that does not prove that antagonism has been eradicated. (...) Compromises are, of course, also possible; they are part and parcel of politics; but they should be seen as temporary respites in an ongoing confrontation”.

<sup>159</sup> **Ibid.** p. 104.

<sup>160</sup> **Ibid.** p. 104-105.

<sup>161</sup> **Ibid.** p. 103.

<sup>162</sup> YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and democracy**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2000.

<sup>163</sup> REDISH, Martin H; MOLLEN, Abby Marie. Understanding Post's and Meiklejohn's mistakes: The central role of adversary democracy in the theory of free expression. **Op. cit.**, p. 72.



canais políticos legítimos para reverterem os resultados e se tornarem um dia ganhadores, há o risco de que se torne menos custoso optar por “rasgar” as regras do jogo.

De tudo que se expôs, conclui-se que a democracia “é” (ou melhor, “exige”) muitas coisas. Democracia é, essencialmente, autogoverno. E, sendo autogoverno, é representação e participação; é governo da maioria, sem excluir a minoria, e com proteção de direitos fundamentais; é disputa eleitoral e é deliberação pública, a partir de razões e de cooperação, mas também a partir de confronto entre grupos e interesses, com paixão e competição. Todas essas proposições, extraídas de modelos de democracia construídos como excludentes – ou, no mínimo, conflitantes –, podem, ao serem combinadas, oferecer elementos para a elaboração de uma compreensão de democracia que permita conciliar, na maior extensão possível, autonomia individual e autodeterminação coletiva<sup>164</sup>. No entanto, para os fins deste trabalho, mais importante do que a teorização da democracia é o reconhecimento de que essas proposições reforçam a essencialidade da liberdade de expressão no regime democrático e trazem consequências normativas para a tutela da liberdade de expressão na regulação do direito eleitoral. Vejamos.

Se democracia envolve tanto a representação política, como a ampla participação no debate público, a liberdade de expressão deve proteger tanto as manifestações expressivas que ocorrem durante o pleito, quanto aquelas que ocorrem fora dos períodos eleitorais. Durante os pleitos, a tutela deve se estender necessariamente: (i) às manifestações dos candidatos e partidos que têm por objetivo captar os votos dos eleitores, (ii) às manifestações dos próprios eleitores, buscando expressar suas convicções político-eleitorais e persuadir os demais cidadãos a adotarem as mesmas posições, e (iii) às manifestações dos meios de comunicação e outros grupos organizados, que confirmam mais subsídios para o debate político-eleitoral e tornem possível a tomada de decisão de voto. Já nos demais momentos, a livre comunicação de informações e ideias deve ser amplamente garantida tanto dentro dos corpos parlamentares, quanto na esfera pública, de modo a que: (i) os representantes eleitos possam exercer suas funções e tomar as decisões políticas necessárias, (ii) os demais membros da coletividade tenham a possibilidade de fiscalizar o governo e a atuação de seus representantes, e também de discutir temas de interesse público e contribuir para a formação da opinião pública, e (iii) a opinião pública e os anseios da população tenham canais para chegar aos representantes eleitos, influenciando as suas decisões e prevenindo abusos de poder.

---

<sup>164</sup> Os modelos foram descritos acima com a preocupação de extrair de cada um deles as idéias que podem contribuir para o escopo deste trabalho. Não se trata, por isso, de uma abordagem exaustiva, que fugiria a tal escopo.

Se a democracia é governo da maioria, sem excluir a minoria, é absolutamente indispensável viabilizar a inclusão de todos os indivíduos e grupos da sociedade nos fóruns de discussão e decisão política, formais e informais, para que suas necessidades, interesses e opiniões possam se manifestar nas decisões políticas, em igualdade de oportunidades e sem discriminações. Mais do que isso, deve-se garantir às minorias a possibilidade de expressarem suas preferências e desenvolverem a sua personalidade no espaço público, sem serem silenciadas, sufocadas ou oprimidas pelas preferências das majorias, bem como permitir a disseminação de informações e manifestações que facilitem que os indivíduos possam perceber seus próprios interesses e manter a sua individualidade, sem sucumbirem a pressões coletivas. Para tanto, deve haver um espaço legítimo de manifestação do dissenso, na base da tolerância e do respeito mútuo, de modo a criar uma válvula de escape para as minorias e permitir que os conflitos sejam manejados dentro das regras do jogo, sem ameaças à integridade do sistema político.

Se a democracia é disputa eleitoral, além de tudo que já foi dito, deve-se permitir a mais ampla difusão de informações, de modo que o eleitorado seja devidamente informado sobre as questões de interesse público e que possa participar ativamente da vida pública, permitindo o exercício do direito de sufrágio. A sólida garantia da liberdade de expressão, informação e imprensa é também pressuposto para a alternância no poder, permitindo que a oposição ofereça alternativas à cidadania e tenha condições de se tornar situação.

Por fim, se a democracia é deliberação pública a partir de razões e cooperação, mas também a partir de confronto entre grupos e interesses, com paixão e competição, isso significa, de um lado, que devem ser tutelados e estimulados (i) os processos e canais pelos quais pessoas e grupos cooperam e se unem para promover suas posições ou para deliberar a respeito de temas de interesse público, (ii) as regras e desenhos institucionais que favoreçam o oferecimento de justificativas e razões públicas para as decisões, e (iii) as regras que garantam consenso em relação às regras básicas do jogo democrático. De outro lado, também significa que devem ser protegidas (i) a possibilidade de que as pessoas e grupos possam manifestar interesses e ideologias conflitantes e competir duramente com aqueles que têm visões opostas, (ii) a possibilidade de que os indivíduos possam perseguir na arena pública tanto aquilo que consideram que é o “bem comum”, quanto seus interesses privados, desde que por meios lícitos, e (iii) a possibilidade de que a expressão dos pontos de vista e a tentativa de convencimento seja feita, não apenas com razões e “bom comportamento”, mas também de forma emocionada, apaixonada e mesmo fora dos padrões socialmente aceitos de civilidade. Todas essas são exigências da democracia.

## 2.3 A Posição Preferencial da Liberdade de Expressão e suas consequências

A multiplicidade de funções desempenhadas pela liberdade de expressão e as exigências da ordem democrática, desenvolvidas acima, têm sido invocadas no sistema constitucional brasileiro para justificar a atribuição de uma *posição preferencial* à liberdade de expressão, que lhe confere uma proteção reforçada contra restrições. Como se viu no capítulo anterior, a Constituição de 1988 afirmou em inúmeros dispositivos a plena garantia das liberdades de expressão, informação e imprensa, conferindo-lhes nítida prioridade, de modo a romper, de forma definitiva, com o regime censório característico do período ditatorial que lhe antecedeu. Neste item, pretendo explorar os contornos dessa doutrina, a partir da análise de sua origem, de seu desenvolvimento no direito internacional e no Brasil origem da doutrina, e, com especial relevo, das consequências da sua adoção (*i.e.*, dos mecanismos ou instrumentos para a garantia dessa posição preferencial).

### 2.3.1 A origem da doutrina

A doutrina da posição preferencial das liberdades comunicativas foi inicialmente desenvolvida na jurisprudência norte-americana<sup>165</sup>. Nos Estados Unidos, a proteção à liberdade de expressão encontra fundamento na Primeira Emenda à Constituição, que dispõe que “*O Congresso não editará leis (...) cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa*”. Embora redigida em termos peremptórios, a Primeira Emenda jamais foi interpretada de modo absoluto, admitindo restrições, ainda que excepcionalmente. A excepcionalidade das limitações está refletida justamente no conceito de “posição preferencial”. Este termo específico, por sua vez, somente foi cunhado no caso *Jones v. Opelika*, julgado em 1942, quando o Justice Harlan Stone reconheceu o *status* privilegiado das liberdades expressivas<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> No original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

<sup>166</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Jones v. Opelika**, 316 U.S. 584 (1942).

Segundo ele, “a Constituição, por força da Primeira e da Décima Quarta Emendas, colocou essas liberdades em uma posição preferencial”<sup>167</sup>.

Para boa parte dos estudiosos sobre o tema, a origem dessa doutrina foi plantada alguns anos antes na famosa Nota de Rodapé nº 4, inserida no voto proferido pelo Justice Stone, no caso *United States v. Carolene Products Co*, julgado em 1938<sup>168-169</sup>. O caso tratava da regulação econômica pelo Estado e assentava a necessidade de que o Poder Judiciário adotasse uma postura deferente às escolhas feitas pelo Poder Legislativo nos assuntos econômicos. Em nenhum momento, porém, abordava especificamente a liberdade de expressão. A despeito disso, entendeu-se que tal nota de rodapé teria preparado o terreno para o desenvolvimento desse *status* preferencial da liberdade de expressão, ao sugerir, de forma genérica, a aplicação mais restrita da presunção de constitucionalidade de normas que impusessem limitações a alguns direitos fundamentais, permitindo-se, assim, um controle mais rigoroso (o teste do escrutínio estrito – “*strict scrutiny*”) dessas normas<sup>170</sup>.

Há, contudo, uma importante corrente, capitaneada pelo Professor Robert McKay, que entende que a doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão teria sido verdadeiramente originada muito antes desse episódio, nas discussões entre os “*Founding Fathers*” Thomas Jefferson e James Madison que levaram à proposição e à adoção da própria Primeira Emenda, em 1791<sup>171</sup>. De acordo com essa corrente, a atribuição de um grau mais elevado de proteção à liberdade de expressão era defendida, nesse período imediatamente anterior à ratificação da Primeira Emenda, como uma resposta direta à falta de liberdade de expressão na Inglaterra e em suas colônias<sup>172-173</sup>. Por isso, McKay argumenta que o Justice

<sup>167</sup> No original: “The First Amendment is not confined to safeguarding freedom of speech and freedom of religion against discriminatory attempts to wipe them out. On the contrary, the Constitution, by virtue of the First and the Fourteenth Amendments, has put those freedoms in a preferred position”. Caso **Jones v. Opelika**, 316 U.S. 584, 608 (1942) [opinião dissidente, adotada em, 319 U.S. 103 (1943)].

<sup>168</sup> V. MCKAY, Robert B. The Preference for freedom. **New York University Law Review**, v. 34. p. 1182, 1959; PRITCHETT, Herman Preferred Freedoms Doctrine. In: Hall, Kermit L; Ely, James W; Grossman, Joel B (eds.), **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. Oxford: Oxford University Press, 2005; SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: Barroso, Luís Roberto (ed.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007; TAVEIRA, Christiano de Oliveira. **Democracia e Pluralismo na Esfera comunicativa: Uma proposta de reformulação do papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão**. Tese de doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>169</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **United States v. Carolene Products Co.**, 304 U.S. 144 (1938)

<sup>170</sup> No original: “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth”.

<sup>171</sup> CAHN, Edmond. The Firstness of the First Amendment. **Yale Law Journal**, p. 464-481, 1956; MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. **NYU Law Review**, v. 34, n. p. 1182, 1959.

<sup>172</sup> MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. **NYU Law Review**, v. 34, , p. 1.185.

Stone pode merecer o crédito pela formulação da expressão “posição preferencial”, mas não pode reivindicar a autoria da ideia<sup>174</sup>.

Na valiosa leitura feita por McKay, a possibilidade de afastamento da presunção de constitucionalidade de normas restritivas à liberdade de expressão, reconhecida de forma embrionária na Nota de Rodapé nº 4, seria apenas um pequeno fragmento do conceito de “posição preferencial”<sup>175</sup>. Ou melhor, constituiria um dos instrumentos desenvolvidos para afirmar e assegurar esse lugar privilegiado das liberdades comunicativas, mas não o único<sup>176</sup>. A partir desta perspectiva, o Professor defende que, se não se quisesse ir tão longe para reconhecer a origem da posição preferencial, o pontapé inicial para o desenvolvimento dessa doutrina estaria, não naquela nota de rodapé, mas na formulação do teste do “perigo claro e iminente” (“*clear and present danger*”) no caso *Schenck v. United States*, em 1919, um dos primeiros casos julgados pela Suprema Corte dos EUA sobre liberdade de expressão<sup>177-178</sup>. É que, ao formular este teste, a Corte norte-americana passou a conceber que, quando as liberdades comunicativas estivessem em jogo, as restrições governamentais deveriam ser examinadas e mensuradas a partir de um *standard* mais severo<sup>179</sup>. Assim, este teste constituiria, ao lado do estreitamento da presunção de constitucionalidade da legislação e de diversos outros parâmetros e categorias posteriormente elaborados, mais um instrumento a serviço da realização da posição preferencial<sup>180</sup>.

Após a criação da expressão pelo juiz Stone no caso *Jones v. Opelika*, a doutrina da posição preferencial somente foi aceita pela maioria da Suprema Corte dos EUA em *Murdock*

<sup>173</sup>CAHN, Edmond. The Firstness of the First Amendment. **Yale Law Journal**, 1956, p. 473; MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. **Op. cit.**, p. 1185-1186.

<sup>174</sup>MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. **Op. cit.**, p. 1185.

<sup>175</sup>**Id.**, p. 1183.

<sup>176</sup> Como notou McKay, depois da ratificação da Primeira Emenda, a Suprema Corte dos EUA passou mais de 120 anos sem analisar de forma específica casos sobre restrições à liberdade de expressão. Somente após a primeira Guerra Mundial e a decisão no caso *Schenck v. United States*, é que se começou a desenvolver uma jurisprudência sobre a liberdade de expressão. **Id.**, p. 1185-1186.

<sup>177</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Schenck v. United States**, 249 U.S. 47 (1919).

<sup>178</sup> A análise mais aprofundada do teste do *clear and present danger* extrapola o objeto deste trabalho. No direito norte-americano, há uma vasta literatura sobre o tema. Confira-se: ANTIEAU, Chester James. The Rule of Clear and Present Danger: Scope of Its Applicability. **Michigan Law Review**, v. n. p. 811-840, 1950; FARBER, Daniel A. **The First Amendment (Concepts & Insights)**. 2. ed. Berkeley: Foundation Pr, 2002; REDISH, Martin H. Advocacy of Unlawful Conduct and the First Amendment: In Defense of Clear and Present Danger. **California Law Review**, p. 1159-1200, 1982.

<sup>179</sup>MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. **NYU Law Review**, v. 34, n. p. 1182, 1959., p. 1183.

<sup>180</sup>**Id.**, p. 1204.

v. *Commonwealth Of Pennsylvania*<sup>181</sup>, e ganhou corpo e foi articulada efetivamente como um princípio constitucional mais tarde, em *Thomas v. Collins*, de 1945<sup>182</sup>. Neste último julgado, a Corte sustentou, na linha do voto do Justice Rutledge, que “a tarefa de traçar uma linha divisória entre a liberdade do indivíduo e o poder do Estado é mais delicada do que o usual quando a presunção sustentando a legislação é ponderada com a posição preferencial das liberdades asseguradas pela Primeira Emenda”. Por isso, “restrições a essas liberdades garantidas pela Primeira Emenda somente podem ser justificadas por um perigo claro e iminente ao bem-estar público”<sup>183</sup>. Portanto, nos EUA, a doutrina da posição preferencial das liberdades comunicativas se fundamenta na ideia, muito bem traduzida neste mesmo voto, que “essa prioridade confere a tais liberdades uma santidade e uma posição que não admitem intrusões dúbias. (...) Apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis”<sup>184</sup>.

### 2.3.2 Desenvolvimento no direito internacional e no Brasil

Após sua elaboração pelo direito norte-americano, a proteção preferencial das liberdades de expressão, imprensa e informação vem sendo reconhecida por tribunais internacionais e pela jurisprudência constitucional comparada. A título exemplificativo, a doutrina é adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pelas cortes constitucionais da Espanha, da Colômbia, do México e do Brasil, ainda que assumam coloridos distintos em cada um dos diferentes sistemas. Como se verá, formaram-se basicamente duas linhas de reconhecimento da posição preferencial<sup>185</sup>. A

<sup>181</sup> Após a criação da expressão pelo juiz Stone no caso *Jones v. Opelika*, a doutrina da posição preferencial somente foi aceita pela maioria da Suprema Corte dos EUA em *Murdock v. Pennsylvania* (EUA, Suprema Corte, Caso **Murdock v. Pennsylvania**, 319 U.S. 105 (1943).

<sup>182</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Thomas v. Collins**, 323 U.S. 516 (1945).

<sup>183</sup> Livre tradução. No original: “2. The task of drawing the line between the freedom of the individual and the power of the State is more delicate than usual where the presumption supporting legislation is balanced by the preferred position of the freedoms secured by the First Amendment. 3. Restriction of the liberties guaranteed by the First Amendment can be justified only by clear and present danger to the public welfare”.

<sup>184</sup> Livre tradução. No original: “That priority gives these liberties a sanctity and a sanction not permitting dubious intrusions (...) For these reasons any attempt to restrict those liberties must be justified by clear public interest, threatened not doubtfully or remotely, but by clear and present danger. (...). Only the gravest abuses, endangering paramount interests, give occasion for permissible limitation. It is therefore in our tradition to allow the widest room for discussion, the narrowest range for its restriction (...)”.

<sup>185</sup> SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no

primeira e mais ampla é aquela idealizada no sistema norte-americano, que atribui genericamente ao direito à liberdade de expressão uma posição de privilégio que a torna menos suscetível a restrições estatais. Já a segunda concepção, mais restritiva, confere uma proteção preferencial apenas a determinadas categorias de discurso que sejam intimamente relacionadas ao exercício do autogoverno democrático, exigindo que se tratem de temas de interesse público ou temas relacionados à formação da opinião pública.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, adotando a segunda concepção (ainda que de forma um pouco mais alargada), têm afirmado que três categorias de discurso possuem um nível reforçado de proteção, o qual deixaria uma margem muito reduzida para a imposição de restrições<sup>186</sup>. São eles: (i) o discurso político e o debate sobre assuntos de interesse público, (ii) o discurso sobre funcionários públicos no exercício de suas funções ou sobre candidatos a exercer cargos públicos, e (iii) o discurso que expressa um elemento essencial da identidade ou da dignidade pessoais<sup>187</sup>. Também a Corte Europeia de Direitos Humanos tem sustentado, nessa linha, a proteção mais robusta a ser conferida à divulgação de ideias políticas<sup>188</sup>. Segundo sua jurisprudência reiterada, em caso de interferência no exercício dos direitos e liberdades expressivos, “*a supervisão tem que ser estrita, em razão da importância dos direitos em questão*”<sup>189</sup>.

A Corte Constitucional da Espanha também tem assentado que as liberdades de expressão, informação e imprensa assumem uma posição preferencial. No entanto, em uma formulação curiosa, tal preferência se daria apenas frente aos direitos da personalidade. De acordo com a Corte espanhola, a vinculação entre a liberdade de expressão e o pluralismo político confere à liberdade de expressão “*uma valoração que transcende à que é comum e própria de todos os direitos fundamentais*”<sup>190</sup> e “*esta excepcional transcendência outorga às expressadas liberdades um valor de direito prevalente sobre os direitos da personalidade*”<sup>191-</sup>

---

Ordenamento Jurídico. **Op. cit.**, p. 236-237.

<sup>186</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**, 30 de dezembro de 2009.

<sup>187</sup> **Id.**

<sup>188</sup> BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 159; Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso **Handyside v. United Kingdom**, j. 07.12.1976.

<sup>189</sup> Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso **Autronic AG v Switzerland**, 1990, Series A, No. 178.

<sup>190</sup> Espanha, Tribunal Constitucional, **Sentença 104/1986**, Rel. Juiz Francisco Tomás Y Valiente, j. 12.11.1986.

<sup>191</sup> Livre tradução. Espanha, Tribunal Constitucional de España, **Sentença 172/1990**, j. 12.11.1990. No original: “Según reiterada doctrina constitucional, las libertades del art. 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático. Esta excepcional transcendencia otorga a las expresadas libertades un valor de derecho

<sup>192</sup>. Em entendimento análogo, o Tribunal Constitucional do México já destacou, em múltiplos julgados, que a liberdade de expressão “goza de uma posição preferencial frente aos interesses que pretendam limitá-la”<sup>193</sup>. No entanto, o Tribunal mexicano tem entendido que essa proteção à liberdade de expressão e informação somente “alcança um nível máximo de proteção constitucional quando: a) são difundidas publicamente e b) com elas se busca formentar um debate público”, de modo que a proteção preferencial é atribuída especialmente ao discurso exercido pelos jornalistas e em casos de conflito com direitos da personalidade<sup>194</sup>.

Já a Corte Constitucional da Colômbia, seguindo a linha norte-americana, mais ampliativa, estabeleceu em vários precedentes o caráter preferencial do direito à liberdade de expressão<sup>195</sup>. Na sentença C-010, de 2000, a Corte reconheceu que “a liberdade de expressão ocupa um lugar preferente no ordenamento constitucional colombiano, não apenas porque assume um papel essencial ao desenvolvimento da autonomia e liberdade das pessoas e ao progresso do conhecimento e da cultura, mas também porque constitui um elemento estrutural básico para a existência de uma verdadeira democracia participativa”<sup>196</sup>. E, por isso, as restrições às liberdades comunicativas “se encontram, em geral, submetidas a uma exame constitucional muito estrito”.

No Brasil, o entendimento também foi acolhido na doutrina<sup>197</sup> e na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal já destacou, em diversas ocasiões, a posição preferencial da

---

prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática”.

<sup>192</sup> V., ainda, Espanha, Tribunal Constitucional de España, **Sentenças nº 6/1981**, Rel. Juiz Francisco Rubio Llorente, **nº 12/1982**, Rel. Juiz Luis Díez-Picazo, **nº 104/1986**, e **nº 171/1990**, Rel. Juiz Bravo-Ferrer.

<sup>193</sup> Livre tradução, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala, **Amparo en Revisión 168/2011**, j. 30.11.2011; Amparo directo 28/2010, j. 23.11.2011.

<sup>194</sup> México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Amparo Directo en Revisión 2806/2012**, j. 06.03.2013.

<sup>195</sup> Colômbia, Corte Constitucional, Sentenças nº **C-010/00**, j. 19.01.2000, **T-391/07**, j. 22.05.2007 e **C-442-11**, j. 25.05.2011.

<sup>196</sup> Colômbia, Corte Constitucional, **Sentença C-010/00**, j. 19.01.2000. No original: La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas y en el desarrollo del conocimiento y la cultura sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa. Por ello, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad,

<sup>197</sup> Por todos, veja-se: BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: **Temas de Direito Constitucional**, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008; SCHREIBER, Simone Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: Barroso, Luís Roberto (ed.), **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007; e CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie** (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.



liberdade de expressão<sup>198</sup>. O voto proferido pelo Ministro Ayres Britto na ADPF 130 é um dos mais ilustrativos dessa posição. Nas suas palavras, “*a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu*”<sup>199</sup>. No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux defendeu, em seu voto na ADPF 187, em que se permitiu a realização da “marcha da maconha”, que “*a liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso prima facie maior*”<sup>200</sup>. Idêntica posição foi adotada pelo STF, no emblemático julgamento da ADI 4.815, que declarou inconstitucionais os dispositivos do Código Civil que previam a necessidade de autorização para a publicação de biografias. No caso, o Ministro Luís Roberto Barroso observou que a Constituição de 1988 reconheceu uma prioridade *prima facie* da liberdade de expressão, na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade<sup>201</sup>.

No Brasil e em diversas partes do mundo, as liberdades de expressão, informação e imprensa assumem, assim, o *status* de liberdades preferenciais. É claro que essa não é uma realidade universal, que decorra lógica e necessariamente da multifuncionalidade da liberdade de expressão. Há países que reconhecem os múltiplos fundamentos da liberdade de expressão, mas não conferem a este direito uma posição preferencial. É o caso, por exemplo, da Alemanha. Como Dieter Grimm afirmou textualmente, “*a liberdade de expressão não é uma liberdade preferencial*” naquele país<sup>202-203</sup>. No entanto, os sistemas constitucionais que adotam essa doutrina precisam desenvolver instrumentos para afirmar e assegurar a posição privilegiada das liberdades comunicativas. É o que se abordará a seguir.

### 2.3.3 Consequências da posição preferencial da liberdade de expressão

<sup>198</sup> V. **ARE 719618**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 07.11.2012; **Rcl 18687 MC**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 27.09.2014; **RE 685.493**, Rel. Min. Marco Aurélio; j. 20.11.2014; **Pet. 3486** Min. Rel. Celso de Mello, j. 22.08.2005.

<sup>199</sup> STF, **ADPF 130**, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30.04.2009.

<sup>200</sup> STF, **ADPF 187**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.06.2011.

<sup>201</sup> STF, ADI 4.815, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.2015.

<sup>202</sup> GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**, v. 13, n. 1, 2015, p. 23.

<sup>203</sup> Apesar disso, como se verá no próximo capítulo, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu, no famoso caso Lüth, que discursos voltados a contribuir para o debate público em matérias de interesse geral recebem um maior grau de proteção em relação aos discursos relacionados a disputas privadas ou visando interesses econômicos (BARENDR, Eric. **Freedom of Speech**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 159; Tribunal Constitucional Federal Alemão, Caso Lüth, BVerfGE 7, 198, j. 15.01.1958).

A proteção das liberdades expressivas como direitos preferenciais pressupõe, como dito, a existência de mecanismos que garantam tal lugar especial. No Brasil, porém, ainda há pouco desenvolvimento teórico e jurisprudencial sobre o que tal “posição preferencial” efetivamente significa e quais as suas consequências práticas<sup>204</sup>. Quando muito, tem-se afirmado que esta posição confere à liberdade de expressão uma vantagem no processo de ponderação. Ocorre que a mera proclamação retórica do lugar privilegiado que a liberdade de expressão ocupa no ordenamento jurídico interno e de sua maior dimensão de peso no processo ponderativo não têm sido capazes de assegurar o respeito às liberdades comunicativas em decisões de juízes e tribunais, na legislação e nos atos do Poder Público. É sintomático dessa falta de eficácia o fato de que os direitos à honra e à boa reputação dos políticos e autoridades públicas têm quase sempre triunfado em casos de colisão com a liberdade de crítica e de debate político, justificando a censura de informações, elevadas indenizações por danos morais e até condenações criminais.

É preciso, então, desenvolver, de forma mais aprofundada, o significado e as consequências da adoção da doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão. Em primeiro lugar, deve-se assentar que o reconhecimento de posições de preferência *prima facie*<sup>205</sup> não representa a hierarquização dos direitos fundamentais. Por força do princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia *jurídica* ou *formal* entre normas constitucionais, impedindo-se a fixação de uma regra abstrata e rígida de prevalência de um direito fundamental sobre outro. O resultado das colisões entre tais direitos deverá ser aferido sempre à luz do caso concreto. Contudo, a inviabilidade da hierarquização não impede que se extraia do sistema constitucional uma hierarquia axiológica entre direitos fundamentais, por meio da qual determinadas normas possuam um maior peso e uma proteção reforçada. Está é justamente a ideia da posição preferencial da liberdade de expressão.

Tal posição, por óbvio, não lhe confere um caráter absoluto. A liberdade de expressão, como qualquer outro direito fundamental, submete-se a restrições que decorrem da necessidade de harmonizá-la com outros valores e direitos constitucionalmente tutelados.

---

<sup>204</sup> Veja-se, a propósito, SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215589,71043-Professor+analisa+constitucionalidade+da+invocacao+do+direito+ao>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>205</sup> CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie** (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

Nesse sentido, ainda que a liberdade de expressão adquira uma “dimensão de peso” maior, as colisões permanecem sendo arbitradas segundo a técnica da ponderação de interesses e as regras da proporcionalidade<sup>206</sup>. Sua posição preferencial deverá, porém, servir de guia para o intérprete, exigindo, em todo caso, a preservação, na maior medida possível, da garantia do livre fluxo de informações exigido pela democracia.

Assentadas estas premissas, a grande questão passa a ser como garantir que a liberdade de expressão seja efetivamente protegida de forma preferencial e mais rigorosa. No Direito Constitucional Comparado e no Direito Internacional dos Direitos Humanos, desenvolveram-se alguns mecanismos e parâmetros aptos a conferir uma maior racionalidade ao sopesamento da liberdade de expressão com outros direitos conflitantes. Como já se viu, nos Estados Unidos, a doutrina do perigo real e iminente (*clear and present danger*) e o *standard* de escrutínio jurisdicional mais rigoroso sobre normas restritivas (*strict scrutiny*) são algumas das ferramentas que colocam as liberdades expressivas em um patamar mais elevado de proteção. Além das categorias desenvolvidas pela Suprema Corte dos EUA, a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia também conseguiu avançar na sistematização de um valioso conjunto de consequências derivadas da posição preferencial da liberdade de expressão, com vistas a balizar a atuação dos diversos Poderes na tutela da liberdade de expressão<sup>207-208</sup>.

---

<sup>206</sup> Isto é, os valores ou interesses em choque devem ser sopesados, a fim de que se determine, à luz das circunstâncias específicas do caso, a justa medida em que cada um deve ceder ou, na impossibilidade desse ajuste fino, qual deles deve prevalecer (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Op. cit, p. 261). Por sua vez, o processo de contrabalanceamento deve ser conduzido a partir dos parâmetros impostos pelo princípio da proporcionalidade, o que significa que a restrição à liberdade de expressão ou a outro valor em conflito deverá ser adequada (apropriada à realização dos fins pretendidos), necessária (deve-se optar pela medida menos restritiva que estiver disponível), e proporcional em sentido estrito (deve haver um equilíbrio entre a intensidade do direito restringido e a relevância dos fins que se deseja alcançar) à proteção ou promoção dos demais interesses em jogo (**Id.**).

<sup>207</sup> A respeito, cf. Sentença T-391/07, de 22 de maio de 2007 (M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa) e outras que serviram de fundamento para a sistematização dos parâmetros: C-010 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-650 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), SU-1721 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-1723 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-056 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-104 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-505 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-637 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-235A de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-1319 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

<sup>208</sup> O Tribunal Constitucional colombiano, na Sentença T-391/07, extraiu da posição preferencial da liberdade de expressão quatropresunções, três ônus e uma exigência de margem de tolerância dos Poderes Públicos, na avaliação dos riscos sociais decorrentes do exercício desta liberdade. Em síntese, ela estabelece as presunções de (i) inclusão *prima facie* de todas as manifestações no âmbito deste direito; (ii) primazia da liberdade de expressão, em casos de colisão com outros princípios; (iii) inconstitucionalidade das medidas restritivas desta liberdade; (iv) vedação à censura. Fixa, ainda, os ônus de fundamentação, de que devem se desincumbir as autoridades públicas – administrativas, legislativas ou judiciárias – que pretendam impor restrições à liberdade de expressão: (i) o ônus definitivo, referente à obrigação de explicitar no ato que adota a restrição as finalidades e fundamentos da limitação, (ii) o ônus argumentativo, de evidenciar os fundamentos que permitiram ultrapassar

Com base nesses parâmetros, em especial naqueles desenvolvidos na Colômbia, entendo que a posição preferencial envolve o estabelecimento de três consequências ou ferramentas de garantia da liberdade de expressão: (i) a presunção de primazia da liberdade de expressão no caso de colisões; (ii) o abrandamento da presunção de constitucionalidade das medidas restritivas, e, por fim, (iii) a presunção de vedação à censura. A seguir, explorarei, em linhas gerais, o conteúdo de cada uma dessas consequências. Os demais parâmetros a serem utilizados para aferir a validade constitucional das restrições à liberdade de expressão serão, porém, analisados no próximo capítulo, que trata especificamente do conteúdo da liberdade de expressão e das condições gerais para a sua limitação por outros direitos e valores colidentes.

A *primeira* presunção envolve o reconhecimento de uma presunção de primazia da liberdade de expressão nas hipóteses de colisão com outros bens, direitos e valores constitucionais. Como já se adiantou, isso significa que, no processo de balanceamento dos direitos em jogo, o conflito deve se resolver, em princípio, em favor da liberdade de expressão. Em outras palavras, ao empregar a técnica da ponderação, já se deve colocar, de início, um peso maior no prato da balança em que se encontra este direito<sup>209</sup>. A posição preferencial deverá, assim, servir de guia para o intérprete, exigindo a preservação das liberdades expressivas na maior medida possível.

A *segunda* consequência é a presunção de proibição da censura. A proibição prévia de divulgação de uma ideia, informação ou manifestação expressiva – seja por meio de uma decisão administrativa, legislativa, judicial ou mesmo privada; seja de forma direta ou indireta<sup>210</sup> – representa a intervenção mais extrema na esfera de proteção deste direito, uma vez que implica a sua total supressão. Por isso, qualquer ato, regulação ou decisão estatal que

---

as presunções constitucionais referidas acima e o cumprimento dos demais requisitos exigidos para a restrição a esse direito, e (iii) o ônus probatório, que exige que sejam angariados elementos fáticos, técnicos ou científicos, que embasem de forma robusta a restrição pretendida.

<sup>209</sup> MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. In: **Revista Seqüência**, nº 48, jul. de 2004, p. 100.

<sup>210</sup> De acordo com os padrões internacionais sobre liberdade de expressão, constituem exemplos de censura indireta (i) pressões diretas ou indiretas direcionadas a silenciar o trabalho informativo dos comunicadores sociais (como a exigência da diplomação obrigatória de jornalistas), (ii) o uso arbitrário das faculdades estatais para iniciar ações intimidantes contra um meio de comunicação ou um jornalista como consequência de sua linha editorial; (iii) as declarações de funcionários públicos, quando, em um dado contexto, possam constituir formas de ingerência direta ou indireta, ou pressão, lesiva aos direitos daqueles que pretendem contribuir à deliberação pública por meio da expressão e da difusão de seu pensamento; (iv) o uso de recursos públicos pelo Estado para punir ou premiar e privilegiar meios de comunicação; e (v) a exigência desproporcional ou discriminatória de credenciamento ou autorização para meios de imprensa participarem em eventos oficiais. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**, 30 de dezembro de 2009.

constitua censura prévia representará, em regra absolutamente geral, violação à liberdade de expressão. Esta presunção não ignora o risco de que o exercício da liberdade de expressão configure um abuso e produza danos injustos. No entanto, ela estabelece a primazia quase absoluta à imputação de responsabilidades ulteriores pelo exercício eventualmente abusivo da liberdade de expressão. Isso inclui diversos mecanismos de sanção e reparação *a posteriori*, como o direito de resposta, a retratação e a retificação, a responsabilização civil e (com ressalvas) até a responsabilização penal. Apenas em casos excepcionalíssimos, extremos e quase teóricos é que se poderia cogitar de restrições prévias.

Como já se viu, essa abordagem é plenamente consentânea tanto com a os dispositivos constitucionais sobre a liberdade de expressão, quanto com o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário, que vedam peremptoriamente a censura. Mais do que isso, ela decorre do reconhecimento, historicamente comprovado, da impossibilidade de eliminar *a priori* os riscos de abusos sem comprometer a própria democracia e os demais valores essenciais tutelados. Em uma sociedade democrática, é preferível arcar com os custos sociais que decorrem de eventuais danos causados pela expressão do que o risco da sua supressão. Disso resulta a necessidade de conferir à liberdade expressão uma maior margem de tolerância e imunidade e de estabelecer a vedação à censura.

Esta presunção de proibição de censura também fundamenta a distinção entre restrições à liberdade de expressão fundadas no conteúdo da mensagem (*content-based*) e restrições neutras em relação ao conteúdo (*content-neutral*), frequentemente empregada na doutrina e na jurisprudência norte-americanas<sup>211</sup>. De acordo com essa distinção, as restrições de conteúdo devem se sujeitar a um controle mais rigoroso, já que têm o potencial de servir à censura e à exclusão de algumas ideias, mensagens e visões (sobretudo aquelas que incomodam) da esfera pública. É o caso, por exemplo, de leis que limitam ataques pessoais ou propaganda negativa no âmbito de campanhas eleitorais. Já no que se refere às restrições neutras quanto ao conteúdo, como as restrições de tempo, lugar ou modo (*time, place or manner*), defende-se que elas podem ser analisadas por um escrutínio menos rigoroso, já que não teriam o mesmo efeito de distorção do debate público<sup>212</sup>. É o caso, por exemplo, de leis que impedem a circulação de carros de som com propaganda eleitoral após as dez horas da

---

<sup>211</sup> Na Jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, v., por todos, **Police Dep't of City of Chicago v. Mosley**, 408 U.S. 92, 96 (1972). Na doutrina, cfr. STONE, Geoffrey R. Content regulation and the first amendment. **William and Mary Law Review**, v. 25, n. 2, 1983, p. 189-252; Kreimer, Seth F., "Good Enough for Government Work: Two Cheers for Content Neutrality" (2014). University of Pennsylvania Law School, **Faculty Scholarship**. Paper 492.

<sup>212</sup> STONE, Geoffrey R. Content regulation and the first amendment. **William and Mary Law Review**, v. 25, n. 2, 1983, p. 189-252

noite (tempo), perto de hospitais (lugar) ou acima de um determinado volume (modo). Muito embora as restrições de conteúdo sejam, em tese, mais graves em relação às restrições neutras quanto ao conteúdo, isso nem sempre será verdade. Como se verá na Parte II, no direito eleitoral, diversas restrições de tempo, lugar ou modo aplicáveis aos pleitos assumem máxima gravidade, pois tem o condão de suprimir informações relevantes para a tomada de decisão de voto justamente em momentos essenciais da disputa. É o caso, por exemplo, da proibição de divulgação de resultados de pesquisas eleitorais nos dias anteriores aos pleitos.

A *terceira* e última consequência se refere à suspeição de todas as medidas legislativas, administrativas, judiciais e privadas que limitem a liberdade de expressão. Tal presunção submete as restrições à liberdade de expressão a um controle mais rigoroso, no qual se proceda a uma espécie de inversão – ou, no mínimo, da mitigação – da presunção de constitucionalidade das normas restritivas e se atribua um ônus argumentativo especialmente elevado para que se possa justificá-las. Nesse particular, a posição preferencial permite que o Poder Judiciário adote uma postura mais ativa e menos deferente às decisões tomadas pelos demais poderes do Estado, justificando-se eventual atuação contramajoritária para a proteção do livre fluxo de ideias e informações, sobretudo quando expressarem pontos de vista minoritários e críticas ao governo, aos ocupantes de cargos públicos e aos candidatos a esses cargos. Como se verá no próximo capítulo, a graduação dessa presunção pode variar de acordo com o tipo de expressão em questão (*e.g.*, a restrição aos discursos políticos tem uma suspeita de inconstitucionalidade mais reforçada em relação a expressões comerciais) e com outros fatores.

### 3 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CONTEÚDO E RESTRIÇÕES

Analisados os fundamentos e a posição preferencial da liberdade de expressão, cabe agora examinar (i) a titularidade deste direito, bem como (ii) o seu conteúdo, que se refere ao seu âmbito de incidência *prima facie*, e (iii) as hipóteses e condições de restrição, nos casos em que seja necessário conciliar a proteção das liberdades comunicativas com outros interesses e direitos constitucionalmente tutelados que venham a entrar em rota de colisão. Essa organização reflete a adoção da teoria externa sobre os limites dos direitos fundamentais, que prevê um teste bifásico para que se possa determinar se uma situação está protegida pelo direito fundamental em jogo<sup>213</sup>. Na primeira fase, identifica-se, da forma mais abrangente possível, o conceito e a substância do direito, incluindo todas as posições jurídicas dele decorrentes: este é o conteúdo protegido *prima facie*<sup>214</sup>. Já na segunda fase, realiza-se a harmonização do conteúdo inicialmente protegido com os outros direitos e interesses afetados, para extrair então o conteúdo que será definitivamente protegido<sup>215</sup>.

Antes de prosseguir, mais uma vez, vale a ressalva de que o objetivo não é esgotar o tema da proteção das liberdades comunicativas, mas apenas expor os seus principais contornos que sejam relevantes e instrumentais para a proposta de releitura do direito eleitoral à luz da liberdade de expressão, que será realizada na Parte II do trabalho.

#### 3.1 A titularidade do direito à liberdade de expressão

A liberdade de expressão, como não poderia deixar de ser, é de *titularidade universal*. Ela é detida por toda e qualquer pessoa, em condições de igualdade e sem qualquer discriminação<sup>216</sup>. Nesse sentido, por exemplo, não se pode pretender restringir as liberdades comunicativas a uma determinada profissão ou coletividade, nem reduzi-las ao âmbito da

---

<sup>213</sup> A respeito do tema, cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>214</sup> **Ibid.** p. 146-147.

<sup>215</sup> **Ibid.** p. 147.

<sup>216</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**, de 30 de dezembro de 2009

imprensa ou dos demais meios de comunicação social. Sua titularidade estende-se ainda a pessoas jurídicas e coletividades, que desempenham o papel de atores sociais distintos dos seus membros, podendo assumir visões e opiniões resultantes da interação entre eles ou da estrutura institucional, que não se resumem à mera agregação das visões e opiniões de seus membros<sup>217</sup>.

Ainda com maior relevo, observe-se que a liberdade de expressão possui uma *titularidade complexa ou bidirecional*, eis que envolve tanto os interesses privados do emissor, quanto os interesses dos receptores da comunicação. Quando alguém se expressa, não são apenas os seus direitos individuais que estão em jogo, mas também interesses individuais, públicos e coletivos dos receptores do discurso. De acordo com a jurisprudência interamericana, a titularidade complexa refere-se à chamada *dupla dimensão individual e coletiva* da liberdade de expressão<sup>218</sup>. A dimensão individual consiste no direito de cada pessoa de expressar seus pensamentos, ideias e vontades e de disseminar informações. Já a dimensão coletiva ou social refere-se ao direito da sociedade de ter acesso aos pensamentos, ideias e vontades alheios e de buscar e receber qualquer informação.

Em razão desta dupla dimensão, a Corte Interamericana tem afirmado a importância de se garantir ao cidadão comum tanto a possibilidade de ter acesso à informação e à opinião alheia, quanto a possibilidade de emitir as próprias opiniões e disseminar informações<sup>219</sup>. Ademais, tem reconhecido que ambas as dimensões estão presentes de forma simultânea nos atos expressivos. A título exemplificativo, a proibição de publicação de um livro não envolve apenas a liberdade de expressão de seu autor, mas o direito de toda a coletividade a ter acesso ao conteúdo da obra<sup>220</sup>. Essa constatação é importante, pois permite visualizar que a censura e as restrições indevidas à liberdade de expressão não são algo que afeta exclusivamente o censurado, assumindo uma dimensão social inequívoca.

A efetividade do direito à liberdade de expressão depende, portanto, de que se confira uma proteção plena e simultânea a ambas as dimensões. Disso decorre, em primeiro lugar, a necessidade de que, na análise da legitimidade de eventual limitação a um discurso, se

---

<sup>217</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**. Op. cit., p. 392-404.

<sup>218</sup> Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. **Opinión Consultiva OC-5/85**, j. 13.11.1985.

<sup>219</sup> Cfr. Corte IDH, Caso **La Última Tentación de Cristo** (Olmedo Bustos), j. 05.02.2001.

<sup>220</sup> Essa foi a conclusão a que a Corte IDH chegou no Caso **Palamara Iribarne v. Chile**, entendendo que “quando as autoridades da justiça penal militar chilena impediram – mediante proibições e apreensões materiais – que o peticionário publicasse um livro já escrito, que se encontrava em processo de edição e distribuição, foi gerada uma violação da liberdade de expressão em suas duas dimensões, porquanto simultaneamente foi prejudicado o exercício dessa liberdade por parte de Palamara, na redação e publicação do livro, e também o direito do público chileno a receber as informações, ideias e opiniões plasmadas em seu texto”.



coloque no prato da balança em que está a liberdade de expressão as violações às liberdades de expressão tanto dos emissores, quanto de seus receptores.

### 3.2 O conteúdo do direito à liberdade de expressão

Ultrapassada a questão da titularidade, deve-se delimitar o conteúdo do direito à liberdade de expressão *lato sensu*, que abarca a liberdade de expressão *stricto sensu*, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa. Há, em verdade, uma presunção de que todas as formas de expressão estariam incluídas no âmbito de proteção do direito constitucional, independentemente de seu conteúdo. Conferem-se, assim, os contornos mais amplos possíveis à sua esfera de proteção, de modo a garantir que o Estado seja efetivamente neutro em relação ao debate público, não excluindo, em princípio, pessoas, grupos ou ideias da esfera pública<sup>221</sup>. Tal presunção poderá ser afastada no caso concreto, mas somente quando for possível demonstrar, de forma convincente, o cumprimento de determinadas condições que justifiquem a restrição à liberdade de expressão, as quais serão explicitadas ao final deste capítulo. Porém, ainda que haja uma presunção de inclusão *prima facie* de todas as manifestações no conteúdo deste direito, é preciso ir um pouco além nessa afirmação.

Em relação à *forma*, parece óbvio que a liberdade de expressão deve incluir a linguagem convencional, oral e escrita, compreendendo, assim, o que é falado e escrito, inclusive por códigos, braile ou linguagem de sinais<sup>222</sup>. Igualmente, tanto imagens, quanto a faculdade de não falar estão contidos neste direito: o silêncio pode ser eloquente e, como diz o ditado, uma imagem vale mais que mil palavras<sup>223</sup>. A arte também é amplamente aceita como forma de expressão, incluindo, por exemplo, pinturas, fotos e esculturas<sup>224-225</sup>. De forma

<sup>221</sup> CIDH, Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión**, 2010. Disponível em: < [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema\\_interamericano\\_de\\_derechos\\_humanos/index\\_AHDLE.html](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDLE.html)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>222</sup> Cf. STONE, Adrienne. The Comparative Constitutional Law of Freedom of Expression. In: **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford University Press, 2012.

<sup>223</sup> V. BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 93; EUA, Suprema Corte, Caso **West Virginia State Board of Education v. Barnett**, 319 US 624.642 (1943).

<sup>224</sup> **Ibid.** p. 3.

<sup>225</sup> V. Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria**, j. 25.01.2007; EUA, Suprema Corte, Caso **National Endowment for the Arts v. Finley**, 524 U.S. 569 (1998); Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros vs. Chile), j. 05.02.2001.

talvez menos intuitiva, reconhece-se, ainda, que condutas podem ser expressivas ou simbólicas, quando praticadas com a *intenção* de transmitir uma mensagem, crítica ou opinião<sup>226</sup>.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte reconheceu que a queima dos cartões de convocação à guerra do Vietnã<sup>227</sup> e da bandeira nacional<sup>228</sup>, o uso de braceletes pretos em protesto à guerra do Vietnã<sup>229</sup> e a exibição de uma suástica<sup>230</sup> se inserem no conteúdo do direito à liberdade de expressão, ainda que tenha decidido, em alguns desses casos, pela restrição dessas condutas em razão da presença de um interesse estatal relevante<sup>231</sup>. Na Alemanha, as Cortes também entenderam que a profanação da bandeira<sup>232</sup> e a exibição da suástica manifestavam condutas simbólicas<sup>233</sup>, mas neste último caso mantiveram as leis que proibiam a exibição da suástica como uma medida de ordem pública. No Brasil, a questão chegou ao STF em *habeas corpus* que discutia a ação penal proposta contra o diretor de teatro Gerald Thomas pela suposta prática de ato obsceno, em razão de este ter abaixado as calças e exibido as nádegas para a plateia, em reação a vaias a espetáculo por ele dirigido<sup>234</sup>. Em julgamento apertado, que terminou com o trancamento da ação penal, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o ato constituía um protesto contra o público, que, apesar de inadequado e deseducado, estava inserido no contexto da liberdade de expressão. Além deste, há inúmeros casos de condutas nitidamente simbólicas que geraram grande controvérsia na mídia e na sociedade brasileira, a exemplo da crucificação de uma transexual em protesto pela exclusão e preconceito sofridos, mas que ainda não chegaram aos tribunais<sup>235</sup>.

Outra discussão relevante é saber se o dinheiro pode ser considerado “discurso”. Trata-se de indagação com repercussões diretas sobre as leis eleitorais que limitam os montantes que podem ser doados por pessoas físicas e jurídicas às campanhas políticas ou que estabelecem um teto de gastos para candidatos e partidos, com o objetivo de promover a

<sup>226</sup> V. BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. Op. cit., p. 79.

<sup>227</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **United States v. O'Brien**, 391 U.S. 367 (1968).

<sup>228</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Texas v. Johnson**, 491 U.S. 397 (1989).

<sup>229</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Tinker v. Des Moines School District**, 393 U.S. 503 (1969).

<sup>230</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Skokie v. National Socialist Party of America**, 373 N.E. 2d 21 (1978).

<sup>231</sup> Cf. STONE, Adrienne. *The Comparative Constitutional Law of Freedom of Expression*. **Op. cit.**

<sup>232</sup> Alemanha. Tribunal Constitucional Federal. Caso da profanação da bandeira, 81, BVerfGE 278 (1990).

<sup>233</sup> BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. Op. cit., p. 79.

<sup>234</sup> STF, **HC 83996**, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 17.08.2004. Em verdade, houve empate na decisão, com os votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do *habeas corpus*.

<sup>235</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/06/veja-transexual-crucificada-e-outras-polemicas-com-simbolos-cristaos.html>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

igualdade de chances entre os concorrentes. Por isso, ela será tratada em capítulo específico (Capítulo 9) da Parte II deste trabalho.

No limite, porém, toda ação ou conduta poderia ser considerada expressão, o que representaria sério risco. Não se pode perder de vista que atividades podem ser simbólicas (manifestarem opiniões, ideias e críticas) e ainda assim não serem protegidas pela liberdade de expressão, tal qual ocorre no caso de atos de terrorismo ou assassinatos políticos<sup>236</sup>. Parece evidente que condutas violentas estão claramente excluídas do âmbito de incidência da liberdade de expressão. Além do uso da violência, tratados internacionais de que o Brasil é signatário<sup>237</sup> excluem determinados discursos da cobertura desse direito. É o caso da incitação pública e direta ao genocídio, da propaganda de guerra e da apologia ao ódio que constitua incitação à violência<sup>238</sup>, e também da pornografia infantil<sup>239</sup>. Como destacou Oliver Wendell Holmes, em decisão paradigmática da Suprema Corte dos EUA, “*a liberdade de expressão não vai ao extremo de proteger quem dá alarme falso de fogo em um teatro lotado*”<sup>240</sup>.

Em relação aos *tipos* de expressão protegidos, as liberdades comunicativas incluem a expressão de ideias, pensamentos, opiniões, juízos de valor, informações, e quaisquer outros, veiculados por todos os meios de comunicação possíveis. Tal direito deve proteger não só manifestações majoritárias, socialmente aceitas, elegantes, inofensivas ou neutras, mas também aquelas minoritárias, contrárias às crenças estabelecidas, deselegantes, ofensivas e negativas. E, ainda, as excêntricas, incômodas, chocantes, ultrajantes e indecentes<sup>241</sup>. É precisamente nestes casos que a garantia da liberdade de expressão será mais importante. Afinal, ninguém nunca precisou de liberdade para concordar ou elogiar. “*Se*

<sup>236</sup> V. BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. Op. cit., p. 80.

<sup>237</sup> V. Convenção Americana de Direitos Humanos: “Artigo 13.5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Artigo 20. 1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra. 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência”.

<sup>238</sup> Nesse caso, a jurisprudência tem exigido que haja prova objetiva e contundente de que o emissor não estava simplesmente manifestando uma opinião, mas tinha a clara intenção de cometer um crime e a possibilidade atual, real e efetiva de alcançar seus objetivos. V. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. Op. cit.

<sup>239</sup> Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 34-c; Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantis; Convenção n. 182 da OIT sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, art. 3-b; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 19.

<sup>240</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Schenck v. United States**, 249 U.S. 47 (1919).

<sup>241</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Padrões Internacionais sobre Liberdade de Expressão**. Item 24.

*a liberdade significa alguma coisa, será sobretudo o direito de dizer às outras pessoas o que elas não querem ouvir*”, disse George Orwell<sup>242</sup>. Ou, na famosa passagem do voto dissidente de Oliver Wendell Holmes, “*se há um princípio da Constituição que exige fidelidade de forma mais imperativa do que qualquer outro é o princípio do livre pensamento – não o livre pensamento para aqueles que concordam conosco, mas a liberdade para o pensamento que odiamos*”<sup>243</sup>. Ainda, a liberdade de expressão protege não apenas o conteúdo da mensagem, como também o tom em que ela é veiculada, se brando ou feroz, se sereno ou exaltado, se frio ou emocionado. Todas essas são exigências do pluralismo e da tolerância, essenciais a uma sociedade democrática<sup>244</sup>.

Um caso emblemático de proteção de expressões não socialmente aceitas é o *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*<sup>245</sup>, julgado pela Corte Europeia de Direito Humanos. Nele, discutia-se a exibição da obra “Apocalypse”, do artista Otto Mühl, que retratava diversas pessoas públicas, incluindo a Madre Teresa de Calcutá, em uma espécie de orgia. Um dos políticos que aparecia no quadro processou o artista perante o Poder Judiciário da Áustria, que então decidiu que a obra era indecente e não poderia ser exibida nunca mais. No entanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos reverteu a decisão, entendendo que tal manifestação artística, por mais ultrajante que fosse, encontrava-se no âmbito de proteção da liberdade de expressão e não poderia ser restringida.

Nos Estados Unidos, a decisão que ganhou maior repercussão sobre o tema foi a *Hustler Magazine v. Falwell*<sup>246</sup>. Larry Flint, editor da revista pornográfica Hustler, publicou uma paródia do líder religioso fundamentalista Jerry Falwell, em que ele afirmava ter tido relações incestuosas com a sua mãe. Jerry Falwell então processou a revista, alegando invasão de privacidade e difamação, e cobrou indenização pelos danos morais sofridos. Por unanimidade, porém, a Suprema Corte norte-americana decidiu que, por mais repugnante que fosse a sátira, ela estava coberta pela liberdade de expressão, não cabendo indenizar figuras públicas por danos morais, salvo quando comprovarem que as declarações de fatos eram

<sup>242</sup> ORWELL, George. The Freedom of the Press. In **Times Literary Supplement**, 15 set. 1972. No original: “If liberty means anything at all it means the right to tell people what they do not want to hear”.

<sup>243</sup> Livre tradução. EUA, Suprema Corte, Caso **United States vs. Schwimmer**, 279 U.S. 644 (1929). No original: “if there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought—not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate”.

<sup>244</sup> Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. Op. cit. p. 10.

<sup>245</sup> Corte Europeia de Direito Humanos, Caso **Vereinigung Bildender Künstler v. Austria**, Decisão n.º. 68354/01, j. 25.01.2007

<sup>246</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Hustler Magazine, Inc. v. Falwell**, 485 U.S. 46 (1988).

falsas e divulgadas dolosamente (*actual malice*). Como lembra o Ministro Luís Roberto Barroso, “*liberdade de expressão não exige bom gosto*”<sup>247</sup>. Essa é uma lição especialmente importante em um mundo ainda espantado com o trágico atentado terrorista ao jornal satírico Charlie Hebdo, em Paris.

Em relação às *espécies de conteúdo*, a liberdade de expressão abrange todos os diferentes discursos humanos, os políticos, culturais, artísticos, religiosos, acadêmicos, científicos, comerciais, entre muitos outros. Muito embora todos sejam objeto de proteção, no direito internacional dos direitos humanos e no direito comparado, tem se reconhecido que há algumas categorias de discurso especialmente protegidas, em função da sua relação direta com fundamentos filosóficos da liberdade de expressão. Como já se viu, este é o caso da jurisprudência interamericana, que reconhece como discursos especialmente protegidos, (i) discursos políticos e sobre temas de interesse público, (ii) o discurso sobre funcionários públicos no exercício de suas funções, e sobre candidatos a cargos públicos; e (iii) discursos que expressem um elemento da identidade da dignidade de seu emissor<sup>248</sup>. O mesmo se verifica na jurisprudência europeia, que admite tal hierarquização, conferindo proteção mais robusta à expressão de caráter político e proteção menos robusta à expressão de caráter comercial<sup>249-250</sup>.

Apesar de haver alguma divergência no Direito Comparado sobre quais categorias de expressão merecem uma tutela diferenciada, é unânime que a expressão de conteúdo político é aquela que deve receber o maior nível de proteção. Pela sua especial relevância para a

<sup>247</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-05/pessoas-direito-opinioao-nao-aos-fatos-barroso>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>248</sup> Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. Op. cit., p. 10.

<sup>249</sup> MCGONAGLE, Tarlach E. The changing hues of political expression in the media. In: NIKOLTCHEV, Susanne (ed.). **Political Debate and the Role of the Media: The Fragility of Free Speech**. Estrasburgo: European Audiovisual Observatory, 2005.

<sup>250</sup> Ressalve-se que o sistema global não adota esse modelo de hierarquização. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, com base no Pacto de Direitos Civis e Políticas, rejeitou a eleição de tipos de expressão mais protegidos no caso **Ballantyne, Davidson e McIntyre v. Canada**, entendendo que: “o artigo 19, parágrafo 2, deve ser interpretado de modo a englobar toda forma de ideias subjetivas e opiniões capaz de transmissão a terceiros (...) não deve ser confinado à expressão política, cultural ou artística. (...) O Comitê não concorda que qualquer daquelas formas de expressão possa ser sujeita a graus variados de limitação, de modo que algumas formas de expressão possam sofrer restrições mais amplas que outras”. (j. 05.05.1993). Livre tradução. No original: “Article 19, paragraph 2, must be interpreted as encompassing every form of subjective ideas and opinions capable of transmission to others, (...) it should not be confined to means of political, cultural or artistic expression. In the Committee's opinion, the commercial element in an expression taking the form of outdoor advertising cannot have the effect of removing this expression from the scope of protected freedom. The Committee does not agree either that any of the above forms of expression can be subjected to varying degrees of limitation, with the result that some forms of expression may suffer broader restrictions than others”.

regulação do direito eleitoral, vale fazer algumas considerações mais aprofundadas sobre essa categoria de discurso.

### 3.2.1 O discurso político e sua especial proteção

O “discurso político” tem merecido um tratamento especial e mais rigoroso em boa parte dos países do ocidente, mesmo naqueles que não conferem à liberdade de expressão uma posição preferencial, como a Alemanha<sup>251</sup>. O motivo desse privilégio foi extensamente debatido no último capítulo: a liberdade de expressão é absolutamente indispensável à democracia, permitindo a participação da coletividade na discussão e definição de assuntos de interesse público, tanto nos momentos eleitorais, quanto nos demais períodos. Por isso, o conceito deve compreender não apenas a comunicação no âmbito eleitoral, mas toda forma de debate e intercâmbio de ideias necessária à formação da opinião pública sobre temas relacionados à vida política do país. Em síntese, deve envolver: (i) os discursos políticos, eleitorais e demais assuntos de interesse público, e (ii) os comentários sobre candidatos a cargos públicos, agentes públicos, outras autoridades, o Estado e suas instituições.

Em relação ao primeiro discurso especialmente protegido, referente às manifestações políticas, eleitorais e demais assuntos de interesse público, deve-se enfatizar que tais manifestações dizem respeito diretamente ao autogoverno democrático, permitindo que os representantes e demais agentes públicos possam se tornar responsáveis à vontade popular. Interditar tais debates é, assim, impedir a participação da cidadania nos processos de deliberação e de controle da gestão pública, essenciais à democracia. Disso resulta a existência de uma tolerância reduzida para restrições à divulgação e ao acesso a informações e opiniões relacionadas a assuntos de interesse público. Esta é, sem dúvida, uma pré-condição para a garantia de um vigoroso debate público.

A proteção da expressão política (aqui entendida em sentido estrito) também é especialmente relevante para manter abertos os canais para mudanças políticas, protegendo os pressupostos de funcionamento da democracia<sup>252</sup>. Tome-se o seguinte exemplo de Cass Sunstein: se o governo impuser controles à publicidade comercial ou decidir banir a exibição

---

<sup>251</sup>BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. Op. cit., p. 155-156.

<sup>252</sup>ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

de pornografia *hardcore*, sempre haverá espaço para que os cidadãos argumentem contra tais controles ou vedações, defendendo que devem ser eliminados, que são perniciosos ou paternalistas, ou que atentam contra a liberdade ou outros valores<sup>253</sup>. Tais regulações não impedem, assim, a discussão política sobre a validade da regulação imposta<sup>254</sup>. No entanto, a regulação do discurso político (em sentido estrito) produz um dano direto ao debate público: “*se a discussão política for interdita, o corretivo democrático torna-se indisponível*”, resultando em “*um inaceitável efeito corrosivo sobre os processos de deliberação pública*”<sup>255</sup>. Por isso, segundo o Professor norte-americano, há uma diferença significativa entre a regulação do discurso político e outras restrições à expressão, de modo que é natural e necessário que o governo tenha um ônus ainda mais elevado de justificação, quando pretender controlar as manifestações expressivas que estejam inseridas no debate político<sup>256</sup>.

Um vivo exemplo desta ideia no direito brasileiro foi o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF 187, proposta em face de decisões judiciais que restringiam a realização pacífica dos eventos denominados “Marcha da Maconha”<sup>257</sup>, que reuniam manifestantes favoráveis à descriminalização das drogas. A decisão da Corte, tomada por unanimidade, na linha do voto do Ministro Celso de Mello, destacou que “*a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confunde com o ato de incitação à prática do delito, nem com o de apologia de fato criminoso*”, uma vez que “*o debate sobre a abolição penal de determinadas condutas puníveis pode (e deve) ser realizado de forma racional, com respeito entre interlocutores, ainda que a ideia, para a maioria, possa ser eventualmente considerada estranha, extravagante, inaceitável ou, até mesmo, perigosa*”. Nesse caso, o STF reafirmou a garantia do dissenso e da pluralidade de opiniões como uma condição essencial à democracia e à formação da opinião pública, assim como o caráter contramajoritário da proteção à liberdade de expressão, que deve ser plenamente fruída por grupos minoritários, ainda que suas ideias e propostas enfrentem grandes resistências da maioria da coletividade ou se voltem contra leis e práticas estabelecidas.

Na jurisprudência interamericana, um caso relevante a respeito da proteção dos discursos políticos é o *Ivcher Bronstein v. Perú*<sup>258</sup>. Bronstein era um cidadão peruano naturalizado e acionista majoritário de um canal de televisão que transmitia o programa

<sup>253</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the problem of free speech**. New York: The Free Press, 1993, p. 136.

<sup>254</sup> **Ibid.**, p. 136.

<sup>255</sup> **Ibid.**, p. 136-137.

<sup>256</sup> **Ibid.**, p. 137.

<sup>257</sup> STF, **ADPF 187**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 15.06.2011.

<sup>258</sup> Corte IDH, Caso **Ivcher Bronstein v. Perú**, j. 06.02.2001.

jornalístico “Contrapunto”, que trazia fortes críticas, denúncias de tortura e corrupção cometidos pelo governo peruano. Em razão das críticas, o Estado peruano cancelou a sua naturalização peruana, e lhe retirou o controle acionário e a diretoria da Companhia. Então, o grupo que assumiu o canal alterou a linha editorial do programa e proibiu o ingresso dos jornalistas que o produziam na sede do canal. A Corte Interamericana entendeu que o governo violou o direito à liberdade de expressão do peticionário, dos jornalistas e dos próprios peruanos, que não puderam ter acesso às informações, defendendo que as críticas e notícias a respeito de ações ou omissões do governo estão sujeitas a uma margem muito reduzida de restrição, já que não é concebível uma democracia sem que o livre debate e a dissidência tenham plenas oportunidades para se manifestarem.

Em relação ao segundo discurso especialmente protegido, pertinente aos comentários sobre candidatos a cargos públicos, agentes públicos, outras autoridades, o Estado e suas instituições, de forma semelhante ao anterior, deve-se ressaltar a íntima relação entre a democracia e a possibilidade de controle da condução da coisa pública e dos funcionários que são responsáveis por ela, por meio da opinião pública. Tal proteção especial se reflete na existência de um menor âmbito de proteção da honra, da reputação e da privacidade de agentes públicos e candidatos a cargos públicos, em relação aos demais indivíduos. Isto é, os funcionários públicos devem ter uma “pele mais espessa” (*thick-skinned*) para tolerar críticas. Nenhum agente público ou autoridade pode pretender esquivar-se do escrutínio da população ou reivindicar o direito a não ser ofendido, não importa o quão poderoso seja<sup>259</sup>.

Candidatos a cargos políticos e figuras políticas, quando decidiram ingressar na vida pública, sabiam de antemão que isso significaria necessariamente a submissão ao escrutínio público. Assim, devem se sujeitar ao debate e às críticas a respeito de suas figuras, trajetória e da forma como exerceram ou exercem seus cargos, sejam eles veiculados pelos meios de comunicação, pelos seus oponentes ou pelos próprios cidadãos. Igualmente, os funcionários públicos, que ascendem a seus cargos de forma voluntária, têm plena ciência de que, pela natureza de suas funções, precisam se submeter à análise do público e aos julgamentos e críticas sobre a forma como desempenham as suas atividades, de modo a assegurar a transparência, a responsabilidade e o controle do exercício funcional<sup>260</sup>. Isso, é claro, não significa que tais sujeitos não tenham direito à proteção de sua honra ou reputação, quando forem objeto de ataques injustos e graves. Porém, tal proteção deverá ser limitada e sempre

---

<sup>259</sup> V. DWORKIN, Ronald. The right to ridicule. **The New York Review of Books**. Nova York, 23 mar. 2006.

<sup>260</sup> Conselho da Europa. Declaração sobre a liberdade de debate político na mídia. Adotada pelo Conselho de Ministros, 12.02.2004.



proporcional aos danos efetivamente causados, de modo a evitar o efeito de censura ou inibição do debate público (*chilling effect*)<sup>261</sup>.

Um dos julgados mais emblemáticos sobre críticas a autoridades públicas é o *New York Times Co. v. Sullivan*<sup>262</sup>, decidido pela Suprema Corte dos EUA. Tratava-se de uma ação civil ajuizada por Sullivan, um comissário de segurança pública de uma cidade norte-americana, detentor de cargo eletivo, contra o jornal *New York Times*, que era acusado de difamação, em razão da publicação de anúncio de caráter político relacionado ao movimento de direitos civis nos EUA. A publicação continha declarações sobre a ação da polícia contra estudantes e contra Martin Luther King Jr, algumas das quais não descreviam com precisão os fatos, como, por exemplo, o número de vezes que Luther King teria sido preso. O jornal foi, então, condenado ao pagamento de U\$ 500 mil, pelos danos causados ao comissário, ao fundamento de que a publicidade era intrinsecamente difamatória, por desqualificar o comissário, responsável pela supervisão do departamento de polícia, perante o público.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte reverteu a condenação, definindo que a proteção à liberdade de expressão determina que os agentes públicos somente façam jus a indenização pela divulgação de fatos inverídicos relacionados à sua conduta oficial, ainda que prejudiciais à sua reputação, quando comprovarem que o responsável pela divulgação atuou com dolo efetivo, *i.e.*, sabendo que a notícia era falsa (*actual malice*), ou com culpa grave, *i.e.*, com manifesta negligência a respeito de sua falsidade ou veracidade (*reckless disregard*). A ideia por trás da “doutrina da real malícia” é a de que exigir a prova da verdade sobre declarações difamatórias pode inibir as pessoas, em especial os jornalistas, a publicarem declarações que eles julguem verdadeiras, quando não puderem efetivamente comprovar a sua veracidade, produzindo um efeito de inibição do discurso. Nessa linha, em famosa passagem, o Justice Brennan reafirmou o “*compromisso nacional profundo com o princípio de que o debate sobre assuntos públicos deve ser desinibido, robusto e aberto, e que pode muito bem incluir ataques veementes, cáusticos, e, por vezes, desagradavelmente afiados contra o governo e agentes públicos*”.

O caso é simbólico também por constituir um dos maiores exemplos de diálogo entre cortes constitucionais. A decisão da Suprema Corte neste precedente foi considerada por Cortes da Austrália, do Canada, da África do Sul, da Índia, do Reino Unido e da Nova Zelândia, entre outras, na determinação dos seus respectivos parâmetros sobre difamação e

<sup>261</sup>FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the problem of free speech**. New York: The Free Press, 1993.

<sup>262</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **New York Times Co. v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964).

proteção da liberdade de expressão<sup>263</sup>. Porém, a maioria dessas decisões rejeitou ou modificou, em alguma medida, os *standards* fixados em *Sullivan*, sobretudo para conferir uma maior proteção à reputação das pessoas públicas no caso de informações falsas<sup>264</sup>. A decisão também foi mencionada por cortes brasileiras, em especial na ADPF 130. No Brasil, porém, ainda não foram fixados parâmetros definitivos para a resolução desses casos. Como se verá ao longo deste trabalho, no Brasil, políticos e agentes públicos têm a “pele mais fina” do que os cidadãos comuns, sendo frequentes as condenações de jornalistas e cidadãos a pagarem altas indenizações a autoridades e figuras públicas por meras críticas. E o mais grave: juízes e tribunais por vezes invocam a honra e a dignidade funcional para justificar a majoração do valor do dano moral devido nesses casos<sup>265</sup>.

Já no sistema interamericano, a doutrina da real malícia foi considerada e quase integralmente adotada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Confirma-se, nesse sentido, a redação do artigo 10 da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão em 2000:

10. As leis de privacidade não devem inibir nem restringir a investigação e a difusão de informação de interesse público. A proteção à reputação deve estar garantida somente através de sanções civis, nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou uma pessoa pública ou particular que se tenha envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público. Ademais, nesses casos, deve-se provar que, na divulgação de notícias, o comunicador teve intenção de infligir dano ou que estava plenamente consciente de estar divulgando notícias falsas, ou se comportou com manifesta negligência na busca da verdade ou falsidade das mesmas.

Como se vê, a Declaração de Princípios defende que a proteção à honra dos agentes públicos e pessoas envolvidas voluntariamente em assuntos de interesse público deve se dar apenas na esfera civil – sem a imposição de sanções penais – e apenas nos casos em que haja prova de que o emissor da notícia (i) teve a intenção de infligir dano, ou (ii) estava consciente de estar divulgando notícias falsas, ou (iii) se comportou com manifesta negligência. A Comissão Interamericana tem reiterado, em seus informes anuais e demais relatórios, a adoção da doutrina da real malícia, assim como a posição de que a cominação de sanções penais por ofensas contra funcionários públicos relacionadas ao exercício de suas funções é

---

<sup>263</sup>STONE, Adrienne; WILLIAMS, George. Freedom of Speech and Defamation: Developments in the Common Law World. *Monash UL Rev.*, v. 26, p. 362, 2000.

<sup>264</sup>*Id.*

<sup>265</sup> A título exemplificativo, v. TRF da 1ª Região, 5ª Turma, AC. 2009.34000045541, Rel. Des. Federal Souza Prudente, j. 27.06.2013.

contrária à Convenção Americana<sup>266</sup>. Nesse particular, vale ressaltar que, diversamente da Comissão Interamericana, a Corte Interamericana não considera a tutela penal da reputação de agentes públicos, por si, contrária à Convenção. No entanto, em todos os casos em que se debruçou sobre o tema à luz de situações concretas, entendeu que as sanções penais eram desproporcionais e violavam a liberdade de expressão<sup>267</sup>.

A título de ilustração, merece destaque o caso *Ricardo Canese v. Paraguay*<sup>268</sup>. Nele, a Corte IDH analisou caso do candidato às eleições presidenciais paraguaias de 1993, Ricardo Canese, que foi condenado criminal e civilmente por difamação e ficou impedido de sair do país por mais de 8 anos, em razão de críticas e denúncias de corrupção, sobretudo ligadas à construção da hidrelétrica de Itaipu, feitas contra seu oponente durante o período de campanha. A Corte concluiu que o próprio processo penal, a consequente condenação e demais sanções impostas no caso eram desproporcionais e violavam o direito à liberdade de expressão, tanto do petionário, quanto dos cidadãos paraguaios. Em sua análise, a Corte Interamericana destacou a importância da liberdade de expressão durante as campanhas eleitorais, afirmando a necessidade de que a crítica aos candidatos esteja plenamente habilitada, de modo que os votantes possam fazer escolhas bem informadas. Nos termos da decisão,

No marco de uma campanha eleitoral, a liberdade de pensamento e de expressão em suas duas dimensões constitui um bastião fundamental para o debate durante o processo eleitoral, já que se transforma em uma ferramenta essencial para a formação da opinião pública dos eleitores, fortalece a competição política entre os diferentes candidatos e partidos que participam nas eleições e se transforma em um autêntico instrumento de análise das plataformas políticas propostas pelos diferentes candidatos, o que permite uma maior transparência e supervisão das autoridades futuras e de sua gestão.<sup>269</sup>

Já um caso interessante de aplicação do *standard* da real malícia na jurisprudência interamericana é o *Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Nele, a Corte IDH analisou quatro condenações por difamação impostas a um jornalista, em razão da publicação de diversos

<sup>266</sup> Por todos, v.: CIDH, Relatório Anual 1994. Capítulo V: **Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev. 17.02.1995; CIDH, Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, **Una Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión**, de 25.02.2009.

<sup>267</sup> V. Corte IDH, casos **Herrera Ulloa v. Costa Rica**, j. 02.07.2004; **Ricardo Canese v. Paraguay**, j. 31.08.2004; **Palamara Iribarne v. Chile**, j. 22.11.2005; **Eduardo Kimel v. Argentina**, j. 02.05.2008; **Tristán Donoso v. Panamá**, j. 27.01.2009; **Usón Ramírez v. Venezuela**, j. 20.11.2009;

<sup>268</sup> Corte IDH, Caso **Ricardo Canese v. Paraguay**, j. 31.08.2004.

<sup>269</sup> Livre tradução. No original: “en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión”.

artigos em que reproduzia informações de jornais europeus sobre supostas ações ilícitas de um diplomata da Costa Rica<sup>270</sup>. Ao analisar o caso, a Corte Interamericana concluiu que a condenação violava à liberdade de expressão. Segundo afirmou, a reprodução fiel da informação não dá ensejo à responsabilização, mesmo que a informação possa causar danos à honra do funcionário público e que o jornalista não tenha logrado provar a veracidade dos fatos reproduzidos. Para a Corte, a exigência da comprovação da veracidade veicula uma restrição incompatível com a Convenção Americana sempre que produzir um “efeito dissuasivo, atemorizador e inibidor” sobre aqueles que exercem a profissão de jornalista e obstaculizam o debate público sobre temas de interesse da sociedade.

A tutela mais robusta dos discursos sobre temas de interesse público e sobre os agentes estatais, ainda que sejam ofensivos, contenham incorreções e eventualmente causem danos a alguma reputação, representa uma garantia institucional da democracia, encorajando, e não reprimindo, a deliberação. Como disse o Ministro Luís Roberto Barroso, “[a] liberdade de expressão não é garantia de verdade ou de justiça. Ela é uma garantia da democracia. Defender a liberdade de expressão pode significar ter de conviver com a injustiça e até mesmo com a inverdade”<sup>271</sup>. Afinal, os regimes democráticos são justamente aqueles em que os cidadãos encontram condições para discutir e questionar as decisões capazes de afetar a sua vida, bem como os agentes que sejam responsáveis por tomá-las<sup>272</sup>. Como se verá no próximo item, essa proteção diferenciada deve se refletir nos parâmetros e requisitos exigidos para que seja legítima a restrição da liberdade de expressão, assim como na seleção dos remédios a serem utilizados nos casos de exercício abusivo deste direito.

### 3.3 Restrições à liberdade de expressão

Apesar do reconhecimento desse vasto conteúdo e de sua posição preferencial, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e não pode ser concebida como um fetiche ou como um valor que deva sempre prevalecer sobre os demais. Aliás, não há nenhum ordenamento jurídico que conceba um direito à liberdade de expressão juridicamente ilimitado. Até mesmo nos EUA, em que a Primeira Emenda é redigida em termos

---

<sup>270</sup> CIDH, Caso **Herrera Ulloa v. Costa Rica**, j. 02.07.2004.

<sup>271</sup> STF, **ADI 4.815**, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.2015, cf. voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>272</sup> V. CIDH, Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, **Una Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión**, de 25.02.2009.

peremptórios, a Suprema Corte não lhe confere caráter verdadeiramente absoluto, admitindo restrições, ainda que em caráter excepcional. Assim, a liberdade de expressão, como qualquer outro direito fundamental, submete-se a limites que decorrem da necessidade de harmonizá-la com outros valores e direitos constitucionalmente tutelados conflitantes. A tarefa dos sistemas constitucionais é, portanto, decidir como e em que circunstâncias a liberdade de expressão pode ser restringida.

O texto da Constituição de 1988 não traz um elenco de hipóteses de restrição. Pelo contrário, o *caput* do art. 220 é redigido também em termos quase absolutos, limitando-se a afirmar que “*a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*” Há, é certo, algumas limitações expressamente admitidas no texto constitucional, como no caso da propaganda comercial de tabaco e bebidas alcoólicas (art. 220, § 4º, CFRB). Outras limitações decorrem implicitamente de alguns preceitos constitucionais, tal qual se dá na tutela dos direitos da personalidade (art. 5º, X, CFRB).

Em todo caso, reconhece-se, porém, que a validade constitucional de tais limitações estará condicionada à observância de determinados limites formais e materiais, denominados pela doutrina de “*limites dos limites*”<sup>273</sup>. Entre eles, é possível destacar: (i) o respeito ao *princípio da reserva legal*, (ii) o objetivo de proteção de outros interesses e valores constitucionalmente tutelados de elevado valor axiológico, o que pode ser identificado como cumprimento do *princípio da legitimidade*, e (iii) a observância do *princípio da proporcionalidade* em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

É relevante observar que estes três “limites” são amplamente reconhecidos no direito internacional dos direitos humanos e têm sido denominados de “teste tripartite”. Tal teste trifásico está previsto de forma muito semelhante no art. 19(3) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no art. 13(2) da Convenção Americana<sup>274</sup>, e é empregado em

<sup>273</sup> A respeito, cf.: Virgílio Afonso da Silva. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009; Jane Reis Gonçalves Pereira. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>274</sup> Nos termos desses dispositivos, que têm redações muito semelhantes, as restrições à liberdade de expressão devem ser: (i) expressamente previstas em lei, (ii) necessárias (requisito interpretado como equivalente à proporcionalidade), e (iii) direcionadas à proteção de objetivos expressamente anunciados. Confira-se: PIDCP, Art. 19(3): “O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”; CADH, Art. 13(2): “O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o

termos quase idênticos tanto pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>275</sup>, quanto pela Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>276</sup>. O relativo consenso em torno desses três requisitos é um bom indicativo de que ele deva ser empregado com seriedade para a resolução das colisões entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. Passo, então, a analisar de forma mais pormenorizada os seus conteúdos.

### 3.3.1 Os limites dos limites à liberdade de expressão: teste tripartite

Em primeiro lugar, as restrições à liberdade de expressão submetem-se à reserva de lei formal. Somente a lei, aprovada pelo Poder Legislativo competente, pode instituir limitações a demais direitos fundamentais<sup>277</sup>. Este é um campo em que o princípio da legalidade não foi flexibilizado e é bom que assim seja. Diante da gravidade da decisão de restringir um direito fundamental, somente os representantes eleitos poderão tomá-la, em atenção ao princípio democrático<sup>278</sup>.

Além disso, a restrição deve estar prevista de forma clara, geral, taxativa e não retroativa na lei, como uma exigência do Estado de Direito. Normas excessivamente vagas, ambíguas e abertas prejudicam a segurança jurídica e podem violar a liberdade de expressão, sobretudo quando conferirem a autoridades uma margem de atuação discricionária muito larga para impor a censura prévia ou sanções desproporcionais àqueles que se expressam<sup>279</sup>. Nesses casos, o temor de sanções pode gerar a autocensura e o efeito resfriador do discurso. Esta diretriz é levada especialmente a sério pela Corte Interamericana, que já declarou a incompatibilidade de leis internas com a liberdade de expressão, ao argumento de que lhes

---

respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”.

<sup>275</sup> Cf. CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. Op. cit.; Corte IDH, Caso **Herrera Ulloa v. Costa Rica**, j. 02.07.2004.

<sup>276</sup> Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso **The Sunday Times c. Reino Unido**, j. 26.04.1979; Council of The European Union, **EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression**, Bruxelas, 12 maio 2014.

<sup>277</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais...** Op. cit., p. 301 et ss; SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>278</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Op. cit.

<sup>279</sup> CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**, Op. cit. p. 23-24.

faltava clareza e precisão<sup>280</sup>. No caso *Kimel v. Argentina*, por exemplo, a Corte Interamericana entendeu que a legislação penal argentina sobre crimes contra a honra estava redigida de forma vaga e ambígua, de modo a violar o requisito de estrita legalidade<sup>281</sup>.

Em segundo lugar, tais restrições devem ter como objetivo a tutela de objetivos constitucionalmente legítimos e de alto valor axiológico. Em outras palavras, devem estar direcionadas a proteger outros interesses e valores imperiosos, que, por sua importância na ordem constitucional, possam vir a justificar a limitação da liberdade de expressão. Como já se disse, a Constituição Federal não traz um catálogo taxativo dos objetivos que justificariam as restrições impostas à liberdade de expressão. No entanto, é fácil identificar os direitos e interesses constitucionalmente tutelados que mais frequentemente entram em rota de colisão com as liberdades comunicativas. São eles: (i) o direito à honra, o direito à privacidade e os demais direitos da personalidade, (ii) o direito à igualdade e à dignidade humana, e (iii) a proteção da infância e da adolescência. Infelizmente, não há espaço neste trabalho para desenvolver, de forma mais aprofundada, as intrincadas relações entre a liberdade de expressão e cada um desses objetivos. Contudo, abordarei, na Parte II deste trabalho, os princípios constitucionais específicos do direito eleitoral que, em alguns casos, também poderão legitimar restrições às liberdades comunicativas no contexto das campanhas políticas.

Diversamente da Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, de forma taxativa, as finalidades que podem ser invocadas para limitar a liberdade de expressão. São elas: a proteção dos direitos e da reputação das demais pessoas, e a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou moral públicas<sup>282</sup>. À primeira vista, estes objetivos tutelados podem parecer excessivamente amplos e genéricos. No entanto, eles recebem um delineamento preciso e uma interpretação restritiva na jurisprudência interamericana<sup>283</sup>. Os parâmetros estabelecidos pela Comissão Interamericana e pela Corte

---

<sup>280</sup> **Id.** p. 24-25.

<sup>281</sup> Corte IDH, Caso **Kimel v. Argentina**, j. 02.05.2008.

<sup>282</sup> A regra geral a respeito das restrições à liberdade de expressão no sistema interamericano encontra-se no inciso 2 do artigo 13 da Convenção Americana, o qual dispõe que o exercício da liberdade de expressão “não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: (a) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas; (b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas”.

<sup>283</sup> A título exemplificativo, a aplicação do conceito de ordem pública deve ser feita de acordo com a definição a ele conferida pela Corte Interamericana, que o define como “as condições que asseguram o funcionamento harmônico e normal das instituições sobre a base de um sistema coerente de valores e princípios”. Em razão desse delineamento, a jurisprudência interamericana compreende que o conceito de ordem pública “reclama que sejam garantidas, dentro de uma sociedade democrática, as maiores possibilidades de circulação de notícias, ideias e opiniões, bem como o mais amplo acesso à informação pelo conjunto da sociedade” e, assim, que a proteção à ordem pública somente pode ser invocada para limitar a liberdade de expressão quando houver uma ameaça real e grave de perturbação das condições básicas de funcionamento da democracia. Nesse sentido, veja-

IDH nesse ponto devem ser seguidos pelos Estados na interpretação das cláusulas convencionais. Como se verá a seguir, tais *standards* fixados no marco teórico interamericano podem se revelar valiosas ferramentas na resolução dos conflitos entre a liberdade de expressão e a proteção da reputação à luz da Constituição Federal.

Em terceiro lugar, as medidas restritivas devem observar o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. Devem ser *adequadas* ao cumprimento das finalidades que as fundamentam, o que engloba analisar se os objetivos constitucionais imperiosos invocados são realmente protegidos pela medida. Devem ser *necessárias* à promoção dessas finalidades, de modo que inexistam outras medidas igualmente idôneas a tais fins, que sejam menos gravosas. No que se refere a este subprincípio, a Comissão Interamericana define que, nas hipóteses de uso abusivo da liberdade de expressão que cause danos a terceiros, há uma ordem escalonada das medidas restritivas a serem adotadas para reparar os danos causados<sup>284</sup>. A medida menos gravosa seria a concessão do direito de resposta ou de retificação. Somente se essa medida não for suficiente, e o dano for grave e intencional ou com evidente negligência sobre a verdade, pode-se cogitar de mecanismos de responsabilidade civil. Por sua vez, como visto, os mecanismos penais, cabíveis apenas como *ultima ratio*, têm sido ostensivamente reconhecidos como desproporcionais para reparar danos pelo exercício da liberdade de expressão, sobretudo quando têm como objeto a proteção de políticos e funcionários públicos.

Devem, por fim, ser *proporcionais em sentido estrito*, de modo que, em um processo ponderativo, verifique-se que tais medidas restritivas produzem maiores benefícios para os bens jurídicos tutelados em relação aos custos decorrentes da restrição da liberdade de expressão. Nesta última parte do teste, a ponderação entre os objetivos em conflito deve necessariamente considerar tanto a posição preferencial que ostentam as liberdades comunicativas no sistema constitucional brasileiro, quanto, se for o caso, a especial proteção que merecem os discursos políticos, eleitorais e demais assuntos de interesse público, e os comentários sobre candidatos a cargos públicos, agentes públicos, outras autoridades, o Estado e suas instituições. Isso trará algumas consequências para o intérprete.

Conforme já explorado no capítulo anterior, para se considerar a posição preferencial da liberdade de expressão, deve-se necessariamente: (i) conferir um peso maior ao prato da balança em que estiver localizada a liberdade de expressão (presunção de primazia da

---

se: CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**, Op. cit 30 dez. 2009.

<sup>284</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. Op. cit., p. 26-27.



liberdade de expressão); (ii) realizar um controle muito rigoroso dessas medidas restritivas (escrutínio estrito), justificando a inversão da sua presunção de constitucionalidade, a menor deferência às decisões tomadas pelos demais poderes, e o maior campo para decisões contramajoritárias, que se voltem a proteger ideias minoritárias, impopulares ou que desafiem aqueles que estão no poder (presunção de suspeição da medida restritiva); e (iii) assegurar, como regra absolutamente geral, que tais medidas restritivas consistam em responsabilidades posteriores, como a resposta, a retificação e a indenização, e não em censura prévia (presunção de vedação à censura).

Ademais, nos casos em que estiverem em jogo discursos especialmente protegidos, como aqueles que digam respeito a temas político-eleitorais e a candidatos, políticos e funcionários públicos em geral, a análise da proporcionalidade das medidas restritivas deve ser ainda mais rigorosa. Nessas hipóteses, o processo de ponderação deve considerar não apenas o maior grau de proteção e o peso superlativo atribuído à liberdade de expressão política, mas também o princípio democrático, que exige o debate mais amplo possível sobre os assuntos relacionados à coisa pública e a pessoas responsáveis por sua gestão, de modo a garantir o controle cidadão<sup>285</sup>. Portanto, em alegações de violação aos direitos da personalidade – por exemplo, pela divulgação de informação questionando a idoneidade de um candidato às eleições –, a proteção da honra, da imagem e da vida privada deve ser sopesada não só com a liberdade de expressão, mas também com a democracia.

E mais: mesmo nos casos em que se provar que o exercício da liberdade de expressão foi abusivo, a especial proteção desses discursos deve atuar no sentido de *prescrever*: (i) a adoção de remédios ou sanções *a posteriori*, não envolvendo a censura da informação ou opinião, (ii) a preferência por remédios ou meios de reparação que aumentem o potencial informativo e o debate público, como o direito de resposta/retificação (que permite esclarecer, corrigir e contra argumentar as acusações e informações incorretas, inverídicas ou danosas divulgadas), ou mesmo a retratação pública (que permite a responsabilização civil pelos danos causados, mas com reparação *in natura* e de modo não pecuniário<sup>286</sup>); e (iii) no caso em que os outros remédios não sejam suficientes para promover a reparação, a fixação de indenizações pecuniárias em valores moderados e estritamente proporcionais, de modo a evitar o propalado *chilling effect*, capaz de desencorajar os cidadãos e profissionais de imprensa a divulgarem informações de nítido interesse público e promover a autocensura. De

---

<sup>285</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. Op. cit.

<sup>286</sup> Sobre o tema, cfr: SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil Brasileira**, 5. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

outro lado, tal proteção diferenciada deve *proscreever*, definitivamente, o emprego de sanções penais, já que os efeitos resfriador e dissuasivo do discurso crítico e da atividade jornalística e da imprensa são inerentes à criminalização.

Por fim, na análise de eventuais restrições à liberdade de expressão, é preciso conferir à expressão uma maior margem de tolerância ou um “espaço de respiração” (*breathing space*) em relação aos riscos sociais e abusos advindos do exercício da liberdade de expressão. No caso de restrições legais, essa margem de tolerância se reflete em uma maior imunidade a investidas regulatórias do Estado. Explica-se. A ampla proteção conferida à liberdade de expressão, exigida em um regime democrático, carrega riscos e impõe determinados custos sociais, que se referem à possibilidade de que seu exercício produza danos. Contudo, a tentativa de supressão desses riscos, sobretudo por meio de restrições e impedimentos prévios, comprometeria um dos próprios fundamentos da democracia. Daí porque, salvo situações especialmente gravosas, é preferível tolerar os eventuais danos causados pela expressão.

A ideia de conferir um espaço de respiração à liberdade de expressão é evitar que informações, ideias e opiniões sejam penalizadas e excluídas do debate público indevidamente. O parâmetro leva, por exemplo, à aceitação de alguma margem de erro na divulgação de informações de interesse público. Mesmo que uma dada publicação contenha imprecisões ou erros fáticos, não caberá punição caso a disseminação da informação tenha sido realizada com a devida cautela e diligência e boa-fé. Isso é particularmente importante no ofício da imprensa, já que o dinamismo das notícias impõe restrições à capacidade de verificação e investigação das informações. Se os jornalistas fossem penalizados por cada incorreção, eles certamente teriam que gastar mais tempo na checagem dos fatos e provavelmente deixariam de publicar muitas notícias, com sério prejuízo ao direito à informação. Essa ideia foi expressa com precisão pelo Justice Brennan em *New York Times v. Sullivan*. Para ele, “*declarações errôneas são inevitáveis no livre debate*”, e, assim, devem “*ser protegidas, se se quer conferir às liberdades de expressão o ‘espaço de respiração’ que precisam (...) para sobreviver*”<sup>287</sup>.

A maior margem de tolerância deve valer também (e especialmente) para as críticas e manifestações de opiniões negativas, incluindo aquelas que sejam veiculadas tom exaltado, jocoso e irônico<sup>288</sup>. No caso de opiniões pessoais, em regra, não caberá a responsabilização. Parece natural que as pessoas não gostem de ver os seus defeitos, fragilidades e erros

<sup>287</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **New York Times Co. v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964).

<sup>288</sup> Cfr. Article 19, **Defining Defamation: Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation**. International Standards Series. Article 19, London, 2000. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/definingdefamation.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

divulgados, nem de receber críticas ou serem rejeitadas. É também normal que, nesses casos, elas sintam sua honra e imagem prejudicadas. A verdade, porém, é que a vida em sociedade impõe a todos – e especialmente aos homens públicos – violações aos direitos da personalidade, sem que estas sejam necessariamente ilícitas ou indenizáveis. Tome-se o exemplo da descoberta de um escândalo de corrupção em relação a uma autoridade ou de uma manifestação contrária a um determinado político impopular em cadeia nacional. Nesses casos, há danos à sua reputação. Não se pode admitir, porém, que esses danos sejam proibidos ou que deem ensejo a indenizações, sob pena de se asfixiar a própria liberdade de crítica, pensamento e expressão. Somente quando uma informação causar um dano injusto e grave à reputação – o que é muito diferente de ferir sentimentos ou incomodar – pode ser cabível a responsabilização do emissor da mensagem.

Um exemplo é ilustrativo dessa afirmação. Nas eleições de 2006, o senador José Sarney, candidato à reeleição, recorreu sistematicamente à Justiça Eleitoral para proibir que cidadãos, jornalistas e meios de comunicação divulgassem informações e críticas que lhe fossem prejudiciais, tendo movido mais de 100 processos. Uma das réis foi a jornalista Alcineá Cavalcante. A jornalista publicou uma enquete em sua página pessoal na internet, na qual perguntava aos seus leitores qual político deveria receber o adesivo “*o carro que mais parece comigo é o camburão da polícia*”. Vários políticos ligados a denúncias de corrupção tiveram seus nomes lembrados por internautas, inclusive o senador José Sarney. Este último, porém, sentindo-se abalado em sua honra e imagem, propôs representação eleitoral contra Alcineá perante o Tribunal Regional Eleitoral do Amapá, pedindo a concessão de direito de resposta e a aplicação de multa pelos danos à honra sofridos<sup>289</sup>. O pedido foi julgado integralmente procedente, condenando a jornalista a pagar indenização de R\$ 50 mil ao Senador. O caso não parou por aí. A jornalista passou a escrever sobre os andamentos do processo em seu blog e, a cada nova postagem, era novamente processada. Ao final, depois de acionada em mais de 20 ações e sem recursos para contratação de advogados para se defender em todas elas, Alcineá já devia cerca de R\$ 2 milhões em indenizações e teve sua conta corrente bloqueada pelo TRE-AP, por não ter bens suficientes para cobrir a dívida<sup>290</sup>. Na hipótese, por óbvio, não se tratava da proteção da reputação, mas de intimidação e tentativa de calar críticas e opiniões. É, portanto, ínsita à liberdade de expressão a possibilidade de incomodar e de ferir sentimentos. Por isso mesmo, sua manifestação deve receber uma maior proteção – este

---

<sup>289</sup> Cf. TRE-AP, **Rp 502**; TSE, **Respe 27364**, Rel. Min. José Delgado, j. 09.10.2006.

<sup>290</sup> Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,reporter-condenada-a-pagar-sarney-tem-conta-bloqueada,1033097>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

espaço de respiração – que impeça restrições excessivas e que garanta que, na dúvida, sempre prevaleça a liberdade de expressão.

Esse é o marco jurídico da liberdade de expressão a partir do qual se proporá uma releitura do direito eleitoral, objeto da Parte II deste trabalho.

## O DIREITO ELEITORAL À LUZ DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

### 4 DIREITO ELEITORAL, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CONSTITUIÇÃO: UM DIAGNÓSTICO

O direito eleitoral constitui um campo particularmente importante de incidência da liberdade de expressão. As eleições são hoje a peça central do sistema de autogoverno democrático. Em uma democracia representativa, o direito de sufrágio permite que o povo exerça o poder político de modo indireto, a partir da formação de um corpo de representantes. No entanto, o processo eleitoral é mais do que um procedimento de tradução de votos e preferências em cargos eletivos, em representação política. Como se viu, ele constitui um *processo participativo*, em que os candidatos, partidos, meios de comunicação e a cidadania se engajam em um debate público, indispensável para o processo de tomada de decisão de voto e de formação da vontade coletiva.

Durante períodos eleitorais, a importância da liberdade de expressão é, assim, amplificada. Partidos e candidatos devem prestar contas de suas ações passadas e expor suas opiniões, propostas e programas futuros. Os meios de comunicação devem funcionar como canais de disseminação de informações, críticas e pontos de vista variados. Os cidadãos devem ter plena liberdade não só para acessarem tais informações, mas para manifestarem livremente as suas próprias ideias, críticas e pontos de vista na arena pública. Nesse processo, é preciso que todas as questões de interesse público – incluindo, é claro, a capacidade e a idoneidade dos candidatos e a qualidade de suas propostas – sejam abertas e intensamente discutidas e questionadas. A efetividade das eleições como mecanismo de seleção de representantes e o próprio funcionamento do regime democrático dependem de um ambiente que permita e favoreça a livre manifestação e circulação de ideias.

Não por outro motivo, é praticamente unânime na jurisprudência nacional e internacional que o maior propósito da liberdade de expressão é a proteção da discussão de questões políticas, especialmente nos momentos eleitorais. Para a Suprema Corte norte-americana, a liberdade de expressão tem sua “*mais plena e urgente aplicação nas campanhas*

para cargos políticos”<sup>291</sup>. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, considera que “é indispensável que se proteja e garanta o exercício da liberdade de expressão no debate político que precede as eleições”<sup>292</sup>. Já segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, “as eleições livres e a liberdade de expressão, particularmente a liberdade de debate político, formam juntas o cimento de qualquer sistema democrático”<sup>293</sup>. Também o nosso Supremo Tribunal Federal já assentou que “é precisamente em período eleitoral que a sociedade civil em geral e os eleitores em particular mais necessitam da liberdade de imprensa”<sup>294</sup>.

Em regimes representativos, o voto e a liberdade de expressão configuram dois importantes instrumentos de legitimação da democracia, permitindo que os interesses e as opiniões dos cidadãos sejam considerados na formação do governo e na atuação dos representantes. No entanto, eles não bastam. O fato de que as eleições consistem em uma competição política por postos de poder e de que ganhadores e perdedores estarão igualmente vinculados aos seus resultados torna necessária a criação de *regras do jogo eleitoral* que assegurem um processo livre, competitivo e justo. Como se verá, tais regras devem prever quatro garantias básicas: (i) as liberdades políticas dos atores durante o processo eleitoral, em especial a liberdade de expressão, (ii) a igualdade de valor do voto e a ampla liberdade de participação política dos cidadãos, (iii) a neutralidade do Estado em relação às diferentes correntes políticas, o que se manifesta por meio da não discriminação e da igualdade de oportunidades entre os concorrentes, e (iv) a legitimidade do pleito e a fidelidade da transformação do voto em representação política (a chamada “verdade eleitoral”)<sup>295</sup>.

O direito eleitoral é justamente o ramo do Direito Público que se dedica ao estudo do conjunto de normas – as *regras do jogo* – que regulam a eleição dos órgãos representativos<sup>296</sup>, com o objetivo de garantir o funcionamento e a legitimidade da democracia<sup>297</sup>. No Brasil,

<sup>291</sup> Suprema Corte dos EUA. Caso **Eu v. San Francisco Democratic Comm**, 489 U.S. 214, 223 (1989); e Caso **Monitor Patriot Co. v. Roy**, 401 U.S. 265, 272 (1971).

<sup>292</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso **Ricardo Canese v. Paraguay**, j. 31.08.2004.

<sup>293</sup> Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso **Mathieu-Mohin y Clerfayt v. Belgica**, j. 02.03.1987.

<sup>294</sup> Supremo Tribunal Federal, **ADI 4.451-MC-Ref**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 02.09.2010.

<sup>295</sup> BRIFFAULT, Richard. Issue Advocacy: Redrawing the Elections/Politics Line. **Texas Law Review**, v. 77, n. p. 1751, 1998.

<sup>296</sup> NOHLEN, Dieter; SABSAY, Daniel. Derecho electoral. In: NOHLEN, Dieter; ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José (org.). **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. 2. ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007, p. 27.

<sup>297</sup> A disciplina assume especial importância na fase que tem sido chamada de “microprocesso eleitoral” (ou processo eleitoral em sentido estrito), que delimita temporalmente o período de realização do pleito. De acordo com o entendimento majoritário, tal fase se inicia pela escolha dos candidatos nas convenções partidárias, passa

porém, a disciplina ainda se encontra em sua infância. Apesar do inegável sucesso da Justiça Eleitoral na realização da “verdade eleitoral” e do espantoso volume da legislação, este ramo do Direito padece da ausência de identificação e sistematização de princípios, fundamentos filosóficos e métodos que iluminem a interpretação e a aplicação de seus preceitos. Boa parte da doutrina ainda se encontra empenhada exclusivamente na análise e na repetição do conteúdo das normas e decisões judiciais, em um plano muitas vezes puramente descritivo, sem preocupações com a construção das bases teóricas da disciplina e com a prescrição dos sentidos e caminhos para seu aperfeiçoamento.

A dogmática eleitoral experimenta, assim, um grave subdesenvolvimento teórico, que se reflete em três principais deficiências: (i) a inexistência de identificação e sistematização consistente dos princípios substantivos norteadores do direito eleitoral e seus respectivos conteúdos, (ii) a construção da disciplina sob fundamentos teóricos inconsistentes e contraditórios com o ideal democrático, e (iii) a regulação excessiva, assistemática e casuística, instituída à margem do sistema de direitos fundamentais. Como será demonstrado, tais deficiências revelam que o direito eleitoral ainda não foi *constitucionalizado*, tendo se estruturado sem suficiente irradiação dos valores e normas constitucionais, em especial da liberdade de expressão.

O problema começa pelo próprio subdesenvolvimento da principiologia estruturante do direito eleitoral. Em primeiro lugar, ainda não se formulou, de forma definitiva, um catálogo de princípios substantivos específicos eleitorais que derivem da Constituição e sejam capazes de conferir unidade e coerência à disciplina. Cada autor tem proposto (ou repetido) um determinado elenco assistemático de princípios eleitorais, muitas vezes sem identificar de forma precisa seus conteúdos e sem reconduzi-los adequadamente ao sistema constitucional. Em segundo lugar, a teoria e a prática do direito eleitoral têm atribuído um peso desproporcional a alguns valores e interesses em jogo, como a paridade de armas entre os candidatos e a proteção aos direitos da personalidade dos políticos, em sacrifício de outros valores protegidos pela Constituição, em especial a liberdade de expressão. Correntemente,

---

pelo registro de candidaturas, pelo período de campanha e propaganda eleitoral, pela votação, apuração e totalização dos votos, pela proclamação dos resultados, pela prestação de contas, e tem fim na diplomação dos candidatos. Para alguns doutrinadores, como Joel José Cândido, o microprocesso eleitoral tem início pouco antes do período de convenções, na data de maior prazo para o qual a lei exige a desincompatibilização ou a renúncia, *i.e.*, seis meses antes do pleito, e tem fim pouco depois da diplomação, no último dia do calendário civil do ano da eleição, que marca a véspera da posse dos eleitos (Limites Objetivos do Microprocesso Eleitoral. **Informativo Suffragium**. Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, v. 25, n. 267, Out. 2003). No entanto, o direito eleitoral possui vigência e eficácia permanentes, o denominado “macroprocesso eleitoral”, que inclui disposições aplicáveis também a períodos em que não há a realização de eleições. Por todos, cf. CÂNDIDO, Joel José. Da conveniência e oportunidade do ensino do direito eleitoral. **Resenha Eleitoral - Nova série**, v. 2, n. 1, 1995.

encontram-se na legislação regras que refletem uma hierarquização rígida e abstrata de normas constitucionais, de modo incompatível com o princípio da unidade da Constituição. Também a aplicação das normas eleitorais vem sendo marcada pela contumaz negligência a respeito da proteção privilegiada conferida às liberdades comunicativas, assim como pela aplicação equivocada de critérios constitucionais de solução de conflitos, a exemplo do princípio da proporcionalidade.

Além de carecer de um sistema coerente de princípios substantivos, o direito eleitoral estrutura-se hoje a partir de fundamentos teóricos inconsistentes e contraditórios com o ideal democrático que inspira a sua existência. *Primeiro*, a disciplina se assenta em uma concepção asséptica do processo político, pretendendo suprimir as paixões, os conflitos e as pretensas “impurezas” que são de sua essência. A título exemplificativo, o Código Eleitoral (“CE”), instituído pela Lei nº 4.737/1965, impede que a propaganda empregue meios destinados a criar “estados mentais, emocionais ou passionais” na opinião pública. É, porém, impossível – e mesmo indesejável – excluir as emoções da política. Não há como dissociar escolhas eleitorais de experiências afetivas, como a empatia, a insatisfação, o medo e a esperança. A política se exerce com razão e argumentos, mas também com paixão e confrontos. Essa imagem asséptica frequentemente vem também acompanhada de um ideal de moralização da política, que lhe prescreve uma pureza incompatível com a própria natureza do homem. Os políticos, sabe-se bem, não são santos – “se homens fossem anjos”, escreveu James Madison, “nenhum governo seria necessário”<sup>298</sup>. Mas tampouco são demônios. A disputa política é, assim, inseparável dos vícios e virtudes humanas.

*Segundo*, o direito eleitoral brasileiro organiza-se em função da diminuição da temperatura da política e, logo, da democracia. Como se verá, diversas regras eleitorais restringem a participação da cidadania e dos demais atores no processo eleitoral, como se a marginalização da política representasse um ganho social. Por exemplo, no dia da votação, a Lei nº 9.504/1997 (“Lei das Eleições” ou “LE”) proíbe qualquer manifestação coletiva, ainda que esta se dê em local distante das sessões eleitorais e não tenha nenhuma potencialidade de interferir na liberdade de voto e na normalidade do pleito (art. 39-A, §1º). Tais regras refletem, de forma evidente, uma concepção elitista de democracia, que procura reduzir o regime democrático à disputa de preferências dos eleitores por elites políticas<sup>299</sup>. Segundo tal

<sup>298</sup>MADISON, James. **The Federalist No. 51**. New York: Everyman, 1788.

<sup>299</sup>SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism, and democracy**. London; Boston: Unwin Paperbacks, 1987. p. 327.



concepção, a política não tem e nem deve ter um papel proeminente na vida dos cidadãos<sup>300</sup>. Porém, o que se deve buscar é justamente o contrário. Como se viu, o aumento do interesse e do engajamento da população nos pleitos e no debate de assuntos de interesse público em geral é uma condição de possibilidade da própria democracia. Especialmente no cenário brasileiro, de contumaz apatia da população diante das eleições, o ideal regulativo deve ser o aumento – jamais a diminuição – do calor da política.

*Terceiro*, trata-se de um ramo do ordenamento nitidamente inspirado por uma concepção paternalista, que pressupõe a ausência de capacidade de discernimento dos cidadãos, concebendo-os como “eternas crianças imaturas”<sup>301</sup>. Interessante notar, como o fez Fábio Konder Comparato, lembrando um sermão de Padre Vieira, que, na língua latina, a palavra infante quer dizer “o que não fala”<sup>302</sup>. A premissa de que o povo seria ignorante e facilmente manipulável em questões políticas tem servido de justificativa para a constante interferência estatal no jogo eleitoral, no sentido de restringir a liberdade de expressão, inibindo tanto o engajamento e a participação popular no pleito, quanto a divulgação de informações importantes para a decisão de voto.

Como se verá, esse é o caso da vedação à divulgação de resultados de pesquisas de boca de urna (que são justamente as mais confiáveis) antes do término da votação; da recente proibição pelo TSE de ataques pessoais entre os candidatos, durante o horário eleitoral gratuito; e também da proibição da veiculação de críticas políticas dos eleitores, sob o pretexto de constituírem propaganda eleitoral negativa. Essa vocação tutelar ignora, porém, que a própria ideia de democracia como autogoverno popular depende da concepção de cada um dos cidadãos como um agente moral autônomo, a quem deve ser dispensado igual respeito e consideração.

*Quarto*, o atual arcabouço teórico do direito eleitoral permanece envolto em uma tradição autoritária, comprometida, não com os ideais democráticos da Carta de 1988, mas com a asfixia da liberdade de expressão e da liberdade política que marcou os períodos ditatoriais no Brasil. De um lado, o Código Eleitoral editado em 1965, em meio à ditadura

---

<sup>300</sup> V. POSNER, Richard A. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003. Nesta obra, Posner chega a afirmar que “a atividade comercial e a vida privada são não apenas mais produtivas de riqueza e felicidade que a vida política, mas também mais pacíficas, o que, por sua vez, reforça o seu efeito positivo sobre a riqueza e felicidade. A competição pela riqueza e outros bens privados é intensa. Mas é menos tensa, menos emocional e menos perigosa do que a luta pelo poder, isto é, pelos meios de coerção física. (...) A rivalidade comercial é, em certo sentido, deliciosamente superficial, sem a ameaça de ‘aniquilação psíquica’ que está latente no conflito político, mesmo quando ele não leva à violência”. (p. 173, livre tradução).

<sup>301</sup> Cf. PERTENCE, Sepúlveda. Parecer nos Mandados de Segurança nº 984, 997 e 1.008, de 26.10.1988.

<sup>302</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático. **Estudos Avançados**, v. 14, n. 38, 2000, p. 307-320.

militar, permanece, ainda que parcialmente, em vigor. Muitos dos dispositivos aplicáveis às eleições continuam, assim, a espelhar os objetivos daquele regime, em especial a contenção das liberdades públicas e da participação política. De outro lado, como já se disse, a censura é um traço persistente da formação cultural brasileira. A censura prévia tem atingido todos os meios de comunicação durante o período eleitoral, com o objetivo de impedir a divulgação de informações, críticas e denúncias contra candidatos.

Há casos teratológicos. Em Palmas (TO), nas eleições de 2010, policiais militares armados com fuzis tentaram impedir a distribuição de revista que trazia uma reportagem sobre o então governador que disputava a reeleição, sem que sequer houvesse decisão judicial autorizando a operação<sup>303</sup>. No mesmo ano, em Campo Grande (MS), jornal semanal teve seus exemplares apreendidos pela polícia, por conter matéria criticando o governador do Estado, candidato à reeleição, visto que uma liminar proibia o jornal de mencionar o nome do governador, sob pena de multa de R\$ 50 mil por exemplar<sup>304</sup>. Em Cáceres (MT), um *site* jornalístico foi proibido de publicar quaisquer matérias sobre as eleições no município durante todo o pleito<sup>305</sup>. Em Curitiba (PR), um candidato ao governo do Estado obteve liminares para proibir a divulgação dos resultados de pesquisas eleitorais legítimas (do Ibope, Datafolha e Vox Populi) que lhe eram, porém, desfavoráveis<sup>306</sup>. No pleito de 2012, um blogueiro foi obrigado a alterar o título de uma publicação em seu blog, que trazia denúncias de corrupção contra candidato à Prefeitura. Em lembrança à ditadura, alterou-o para “Rosquinhas de Milho”<sup>307</sup>. Nas eleições de 2014, no Rio de Janeiro (RJ), uma decisão administrativa, no exercício de poder de polícia eleitoral, retirou do ar vídeos de um conhecido canal humorístico que satirizavam um dos candidatos ao governo do Estado. No mesmo ano, a pedido de senador que se candidataria à Presidência da República, o Ministério Público do Rio de Janeiro determinou a execução de mandados de busca e apreensão contra seis pessoas (incluindo jornalistas) suspeitas de difamar o senador, recolhendo de suas residências computadores, *pen-drives*, câmeras e outros aparelhos eletrônicos para a investigação de

---

<sup>303</sup> Disponível em: <<https://knightcenter.utexas.edu/pt-br/blog/policia-militar-do-tocantins-tenta-impedir-revista-veja-de-circular>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>304</sup> Disponível em: <<http://knightcenter.utexas.edu/pt-br/blog/jornal-de-campo-grande-e-confiscado-por-criticar-governador>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>305</sup> TRE/MT, **AIJE n° 301-94.2012.6.11.006**, Rel. Juiz Eleitoral Geraldo Fernandes Fidelis Neto, j. 31.08.2012.

<sup>306</sup> Disponível em: <<https://knightcenter.utexas.edu/pt-br/blog/liminares-barram-publicacao-de-pesquisas-eleitorais-no-parana>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>307</sup> TRE-BA, **Representação n° 7630**, Rel. Juíza Eleitoral Maria Fátima Monteiro Vilas Boas, j. 01.0./2012.

supostos crimes praticados virtualmente<sup>308</sup>. As eleições oferecem, assim, a prova mais evidente de que a cultura da liberdade de expressão ainda não criou raízes entre nós.

Por fim, vale mencionar uma última deficiência do direito eleitoral brasileiro: a regulação excessiva, assistemática, muitas vezes contraditória e casuísta. A legislação eleitoral brasileira é uma das mais extensas e restritivas no mundo. Suas normas encontram-se, hoje, esparsas em diversos diplomas, que incluem o Código Eleitoral, a Lei Complementar nº 64/1990 (Lei de Inelegibilidade), a Lei nº 9.096/1995 (“Lei dos Partidos Políticos” ou “LP”) e a Lei das Eleições, bem como as instruções normativas editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Não bastasse, tais diplomas têm sido objeto de constantes reformas, carentes de coerência e de sistematização. Até 1996, a cada pleito eram aprovadas as chamadas “leis do ano”, destinadas a vigorar apenas durante aquele período eleitoral<sup>309</sup>. Foi, então, editada, em 1997, a Lei das Eleições, com o objetivo de conferir estabilidade às regras do jogo e reduzir o casuísmo. Porém, essa mesma já foi alterada inúmeras vezes, ao sabor das contingências de cada eleição<sup>310</sup>. Disso decorre, em parte, a própria ausência de coerência na aplicação das normas eleitorais. A instabilidade e a profusão de leis, resoluções e portarias que definem as regras do jogo acabam conferindo grande margem de discricionariedade aos encarregados de aplicá-las. Por isso, na Justiça Eleitoral é comum que casos semelhantes sejam julgados de forma diversa, muitas vezes oposta, em espaços temporais curtos (às vezes, em um mesmo Tribunal e na mesma sessão de julgamento). As constantes alterações também dificultam a pacificação e a uniformização de entendimentos<sup>311</sup>.

Um dos pilares do Estado Democrático de Direito é, porém, justamente a segurança jurídica. Para que o resultado das urnas seja aceito pelos competidores políticos e demais atores sociais, é preciso criar um ambiente de confiança e previsibilidade das regras do jogo.

---

<sup>308</sup> Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/06/140611\\_aecio\\_busca\\_e\\_apreensao\\_mp\\_rj\\_rs](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/06/140611_aecio_busca_e_apreensao_mp_rj_rs)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>309</sup> As “Leis do Ano” foram editadas no Brasil para regulamentar as eleições de 1990, 1992, 1994 e 1996, respectivamente as Leis nº 7.773/1989, 8.214/1991, 8.713/1993, 9.100/1995.

<sup>310</sup> A Lei das Eleições foi alterada pelas Leis nº 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03, 11.300/06, 12.034/09, 12.350/2010, 12.891/2013, 12.976/2014 e 13.107/2015.

<sup>311</sup> A heterogeneidade das decisões eleitorais também se liga a um fator institucional: a inexistência de um quadro de magistrados próprio e permanente na Justiça Eleitoral, capaz de especializar-se na matéria. O TSE, tal qual os demais órgãos da Justiça Eleitoral, não possui quadro permanente. Seu perfil institucional consagra o revezamento periódico da sua composição, em paralelismo aos mandatos representativos. A ideia é que os magistrados não permaneçam em seus cargos eleitorais por período superior à duração dos mandatos parlamentares. Daí porque se fixou o prazo dos mandatos em 2 anos, prorrogáveis por mais 2, chegando ao máximo de 4 anos. Com esse mecanismo, busca-se reduzir as chances de captura de seus integrantes por forças políticas. Essa abordagem institucional, apesar de muito relevante, não cabe no escopo deste trabalho. Entretanto, o Direito tem um encontro marcado com o tema. V. SADEK, Maria Tereza Aina. **A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995.

É necessário ainda que tais regras sejam claras, transparentes, relativamente estáveis<sup>312</sup> e justas, e assegurem a neutralidade e imparcialidade do Estado em relação às diferentes correntes políticas, de modo que não se possa prever de antemão quem serão os vitoriosos<sup>313</sup>. Atualmente, porém, o excesso de regulamentação vai no sentido oposto da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade. Ele dificulta o cumprimento da legislação, não confere a devida previsibilidade em relação às futuras decisões judiciais, tolhe a participação dos políticos, dos candidatos e, ainda, dos meios de comunicação e da cidadania, limitando a liberdade de expressão. Ao final, quem ganha com o emaranhado das leis eleitorais certamente não é quem busca obedecê-las, mas quem pretende burlá-las.

Todas as deficiências apontadas acima revelam que o direito eleitoral ainda não foi *constitucionalizado*. Cumpre lembrar que a ideia de constitucionalização do Direito resultou de um movimento de alteração da compreensão sobre as funções das constituições e de sua posição no ordenamento jurídico<sup>314</sup>. De mera proclamação política, destituída de força normativa, as constituições ganharam não apenas o *status* de norma jurídica, mas uma posição de centralidade e de primazia face aos demais preceitos do ordenamento jurídico<sup>315</sup>. A partir desse deslocamento, passou-se a reconhecer o papel das constituições e, em especial, dos princípios constitucionais, como vetor hermenêutico na interpretação e aplicação das normas dos mais variados ramos do ordenamento, permitindo que os seus valores irradiem para toda a ordem jurídica<sup>316</sup>. As normas constitucionais tornam-se, nas palavras de Luís Roberto Barroso, o “*parâmetro de validade e o vetor interpretativo de todas as normas do sistema jurídico*”<sup>317</sup>. Neste novo cenário, é imprescindível que as disciplinas sejam “filtradas” a partir da ótica constitucional, de modo a permitir que seus institutos, princípios e fundamentos teóricos sejam reinterpretados à luz da Constituição<sup>318</sup>.

<sup>312</sup>FULLER, Lon L. **The morality of law**. New Haven: Yale University Press, 1977.

<sup>313</sup>PRZEWORSKI, Adam. **Capitalism and social democracy**. Cambridge; New York; Paris: Cambridge University Press, 1985.

<sup>314</sup>Sobre o tema, cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, 2005; e NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Orgs). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>315</sup>Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006; HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes [Trad.]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

<sup>316</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

<sup>317</sup>BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Op. cit.**

<sup>318</sup>SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

No domínio eleitoral não deve ser diferente. Pelo contrário. A íntima relação que o direito eleitoral nutre com a democracia e a soberania popular justifica e mesmo requer a profunda penetração dos princípios e valores constitucionais nesta seara. Até o momento, porém, esse movimento ainda é incipiente. A teoria e a prática eleitorais no Brasil demonstram significativo descolamento da Constituição de 1988 e de seu sistema de direitos fundamentais. A superação das deficiências apontadas acima exige, assim, um esforço de reformulação e reinterpretação dos princípios, fundamentos teóricos e arcabouço normativo do direito eleitoral, a partir das normas constitucionais.

O propósito deste trabalho é suprir parcialmente essa exigência, procedendo-se à filtragem do direito eleitoral brasileiro à luz do sistema constitucional da liberdade de expressão. Essa tarefa envolve, em um primeiro plano, repensar a relação entre a liberdade de expressão e os demais interesses constitucionais em jogo no processo eleitoral. O Capítulo 5 se ocupará disto. Já em um segundo plano, a empreitada abarca a releitura de grande parte da regulação eleitoral, incluindo restrições à propaganda política, à divulgação de pesquisas eleitorais, e ao financiamento de campanha. Para fins didáticos, esses temas serão tratados em quatro capítulos, que terão por objeto: o tempo das campanhas eleitorais (Capítulo 6), o conteúdo das campanhas eleitorais (Capítulo 7), as campanhas nos meios de comunicação (Capítulo 8) e o dinheiro nas campanhas eleitorais (Capítulo 9).

## 5 VALORES E INTERESSES CONSTITUCIONAIS EM JOGO NO PROCESSO ELEITORAL

### 5.1 Princípios constitucionais eleitorais

O primeiro passo para uma releitura do direito eleitoral à luz da liberdade de expressão é justamente a identificação dos princípios constitucionais específicos deste ramo do direito. Desde já, cumpre fazer a ressalva de que não cabem no escopo do presente trabalho considerações sobre a teoria dos princípios. Por sorte, esse caminho já foi devidamente pavimentado pela doutrina nacional<sup>319</sup>. É necessário, porém, destacar a centralidade que os princípios assumem no constitucionalismo contemporâneo, já que incorporam valores fundamentais e orientam a interpretação e a aplicação de todas as normas em vigor, irradiando-se por todo o ordenamento infraconstitucional.

Diferentemente de como tratou outros ramos do Direito, a Constituição não trouxe um catálogo expresso de princípios eleitorais. Esse fato tem gerado grande confusão doutrinária. Os principais manuais de direito eleitoral e trabalhos sobre o tema trazem, cada um, um rol diverso, muitas vezes sem identificar de forma precisa seus respectivos conteúdos. Veja-se alguns exemplos. Para José Jairo Gomes seriam princípios constitucionais eleitorais: a democracia, a democracia partidária, o Estado democrático de Direito, o poder soberano, republicano e federativo, o sufrágio universal, a legitimidade, a moralidade, a probidade e a igualdade<sup>320-321</sup>. Eneida Salgado extrai cinco princípios constitucionais estruturantes do sistema

---

<sup>319</sup> Sobre a teoria dos princípios, v. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2009; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012; BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica Dos Princípios Constitucionais o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>320</sup> GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

<sup>321</sup> Há diversos outros catálogos de princípios eleitorais. A título de exemplo, para Marcus Vinicius Furtado Coelho, os princípios do direito eleitoral são: o aproveitamento do voto, a celeridade, a isonomia, a devolutividade dos recursos, a preclusão instantânea, a anualidade, a responsabilidade solidária entre os candidatos e os partidos e a irrecorribilidade das decisões do TSE (**Direito eleitoral e processo eleitoral: direito penal eleitoral e direito político**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012). Já para Carlos Eduardo de Oliveira Lula, os princípios constitucionais setoriais atinentes ao Direito Eleitoral seriam a anualidade, a lisura das eleições, o aproveitamento do voto, a vedação de restrição de direitos políticos, a liberdade de propaganda política, a liberdade partidária, a periodicidade da investidura das funções eleitorais e a celeridade (**Direito eleitoral**. São Paulo: Imperium, 2008). Erick Wilson Pereira identifica como princípios específicos do Direito Eleitoral: os princípios da anualidade, democrático, das minorias, da igualdade, da moralidade, republicano e da

constitucional: a autenticidade eleitoral, a liberdade para o exercício do mandato, a necessária participação das minorias, a máxima igualdade na disputa eleitoral e a legalidade específica em matéria eleitoral<sup>322</sup>. Marcos Ramayana entende, por sua vez, que seriam princípios do Direito Eleitoral (sem distinguir aqueles decorrentes da Constituição): a lisura das eleições, o aproveitamento do voto, a celeridade, a devolutividade dos recursos, a preclusão instantânea, a anualidade, a responsabilidade solidária entre candidatos e partidos e a irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral<sup>323</sup>.

Entretanto, nenhum desses elencos identifica e sistematiza, de forma consistente, os princípios constitucionais *substantivos* norteadores do processo eleitoral brasileiro<sup>324</sup>. É certo que a Constituição Federal fixa as bases e fundamentos das regras do jogo eleitoral, ao consagrar alguns princípios de alto relevo e valor axiológico, dentre os quais se destacam: o princípio democrático (art. 1º, *caput*), o princípio republicano (art. 1º, *caput*), o pluralismo político (que é fundamento da República, nos termos do art. 1º, V), a soberania popular (arts. 1º, parágrafo único, e 14, *caput*), o princípio representativo (art. 1º, parágrafo único), a liberdade (art. 5º, *caput*) e a igualdade (art. 5º, *caput*).

Apesar de exercerem grande influência sobre o direito eleitoral, esses princípios não constituem um catálogo próprio deste ramo do direito. No entanto, a partir deles é possível extrair da Carta de 1988 quatro diretrizes básicas para a regulação do processo político-eleitoral. Para que o resultado dos pleitos possa ser considerado legítimo, as regras do jogo devem garantir: (i) a igualdade política entre os cidadãos, de modo a conferir aos eleitores o igual valor do voto e a igual possibilidade de influenciarem o resultado das eleições; (ii) a igualdade de oportunidades ou paridade de armas aos candidatos e partidos na disputa por cargos políticos, buscando evitar que alguns competidores possam extrair vantagens ilegítimas do acesso aos poderes econômico, midiático e político; (iii) a legitimidade do processo eleitoral, resguardando a autonomia da vontade do eleitor e a máxima autenticidade da manifestação da vontade popular, assim como a lisura do pleito, impedindo fraudes, corrupção, manipulações

---

proporcionalidade (**Direito eleitoral**: interpretação e aplicação das normas constitucionais eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2010). Ainda, há diversos manuais importantes que não trazem um catálogo de princípios eleitorais, como os de a) Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura. Agra (**Elementos de direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2012), b) Joel José Cândido, que apenas enumera princípios da propaganda eleitoral, que seriam os princípios da legalidade, da liberdade, da responsabilidade, da igualdade, da disponibilidade e do controle judicial da propaganda (**Direito Eleitoral Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Edipro, 2012), c) Fávila Ribeiro (**Direito eleitoral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998).

<sup>322</sup>SALGADO, Eneida Desirée. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

<sup>323</sup>RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Editora Impetus, 2011.

<sup>324</sup>Muitos desses elencos, além de incluírem alguns princípios processuais (adjetivos), tomam como princípios específicos do direito eleitoral alguns princípios constitucionais de alto relevo e valor axiológico, que determinam o sentido de todo o ordenamento jurídico.

e outros constrangimentos indevidos; e (iv) a liberdade de expressão político-eleitoral, permitindo que todos os atores do processo eleitoral – cidadãos, políticos, partidos e meios de comunicação –, possam participar amplamente do debate público em torno das escolhas eleitorais.

Todos esses vetores, os quais chamarei de princípios constitucionais eleitorais, constituem pressupostos para um processo eleitoral livre, justo e democrático. Eles estão associados à necessidade de um contínuo aperfeiçoamento do processo de escolha dos representantes pelos cidadãos, de modo a conferir legitimidade ao pleito e à própria democracia. Por isso mesmo, muito frequentemente, esses valores e interesses complementam-se e reforçam-se mutuamente. No entanto, em determinadas circunstâncias, eles podem colidir entre si, e em especial com a liberdade de expressão. Nesses casos, é preciso ter redobrado cuidado para que não se restrinja indevidamente nenhum dos princípios em jogo, já que todos ostentam grande relevo para a consecução dos anseios da democracia.

A partir de um exame mais atento da teoria e da prática do direito eleitoral brasileiro, verifica-se, porém, que a paridade de armas entre candidatos e partidos e a legitimidade do pleito têm assumido um peso desproporcional e uma posição de nítida (e quase absoluta) primazia face à liberdade de expressão. Esses (e outros) valores têm sido comumente invocados de forma equivocada e excessivamente ampla para legitimar restrições indevidas e desproporcionais ao livre fluxo de ideias e informações durante o pleito. Há fartos exemplos deles, atos administrativos e decisões judiciais que limitam severamente a liberdade de expressão (e, por vezes, atingem seu núcleo essencial), a pretexto de proteger princípios que sequer estão em jogo ou que poderiam ser tutelados adequadamente sem a promoção de uma restrição tão intensa ao discurso eleitoral. Infelizmente, não é difícil concluir que a liberdade de expressão tem sido tratada como um direito menor no campo eleitoral.

Diante desse cenário, para que se possa atribuir o devido peso a tais objetivos constitucionais, é importante analisá-los mais detidamente, de modo a apreender seu real conteúdo e alcance, bem como a relação que estabelecem com a garantia da livre expressão. É o que se fará a seguir.

### 5.1.1 Igualdade política entre os cidadãos



A igualdade política entre os cidadãos está consagrada no art. 14 da Carta de 1988, que prevê que o voto deve ter “*valor igual para todos.*” Ela decorre diretamente dos princípios democrático, representativo e da soberania popular. Na verdade, a igualdade política é uma condição de possibilidade do autogoverno popular. O princípio parte do pressuposto, moralmente incontestável, de que as pessoas têm igual valor intrínseco, de que nenhum ser humano é essencialmente superior aos demais e, assim, de que se deve, em princípio, conferir igual consideração e respeito aos interesses de cada um<sup>325</sup>. Nesse sentido, a igualdade política exige que o Estado considere seus membros como pessoas *autônomas*, capazes de se autodeterminarem e de tomarem suas próprias decisões, e *iguais*, ostentando o mesmo peso nas decisões sobre o destino da *polis*.

A efetivação da igualdade no campo político envolve, inicialmente, uma *dimensão institucional*, relacionada à extensão do sufrágio, às estruturas formais que viabilizam a representação política e ao sistema eleitoral adotado para a conversão de votos em cargos e postos de poder. Nessavertente, a igualdade de valor de voto, traduzida no postulado de direito eleitoral “*um homem, um voto*”<sup>326</sup>, representa um mandamento constitucional que atua em dois frentes. No primeiro, ele aponta para a realização plena do princípio da universalidade do direito de voto e para a equiparação de “pesos” dos sufrágios. Este comando constitucional já esteve no centro das preocupações em matéria eleitoral. Hoje, porém, a discriminação no acesso à participação política, por meio da exclusão de pobres (pelo voto censitário), analfabetos (pelos *literacy tests*) e mulheres, ou da atribuição de valor diferenciado ao voto de determinadas pessoas (voto plural), é, no Brasil e em grande parte do mundo, uma questão ultrapassada. No segundo frente, a igualdade política atua como um mandado de adoção de fórmulas eleitorais que garantam a maior equidade possível quanto ao peso atribuído a cada voto na distribuição dos mandatos<sup>327</sup>. Este é ainda um ponto em disputa e especialmente candente no cenário nacional, em que se debate (há muito) a necessidade de uma reforma política e a possível alteração do sistema eleitoral vigente.

A igualdade política não deve, porém, ser concebida de uma forma limitada, de modo a significar a mera atribuição de igual peso ao voto de cada cidadão ou a simples forma de cômputo e agregação das preferências individuais para a definição do resultado eleitoral. É

<sup>325</sup> DAHL, Robert A. **On political equality**. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 4.

<sup>326</sup> O princípio “one person, one vote” foi formulado pela primeira vez no julgamento do caso *Gray v. Sanders*, em 1963, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou inconstitucional o sistema eleitoral adotado na Geórgia, que conferia pesos desiguais aos votos de eleitores residentes em diferentes condados. No julgamento, a Corte acolheu o argumento do Ministro Willian Douglas, no sentido de que “the conception of political equality (...) can mean only one thing - one person, one vote” (Caso **Gray v. Sanders**, 372 U.S. 368, 1963).

<sup>327</sup> STF, **ADI 3592**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.10.2006.

preciso ir além. Como já se disse, a participação nos processos sociais de tomada de decisão envolve mais do que o ato de votar. A igualdade política pressupõe que, em uma democracia, todos os cidadãos tenham iguais oportunidades de influenciar o resultado eleitoral. Isso inclui, é claro, a possibilidade de participarem amplamente do debate público. Nesse sentido, a igualdade política e a liberdade de expressão estão profundamente imbricadas<sup>328</sup>.

Quando medida em termos de participação, a igualdade política, além da dimensão institucional, passa a abranger também uma *dimensão econômica*, que se refere à interferência das condições e relações econômicas na participação política<sup>329</sup>. Nesse sentido, não é difícil associar medidas de erradicação do analfabetismo, da pobreza extrema e de impedimentos à liberdade de locomoção, que dificultem o exercício do direito de voto, entre outras, à necessidade de prover as condições de possibilidade da igualdade e da própria participação política da população<sup>330</sup>.

O princípio da igualdade política inclui, ainda, uma *dimensão sociológica ou psicológica*, que diz respeito aos diversos fatores que conferem a algumas pessoas ou grupos uma posição privilegiada no debate público, tais como capacidade de liderança, conhecimento técnico, carisma, fama e notoriedade, relacionamentos interpessoais e acesso aos meios de comunicação<sup>331</sup>. Por óbvio, o princípio da igualdade política não exige que todas as pessoas tenham a mesma *quantidade* de discurso ou idêntica *influência* na arena pública. Isso não seria possível ou mesmo desejável. A igualdade de participação representa, em verdade, um ideal regulativo. Ela demanda que o Estado adote medidas para assegurar a *possibilidade* de participação nos processos de deliberação coletiva, superando-se eventuais obstáculos.

Ao se considerar que as pessoas são politicamente iguais, parece claro que todas devem ter chances de contribuir para a formação e alteração da opinião pública e para tornar o governo responsivo às suas ideias e opiniões. Como defendido por Robert Post, a igualdade de acesso ou participação no debate público é alcançada por meio da garantia de que todos os

---

<sup>328328</sup> Para Fávila Ribeiro, “o povo tem duplo meio para abastecer os órgãos representativos: pelo exercício dos sufrágios no provimento dos cargos eletivos e pelas exteriorizações críticas de suas opiniões, consubstanciando apoios ou rejeições” (RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1996).

<sup>329</sup> STILL, Jonathan W. Political Equality and Election Systems. **Ethics**, v. 91, n. 3, p. 375-394, 1991. p. 377.

<sup>330</sup> ONU. UN Committee on Human Rights. General Comment 25, “The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right to Equal Access to Public Service”. **International Standards of Elections**, 12 jul. 1996. Disponível em: <<http://www.osce.org/odihr/elections/19154?download=true>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>331</sup> STILL, Jonathan W. Political Equality and Election Systems. **Op. cit.** p. 377-378.

cidadãos possam expressar-se nos modos, formas e circunstâncias que eles próprios desejarem ou entenderem adequados<sup>332</sup>. Ela se dá, portanto, pela mais plena liberdade de expressão.

Para Post, a equidade em termos de participação no debate público não pode ser medida em termos de paridade de *influência* nas decisões<sup>333</sup>. Isso porque a influência de uma determinada pessoa no debate público depende, em boa medida, da sua capacidade de persuadir os demais a abraçar um determinado ponto de vista ou opinião. O debate público se assenta justamente na premissa de que os cidadãos (e não o Estado) irão avaliar as ideias em discussão e fazer as suas escolhas, distinguindo ideias boas e más, verdadeiras e falsas, de acordo com suas convicções, sentimentos e paixões.

É claro que as características pessoais de cada indivíduo, como inteligência, oratória, fama, renome e até aparência, afetam a sua capacidade de convencimento na arena pública. Um posicionamento político de um aclamado artista pode ter um maior impacto na opinião pública do que o de um cientista político, independentemente do conteúdo e da qualidade intrínseca do posicionamento. No entanto, se o Estado pretendesse equalizar a influência das pessoas no debate, ele teria que controlar os processos de reflexão e avaliação, que são questões de eminente foro íntimo de cada cidadão, assim como as próprias características e qualidades dos indivíduos, o que, além de tirânico, seria prejudicial ao debate público. Não se deve admitir, portanto, que o Estado dite às pessoas como elas podem expressar-se ou influenciar seus semelhantes, ainda que isso implique certa desigualação entre os cidadãos.

É possível, porém, aceitar alguma intervenção estatal na esfera comunicativa, com o objetivo de assegurar a participação no debate público daqueles que, por falta de recursos ou poder, não conseguiriam falar, escutar ou se fazer ouvir<sup>334</sup>. Sua atuação, nesse caso, se daria não para que as ideias das pessoas tivessem igual peso, mas para permitir um debate público mais plural e impedir que indivíduos ou grupos sejam capazes de monopolizá-lo ou de bloquear a participação de parcela da população.

O reconhecimento da igualdade política entre os cidadãos – especialmente nesta vertente da participação – como um princípio estruturante do direito eleitoral brasileiro pode assumir um papel relevante na alteração da concepção dominante sobre o papel da cidadania nos processos eleitorais brasileiros. Historicamente, o povo brasileiro é visto como mero receptor de informações ou espectador passivo dos grandes acontecimentos políticos. Essa

---

<sup>332</sup> POST, Robert. Democracy and equality. **Law, Culture and the Humanities**, v. 1, n. 2, p. 142-153, 2005.

<sup>333</sup> **Ibid.** p. 147.

<sup>334</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista dos Tribunais**, v. n. p. 52-57, 2004.

visão se reflete nitidamente no direito eleitoral, que ainda confere pouco peso à atuação popular fora das sessões de votação. Como se verá adiante, a Justiça Eleitoral tem comumente caracterizado legítimas críticas políticas dos cidadãos como propaganda eleitoral, cerceando a liberdade de expressão. Porém, cada vez mais, os cidadãos têm atuado também como produtores de conteúdo, conhecimento e informação, algo evidente nas redes sociais e na internet, exigindo a adaptação da regulação das eleições à nova realidade.

No direito eleitoral brasileiro, a igualdade política tem sido invocada, por exemplo, como fundamento para a imposição de limites ao montante que os cidadãos e empresas podem doar para campanhas políticas, de modo a impedir que, por meio das contribuições de campanha, os mais ricos possam exercer uma influência desproporcional sobre o resultado das eleições<sup>335</sup>.

A igualdade política entre os cidadãos tem, portanto, dois conteúdos básicos: (i) a *igualdade de valor do voto*, mandado constitucional dirigido às instituições eleitorais, que devem garantir a maior extensão do sufrágio e a maior equidade possível quanto ao peso atribuído a cada voto na distribuição dos mandatos, e (ii) a *igualdade de possibilidade de participação*, diretamente relacionada à liberdade de expressão, que pressupõe que todos possuam iguais oportunidades para participar dos processos de deliberação coletiva e para influenciar o resultado do pleito.

### 5.1.2 Igualdade de oportunidades ou “paridade de armas” entre candidatos e partidos

No reverso da moeda da igualdade de influência dos cidadãos encontra-se o princípio da igualdade de oportunidades ou chances, da “paridade de armas” ou da isonomia entre os candidatos e partidos políticos<sup>336</sup>. Ele se inspira na ideia de que qualquer jogo, inclusive o democrático, somente pode ser jogado se os competidores estiverem em condições de igualdade, não se podendo admitir que ganhadores e perdedores estejam definidos antes do início da partida. Nos exemplos eloquentes de Giovanni Sartori, um duelo não pode ser disputado entre quem tem uma arma de fogo e quem tem uma espada; uma corrida não pode

<sup>335</sup> STF, **ADI 4650**, Rel. Min. Luiz Fux, Informativo nº 732, STF.

<sup>336</sup> As diferentes nomenclaturas refletem de algum modo os diferentes tratamentos que o princípio tem encontrado na legislação, jurisprudência e doutrina dos diferentes países democráticos. Por exemplo, na jurisprudência do Tribunal Federal Alemão, desenvolveu-se o conceito de “Chancengleichheit”, na doutrina italiana, a ideia de “Par condicio”, e nos países anglo-saxões, o conceito de “level playing field”.

ser apostada entre quem está a pé e quem está motorizado; e em uma partida de xadrez, um jogador não pode ter duas rainhas<sup>337</sup>. O mesmo ocorre nas campanhas políticas. A paridade de armas é a regra de ouro do jogo eleitoral.

O princípio é deduzido dos princípios democrático, representativo, republicano, do pluralismo político e da própria soberania popular. Ele se funda na concepção de que os candidatos e os partidos políticos desempenham uma função-chave para o funcionamento do Estado Democrático de Direito, viabilizando a representação política e contribuindo para a formação e a expressão da vontade popular. Por isso, as eleições devem se submeter a um regime jurídico próprio que estabeleça condições para uma disputa livre e equilibrada, em que, de um lado, se assegure a plena liberdade de acesso à competição eleitoral, sem qualquer discriminação e, de outro, promova-se a igualdade de oportunidades na disputa por cargos políticos.

O ordenamento jurídico deve, em uma primeira dimensão, garantir a *igualdade de acesso à disputa eleitoral*, dispondo de garantias suficientes para possibilitar que todas as ideias políticas presentes na sociedade possam participar da disputa por cargos políticos<sup>338</sup>. Trata-se de assegurar a possibilidade de existência de diferentes alternativas políticas<sup>339</sup>. Para tanto, é necessário que o acesso à competição eleitoral seja livre e não existam filtros discriminatórios que impeçam determinados candidatos e partidos de se apresentarem como alternativas frente aos cidadãos<sup>340</sup>. Nesta primeira dimensão, a igualdade política alinha-se ao pluralismo político e à liberdade de criação e de funcionamento dos partidos e atua, na expressão de Sánchez Muñoz, como “*mandado de otimização do acesso à competição eleitoral*”<sup>341</sup>. Na legislação eleitoral, ela perpassa os dispositivos que estabelecem critérios para a criação e o funcionamento de partidos, condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade, entre outros.

Em uma segunda dimensão, é necessário que a lei assegure a *igualdade de condições de competição*<sup>342</sup>, ou, em outras palavras, a *igualdade de oportunidades de visibilidade* entre as

<sup>337</sup> SARTORI, Giovanni. Quel pasticciaccio della par condicio. *Corriere della Sera*, 27.11.1999.

<sup>338</sup> MUÑOZ, Oscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; MUÑOZ, Oscar Sánchez. **Modelos de regulación de la comunicación de los actores políticos en las campañas electorales: una visión comparada**. México: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 327-356, 2011.

<sup>339</sup> MUÑOZ, Óscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Op. cit., p. 69.

<sup>340</sup> MUÑOZ, Óscar Sánchez. **Propaganda gubernamental y elecciones**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 30.

<sup>341</sup> MUÑOZ, Óscar Sánchez. **Propaganda gubernamental y elecciones**. Op. cit., p. 30.

<sup>342</sup> Para Sartori, um “igual começo”, de modo que cada um dos competidores tenha o mesmo poder inicial, fundamentalmente em termos de condições econômicas, para aceder e conquistar aos postos políticos

forças políticas. Nesta dimensão, busca-se, de um lado, garantir liberdade para que os competidores busquem o apoio dos eleitores durante as campanhas, e, de outro lado, procura-se alcançar uma igualdade material na disputa, estabelecendo alguns limites a essa liberdade de campanha, para que nenhum competidor possa se beneficiar de vantagens ou influências abusivas e ilegítimas (inclusive por meio da ação de terceiros).

Como destacou Óscar Sánchez Muñoz, o conceito chave nessa dimensão é o de visibilidade<sup>343</sup>. É preciso que partidos ou candidatos, que encarnam as diferentes alternativas políticas, tenham visibilidade junto ao eleitorado, de modo a assegurar uma real competitividade entre eles, sem que possam extrair vantagens ilegítimas de posições de superioridade fácticas derivadas da detenção de mais recursos econômicos ou do acesso a quem o detenha (poder econômico), da disposição de maior acesso aos meios de comunicação de massa (poder midiático) ou do fato de se encontrarem no exercício de mandatos políticos (poder político)<sup>344</sup>. Nesta vertente, o princípio atua, segundo Sánchez Muñoz, como um “*mandado de otimização da visibilidade*” das forças políticas que competem nas eleições<sup>345</sup>.

Em decorrência dessas exigências, as projeções do princípio da paridade de armas assumem um carácter ambivalente, negativo e positivo. Em sua vertente negativa, a isonomia entre os candidatos e partidos requer: (i) a neutralidade do Estado em relação às diferentes correntes políticas existentes e seus representantes, (ii) a garantia da liberdade de expressão e de campanha dos candidatos e dos partidos políticos e, ainda, (iii) a vedação de condutas abusivas por partes dos concorrentes, que permitam que estes se aproveitem das três superioridades ilegítimas apontadas acima (a econômica, a midiática e a política). Exemplos de medidas nesse sentido seriam a definição de limites de gastos, a proibição de propaganda paga na tv e no rádio e as limitações à publicidade institucional.

Já em sua vertente positiva, o princípio exige a adoção de medidas prestacionais, voltadas à obtenção de um maior equilíbrio entre os competidores, garantindo-se condições mínimas de sobrevivência e participação a todos os candidatos e partidos na disputa<sup>346</sup>. Nessa

---

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

<sup>343</sup>MUÑOZ, Óscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Op. cit., p. 69.

<sup>344</sup>MUÑOZ, Óscar Sánchez. **Propaganda gubernamental y elecciones**. Op. cit., p. 30.

<sup>345</sup>MUÑOZ, Óscar Sánchez. **Propaganda gubernamental y elecciones**. Op. cit., p. 30.

<sup>346</sup>O autor defende que é necessário “compensar de algum modo a situação de inferioridade em que se encontrem alguns dos competidores eleitorais e permitir que as opiniões políticas que representam estes competidores tenham a mesma oportunidade de se fazerem visíveis para o eleitorado, de tal forma que a decisão dos eleitores possa ser assim autenticamente livre e não seja condicionada pelos poderes políticos, econômicos e midiáticos”. Livre tradução. No original: “compensar de algún modo la situación de inferioridad en que se encuentren algunos de los competidores electorales y permitir que las opiniones políticas que representan dichos competidores tengan la misma oportunidad de hacerse visibles para el electorado, de tal forma que la decisión

linha, é possível pensar na concessão de recursos públicos aos partidos e na disponibilização de espaço gratuito nos meios de comunicação de massa. Medidas como essas atuam no sentido de conferir uma igualdade *material* de oportunidades, e não meramente formal, a todas as alternativas políticas.

Vale ressaltar, porém, que a igualdade material não pode ser confundida com uniformização. Diversas *desigualdades* (ou atributos) funcionam como critério legítimo de diferenciação, seja entre os candidatos (articulação, oratória, inteligência, reputação e trajetória política), seja entre os partidos (sua história, seus programas e o apoio popular conquistado). A figura do jogador importa. Isso vale tanto em duelos, corridas e partidas de xadrez, quanto nas eleições. Se é certo, de um lado, que as regras do jogo devem prover condições materiais de igualdade, de outro lado, seria um erro pretender estratificar ou padronizar os candidatos e partidos políticos. Isso equivaleria a tolher a própria liberdade de escolha da cidadania e prejudicar a qualidade da representação. Cabe ao eleitor julgar quais atributos devem ser valorados na escolha de candidatos e partidos, devendo o Estado apenas adotar algumas precauções para que esses atributos não sejam manipulados artificialmente, pelo uso indevido dos poderes econômico, político ou midiático. Como afirma Bernard Manin, a democracia não requer que os eleitores adotem *standards* imparciais de seleção de seus candidatos, e certamente ninguém é chamado a justificar racionalmente o seu voto<sup>347</sup>.

Em verdade, o próprio conteúdo do princípio da isonomia entre as forças políticas pode ensejar algumas diferenciações. Em países como o Brasil e a Alemanha, a igualdade de chances (pelo menos, no acesso aos meios de comunicação e a recursos estatais) corresponde à ideia de “igualdade de chances gradual”, que varia de acordo com a “significação do Partido”, com a sua representatividade ou com o nível de apoio eleitoral recebido<sup>348</sup>. A lógica dessa diferenciação está em reconhecer que o poder dos partidos muitas vezes reflete o apoio público genuíno que recebem da população e, nesse caso, estabelecer um tratamento estritamente igualitário ou uniforme entre eles, ao invés de proteger a paridade de armas, poderia produzir uma equiparação artificial e não neutra entre as diferentes correntes

---

de los electores pueda ser así auténticamente libre y no venir condicionada por los poderes políticos, económicos o mediáticos”. (MUÑOZ, Óscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Op. cit., p. 12).

<sup>347</sup> MANIN, Bernard. **Los principios del gobierno representativo**. Fernando Vallespín [Trad.]. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 170.

<sup>348</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Propaganda Eleitoral Horário Gratuito. Distribuição Equitativa. **Revista de Direito Público**, v. 20, n. 82, p. 100-110, abr./jun. 1987, p. 103.

políticas<sup>349-350</sup>. Por óbvio, a gradação da igualdade de oportunidades não pode converter-se na consolidação do *status quo*, de modo a congelar o quadro partidário. Por isso, quando for adotada, ela deve assegurar um patamar mínimo a todos os competidores, independentemente de sua representação, para que seja garantida “razoável e adequada eficácia a todo e qualquer esforço partidário”<sup>351</sup>.

No direito eleitoral brasileiro, o princípio da isonomia entre candidatos e partidos tem sido invocado amplamente na regulação da competição eleitoral. A título exemplificativo, ele é aplicado na definição do sistema eleitoral (na tradução dos votos em postos de poder, incluindo a imposição de cláusulas de barreiras), na determinação do regime de financiamento dos partidos (no financiamento parcial das campanhas com recursos públicos extraídos do fundo partidário), na regulação do acesso e da atuação dos meios de comunicação nas eleições (como no estabelecimento do horário eleitoral gratuito na tv e no rádio) e na vedação de uma série de condutas aos agentes públicos (art. 73, da Lei 9.504/1997).

Seu campo de aplicação mais proeminente tem sido, porém, o combate ao abuso dos poderes econômico, político e midiático. Para o Tribunal Superior Eleitoral, abuso de poder é justamente “*toda conduta abusiva de utilização de recursos financeiros, públicos ou privados, ou de acesso a bens ou serviços em virtude do exercício de cargo público que tenha potencialidade para gerar desequilíbrio entre os candidatos, afetando a legitimidade e a normalidade das eleições*”. Portanto, a ideia subjacente à restrição é a de que tais abusos são aptos a desequilibrar o pleito, fazendo a disputa pender para um determinado lado e influenciando no resultado das eleições. Violam, assim, a paridade de armas entre os competidores.

O princípio da igualdade de oportunidades ou da paridade de armas na disputa por cargos políticos tem, portanto, dois conteúdos básicos: (i) a *igualdade de acesso à competição eleitoral*, de modo a assegurar que todas as ideias políticas presentes na sociedade possam participar da disputa por cargos políticos, sem que filtros ilegítimos impeçam determinados candidatos e partidos de se apresentarem como alternativas frente aos cidadãos, e (ii) a *igualdade de oportunidades de visibilidade* junto ao eleitorado, por meio da garantia da ampla liberdade de expressão e da contenção do abuso dos poderes econômico, midiático e político,

<sup>349</sup> RINGHAND, Lori A. Concepts of Equality in British Financing Reform Proposals. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 22, n. 2, 2002. p. 253-273.

<sup>350</sup> Conforme notou Gilmar Mendes, o Tribunal Constitucional Alemão afastou-se da aplicação estritamente formal do princípio, por entender que um “*tratamento absolutamente igualitário levaria a uma completa distorção da concorrência, configurando a equiparação legal das diferentes possibilidades (“faktische Chancen”) manifesta afronta ao princípio da neutralidade que deveria ser observado pelo Poder Público em relação a todos os partidos políticos (...)*” (MENDES, Gilmar Ferreira. Propaganda Eleitoral Horário Gratuito. Distribuição Equitativa. *Revista de Direito Público*, Op. cit., p. 103).

<sup>351</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Propaganda Eleitoral Horário Gratuito. Distribuição Equitativa. *Op. cit.*, p. 103.



de modo que haja uma real competitividade entre partidos e candidatos que encarnam as diferentes alternativas políticas.

### 5.1.3 Legitimidade do processo eleitoral

Outro interesse constitucional em jogo é a garantia de um processo eleitoral legítimo, dotado de lisura, higidez e credibilidade pública, em que, de um lado, o eleitor tenha plena liberdade para realizar suas opções de voto, e, de outro, impeçam-se fraudes, manipulações e outros constrangimentos que alterem o resultado do pleito. Com isso, busca-se assegurar a realização da democracia e dos princípios representativo, republicano e da soberania popular, impedindo-se o comprometimento da autonomia dos eleitores e o falseamento da vontade popular. A legitimidade está intrinsecamente ligada com a própria justiça das eleições.

O princípio é especialmente relevante no país diante da história política brasileira, marcada pelos “*vícios crônicos da fraude, da corrupção e da violência*”<sup>352</sup>. No Império, e igualmente durante a República Velha, como observou Raymundo Faoro, “*todos sabiam que as eleições pouco tinham a ver com a vontade do povo*”<sup>353</sup>. O voto de cabresto, a violência, as eleições a bico-de-pena, as atas falsas, a degola<sup>354</sup>, as subtrações de urnas e de documentos eleitorais e adulterações dos resultados eram apenas alguns dos mais diversos e engenhosos métodos de manipulação. Esses métodos apenas foram, de certo modo, ultrapassados, com a moralização das eleições, a partir da criação da Justiça Eleitoral, em 1932. Nada obstante isso, as fraudes e constrangimentos indevidos continuaram e continuam a existir, ainda que em menor proporção<sup>355</sup>. O desafio do Direito e da Justiça Eleitoral é, portanto, o contínuo

<sup>352</sup> RIBEIRO, Fávila. O Direito Eleitoral e a Soberania Popular. In: **Themis**, Fortaleza, v 3, n. 1, p. 297-321, 2000.

<sup>353</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: Formação do patronato político brasileiro. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2013. p. 391.

<sup>354</sup> Como explica Eneida Salgado, “a degola era o não-reconhecimento dos eleitos. Esse reconhecimento, feito pela Comissão Verificadora dos Poderes, configurava um ‘terceiro escrutínio’. As eleições ‘a bico de pena’ se davam pela adulteração das atas” (**Princípios constitucionais eleitorais**. Op. cit., p. 123).

<sup>355</sup> José Jairo Gomes expõe manifestações fraudulentas ainda existentes na atualidade, como: (i) a transferência de domicílio eleitoral para viabilizar uma candidatura ou um terceiro mandato, frequente no caso de prefeitos de cidades contíguas; (ii) a dissolução de casamento para desincompatibilizar o cônjuge e/ou parentes; (iii) pedido de registro de candidato inelegível e sua substituição às vésperas do pleito; e (iv) transferência fraudulenta de eleitores (Biometria e controle jurídico-social da fraude eleitoral. In: **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 3, set./dez. 2011. p. 99-100).

aperfeiçoamento das técnicas e procedimentos eleitorais, com o fim de garantir a manutenção da higidez das eleições e de combater abusos.

A legitimidade do processo eleitoral deve ser assegurada sob duas perspectivas complementares: a do eleitor e a do escrutínio. A primeira perspectiva refere-se, na terminologia adotada por Eneida Salgado, à exigência de “*autenticidade do voto*”, obtida por meio da garantia de plena liberdade de escolha pela população<sup>356</sup>. Referido subprincípio exige que o Estado assegure que os cidadãos sejam livres e independentes para formular seus julgamentos e para expressar nas urnas suas conclusões e convicções. Ela pressupõe, portanto, a garantia plena das liberdades de expressão, associação e reunião, de modo que os eleitores tenham conhecimento sobre as diferentes alternativas políticas e elementos para formar o seu convencimento. Conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal, “[a] *ninguém é dado interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade de voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive*”<sup>357</sup>.

A autenticidade do voto é vulnerada por vícios na formação e na declaração de vontade do eleitor, sobretudo aqueles que atuam de forma direta, como nos casos de intimidação, ameaça, coação, violência e compra de votos. Tais pressões maculam a liberdade de decisão dos indivíduos, sobretudo daqueles desfavorecidos economicamente, que são mais vulneráveis a azares e ameaças econômicas, trabalhistas ou físicas.

Entende-se também que, nos casos extremos, pressões indiretas – como o uso abusivo de recursos econômicos nas campanhas, a excessiva exposição na mídia e o uso ostensivo da máquina pública em favor de um competidor – podem afetar a autenticidade do voto e a legitimidade do pleito, por comprometerem o equilíbrio da disputa (em afronta ao princípio da igualdade de oportunidades) e, logo, afetarem a liberdade do voto. A legitimidade do pleito exige, assim, a contenção da influência indevida e abusiva do poder, que subverte o tratamento igualitário que deve ser concedido aos concorrentes. O livre exercício do direito de voto requer, nessas hipóteses, além das medidas para assegurar condições equitativas na competição políticamente mencionadas acima, mecanismos capazes de combater favorecimentos ou perseguições ilegítimos e de evitar a corrupção e a criação de relações antirrepublicanas entre os poderes econômico e político durante as campanhas.

A Constituição Federal e a legislação eleitoral contêm diversas concretizações e garantias do princípio da autenticidade do voto. Na Constituição há, por exemplo, a definição do voto secreto como direito fundamental e cláusula pétrea (arts. 14, *caput*, e 60, § 4º, CRFB),

---

<sup>356</sup>SALGADO, Eneida Desirée. **Princípios constitucionais eleitorais**. Op. cit., p. 117.

<sup>357</sup> STF, **ADI 3.592**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.10.2006.

a inviolabilidade dos direitos políticos (art. 15, CRFB) e o estabelecimento de casos de inelegibilidade para proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso de poder político (art. 14, § 9º, CRFB). Por sua vez, a Lei das Eleições veda a arregimentação de eleitor e a propaganda de boca de urna (art. 39, § 5º, II, LE), e proíbe a captação ilícita de sufrágios (art. 41-A, LE). Já o Código Eleitoral estabelece uma série de garantias do eleitor, como a possibilidade de expedição de salvo-conduto para impedir coação ou violência, moral ou física, ao eleitor, na sua liberdade de votar ou por ter votado (art. 235, CE), o impedimento de prisão ou detenção do eleitor desde 5 dias antes até 48 horas depois do pleito (art. 236, CE), assim como a definição de um extenso rol de crimes eleitorais, como a compra de votos (art. 299, CE), a coação a votar ou não votar em determinado candidato ou partido (art. 301, CE) e a violação ao sigilo do voto (art. 312, CE).

A segunda perspectiva refere-se, também na definição de Eneida Salgado, à exigência de “*veracidade do escrutínio*”<sup>358</sup>. O foco aqui não está mais no eleitor, mas no próprio procedimento eleitoral. Este subprincípio do princípio da legitimidade das eleições consiste na tutela do resultado final das eleições, que deve refletir, da forma mais precisa possível, a vontade do corpo eleitoral. A título de ilustração, ele envolve: (i) no momento anterior à votação, o procedimento de alistamento eleitoral; (ii) na votação, os procedimentos de reconhecimento do eleitor pela mesa receptora de votos e de manifestação dos votos nas urnas; e (iii) após a votação, os procedimentos de apuração do sufrágio e da proclamação dos eleitos (além de sua diplomação e posse). Em todos esses momentos, é preciso garantir condições para que o resultado das eleições espelhe a vontade popular *depositada* nas urnas e para que as escolhas dos eleitores não sejam falseadas, combatendo vícios capazes de alterar o resultado do pleito.

O interesse em garantir a veracidade do escrutínio é invocado para justificar, por exemplo, a implantação da urna eletrônica<sup>359</sup>, os procedimentos de segurança das urnas e medidas atinentes ao adequado reconhecimento do eleitoral, tais como os recentes esforços para implementar a identificação biométrica na votação<sup>360-361</sup> e o regime de nulidades<sup>362</sup>.

---

<sup>358</sup>SALGADO, Eneida Desirée. **Princípios constitucionais eleitorais**. Op. cit., p. 125.

<sup>359</sup> Segundo José Jairo Gomes, “já em 1995, na gestão do ministro Carlos Mário Velloso, iniciaram-se os trabalhos de informatização do voto e do processo de votação; em 1996, sob a presidência do ministro Marco Aurélio Mello, realizou-se a primeira votação eletrônica no Brasil. Desde então, a votação eletrônica tornou-se rotina para os brasileiros. Veja-se que nas eleições de 2000, 2002, 2004, 2006, 2008 e 2010, todo o eleitorado votou eletronicamente” (Biometria e controle jurídico-social da fraude eleitoral. In: **Estudos Eleitorais**. Op. cit., p. 96).

<sup>360</sup> GOMES, José Jairo. Biometria e controle jurídico-social da fraude eleitoral. In: **Estudos Eleitorais**. Op. cit., p. 93-101.

A legitimidade do pleito tem, portanto, dois conteúdos básicos. Ela abrange(i) a *autenticidade do voto*, obtida por meio da garantia de que os cidadãos sejam livres e independentes para formular seus julgamentos e para expressar nas urnas suas conclusões e convicções. Isso, como se viu, exige tanto a garantia plena da liberdade de expressão, quanto a ausência de vícios na formação e na declaração de vontade do eleitor, seja por meios diretos (como a ameaça, a coação e a compra de votos), seja por meios indiretos (como o abuso dos poderes econômico, político e midiático que comprometam o equilíbrio da disputa). Abrange, ainda, (ii) a *veracidade do escrutínio*, que impõe que o resultado final das eleições espelhe a vontade popular *depositada* nas urnas e não seja falseado, combatendo vícios e fraudes capazes de alterar o resultado do pleito.

#### 5.1.4 Liberdade de expressão político-eleitoral

Por fim, também a liberdade de expressão político-eleitoral constitui um princípio constitucional eleitoral. Trata-se, como já se disse, de um princípio que tem sido amplamente menosprezado no direito eleitoral. Muitos atores chegam a reconhecer a “liberdade” como um princípio específico regulador da propaganda eleitoral, mas não como um princípio geral, que deva pautar a interpretação e a aplicação de todas as normas desse ramo do ordenamento<sup>363</sup>.

Como o conteúdo da liberdade de expressão já foi suficientemente explorado na Parte I deste trabalho, neste momento, parece importante apenas analisar a relação que ela estabelece com os demais princípios elencados acima. Conforme demonstrado, a livre manifestação do pensamento é tão essencial no processo eleitoral que compõe o conteúdo de

---

<sup>361</sup> Sobre o tema, o STF julgou inconstitucional norma para as eleições de 2012 que previa obrigatoriedade da exibição concomitante, no momento da votação, do título eleitoral e de documento oficial com fotografia, com o propósito de alcançar maior segurança no processo de reconhecimento dos eleitores e evitar fraudes, por entender que era uma medida desproporcional que, em verdade, limitava o livre exercício do sufrágio (STF, **ADI 4.667 MC**, Rel. Min. Ellen Gracie).

<sup>362</sup> Na verdade, o tratamento conferido pela legislação eleitoral às nulidades reflete a preocupação com a legitimidade do pleito, na sua dupla dimensão, autenticidade do voto e veracidade do escrutínio. De um lado, o Juiz somente deve pronunciar nulidades com clara demonstração de prejuízo (art. 219, CE), ou quando a votação for viciada de falsidade, fraude, coação ou captação ilícita de sufrágios (art. 222, CE). De outro, somente podem dar causa à anulação da eleição nulidades que ostentem gravidade suficiente a alterar a vontade da maioria do eleitorado. De fato, se vícios menores, formais ou que impliquem a anulação de um número diminuto de votos, pudessem causar a anulação de todo o pleito, a própria soberania popular seria violada. Por isso, a nulidade das eleições somente poderá ser decretada em casos excepcionais, quando não seja possível determinar qual era a real vontade dos eleitores. Em todas as demais situações, é aplicável o princípio da conservação do ato eleitoral.

<sup>363</sup> Veja-se: CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 11ª ed. Bauru: Edipro, 2004.

todos os demais princípios substantivos estruturantes do direito eleitoral. Ela integra o princípio da *igualdade política entre os cidadãos*, tendo em vista que este pressupõe que toda a população tenha iguais oportunidades para participar dos processos de deliberação coletiva e para tentar influenciar o resultado eleitoral. A liberdade de expressão também conforma o sentido do princípio da *igualdade de oportunidades entre candidatos e partidos*, na medida em que este requer que se assegure a igualdade de oportunidades de visibilidade de todas as correntes políticas junto ao eleitorado. Ainda, ela está no núcleo do princípio da *legitimidade do pleito*, pois só há autenticidade do voto quando os cidadãos são livres e independentes para formularem seus julgamentos e expressá-los nas urnas, sem quaisquer constrangimentos indevidos.

A ubiquidade da liberdade de expressão no processo eleitoral não a torna, porém, um direito absoluto. Parece evidente que ainda que a expressão seja protegida preferencialmente no âmbito do processo eleitoral, esse direito fundamental *poderá* ser regulado, seja para promover uma maior equalização de forças entre candidatos e partidos, seja para evitar interferências indevidas no processo de deliberação coletiva e no próprio resultado do pleito.

Como se viu na Parte I, a validade das medidas restritivas deste direito estará, porém, condicionada, entre outros, ao cumprimento dos vários requisitos que compõem o chamado “teste tripartite”. Em primeiro lugar, as restrições à liberdade de expressão submetem-se à reserva de lei formal, *i.e.*, aprovada pelo Poder Legislativo competente. Em segundo lugar, devem encontrar fundamento na promoção de outros interesses de elevado valor axiológico, tutelados pela Constituição, em especial os princípios constitucionais eleitorais. Em terceiro lugar, as medidas devem observar o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, de modo que sejam: (i) *adequadas* ao cumprimento dos objetivos que as justificam; (ii) *necessárias* à promoção desses objetivos, certificando-se que inexistam medidas alternativas menos gravosas e igualmente idôneas à sua persecução; e (iii) *proporcionais em sentido estrito*, engendrando mais benefícios para os princípios tutelados do que custos decorrentes da restrição à liberdade de expressão. Por fim, a ponderação entre os interesses em conflito deve considerar, em todo caso, a posição preferencial que ostentam as liberdades comunicativas no sistema constitucional brasileiro, o que envolve a atribuição de um peso elevado à liberdade de expressão, um controle muito rigoroso de medidas restritivas e uma presunção de vedação à censura, de modo a conferir primazia à responsabilização civil posterior, em caso de abuso. Essa perspectiva não abandona a proteção constitucional da expressão no contexto eleitoral. Em vez disso, ela propõe que a liberdade de expressão seja restringida apenas quando e na medida em que se mostrar *incompatível* com os outros valores

instrumentais à democracia, que devem ser tutelados durante as campanhas eleitorais. Se concebidos de maneira correta, tais esforços podem ser, inclusive, altamente benéficos à própria liberdade de expressão.

Já se tendo identificado os princípios constitucionais eleitorais, cabe, em um segundo passo para a filtragem constitucional do direito eleitoral, indagar sobre outros princípios constitucionais que devam ser considerados na regulação das eleições.

## 5.2 Outros valores e interesses constitucionais invocados

Outros valores e interesses constitucionais não relacionados diretamente à democracia, ao regime representativo e à soberania popular têm sido invocados correntemente para justificar a restrição da liberdade de expressão nas eleições. É o caso da proteção ao meio ambiente, do cumprimento de posturas municipais e, com especial relevo, da proteção aos direitos da personalidade dos candidatos.

Nas campanhas eleitorais e na vida política em geral, é cada vez mais frequente que políticos atingidos por críticas ou protagonistas de notícias sobre investigações de supostos ilícitos batam às portas da Justiça para tentar barrar a veiculação das informações ou para cobrar altas indenizações em reparação às ofensas suportadas. Também têm se tornado comuns iniciativas no sentido de restringir a propaganda eleitoral, como a distribuição de “santinhos” e a colocação de cartazes ou a pintura de muros, sob o pretexto de reduzir a poluição e garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Na disputa com esses interesses, parece evidente, porém, que a liberdade de expressão assume um *status* preferencial. Muito embora os direitos da personalidade e a proteção do meio ambiente sejam interesses constitucionalmente tutelados de alto valor axiológico, eles não estabelecem uma relação direta e essencial com a democracia e demais exigências da soberania popular e do sistema representativo. Da sua garantia não depende a legitimidade do pleito. Por isso, a limitação da liberdade de expressão no caso de colisão com esses valores será, em regra, indevida. Como se verá, isso não significa olvidar a proteção constitucional a esses bens jurídicos, que devem ser, na medida do possível, preservados a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade. A seguir, procuro avaliar, em linhas gerais, as colisões entre a liberdade de expressão e a tutela do meio ambiente e o cumprimento de posturas municipais no âmbito eleitoral. A questão da proteção aos direitos da personalidade será

tratada ao longo do trabalho, em razão da sua ampla invocação e aplicação durante os pleitos para limitar a liberdade de expressão.

### 5.2.1 Proteção ao meio ambiente nas eleições

Como se disse, têm se tornado comuns iniciativas no sentido de restringir a propaganda eleitoral, em nome da garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CRFB). Invoca-se como fundamento dessas restrições a preocupação com o impacto negativo da poluição causada pelas eleições. Ela inclui o lixo gerado pelos folhetos e demais materiais de campanha, a poluição visual e o prejuízo à estética urbana produzida pelos cartazes, faixas e pinturas de muros, bem como a poluição sonora emitida pela circulação de carros de som e a instalação de autofalantes nos eventos de campanha<sup>364</sup>. Também são usados como argumento para a restrição casos de pessoas que se feriram por escorregarem em folhetos e materiais de propaganda. Na sua vertente mais dramática, há notícia de uma senhora que faleceu durante as eleições de 2012 após ter escorregado em “santinhos” no interior de São Paulo<sup>365</sup>.

Com base em tais fundamentos e na própria previsão do Código Eleitoral que veda a propaganda que “prejudique a higiene e a estética urbanas”<sup>366</sup>, o Ministério Público tem adotado a prática de celebrar, com candidatos, partidos e coligações, em cada Município, termos de compromisso ou de ajustamento de conduta, limitando, ainda mais, os meios de propaganda admitidos com o objetivo de garantir eleições limpas<sup>367</sup>. Por meio desses instrumentos, são proibidas ou severamente limitadas, durante todo o período de propaganda eleitoral, a realização de pintura em muros e fachadas, a instalação de propagandas móveis (como placas, faixas, cavaletes e bandeiras), a realização de carreatas e passeatas, a utilização de carros de som e a distribuição de propagandas impressas, como santinhos e jornais, sob pena de multa.

---

<sup>364</sup>ROLLO, Arthur Luís Mendonça. A importância ambiental da propaganda eleitoral. **Paraná Eleitoral**, v. 1, p. 301-311, 2012.

<sup>365</sup> Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,morre-idosa-que-escorregou-em-santinhos-em-bauru,943623>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>366</sup> Trata-se do art. 243, VIII, do Código Eleitoral que proíbe a propaganda que “prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais”. A Lei das Eleições também torna crime o ato de jogar santinhos na rua no dia de eleição, cominando pena de 6 meses a 1 ano de prisão pelo seu descumprimento.

<sup>367</sup>ROLLO, Arthur Luís Mendonça. A importância ambiental da propaganda eleitoral. **Op. cit.**

Tais regras e práticas revelam, porém, grave violação à liberdade de expressão. Não se ignora a importância da questão ambiental e a necessidade da mobilização de instrumentos para a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. É certo que a Constituição Federal demonstrou grande preocupação com o tema, consagrando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental e instituindo complexo sistema de regras e princípios específicos para sua tutela<sup>368</sup>. Em que pese a necessidade de prevenir os danos ambientais, parece-me que a produção de resíduos e o eventual incômodo causado por diversas formas de propaganda eleitoral não constituem justificativas suficientes para tolhê-las. Como já se disse amplamente, a liberdade de expressão político-eleitoral exercida pelos candidatos e partidos por meio da propaganda exerce papel fundamental em uma democracia, permitindo a formação de um debate robusto sobre temas de interesse público. Ademais, como se vê, as práticas vedadas com o objetivo de evitar a poluição são justamente aquelas menos custosas (cartazes, folhetos, etc), de modo que tais restrições afetam, ainda que indiretamente, a paridade de armas entre os competidores, beneficiando os candidatos mais próximos ao poder econômico, os detentores de mandatos e os que têm maior visibilidade e acesso privilegiado à mídia.

Em verdade, há diversos meios menos gravosos do que a proibição ou a limitação da veiculação da propaganda, igualmente idôneos a tutelar o meio ambiente. Por exemplo, a Resolução TSE nº 23.404, que regulou a propaganda nas Eleições de 2014, estabeleceu que *“no prazo de até 30 dias após a eleição, os candidatos, os partidos políticos e as coligações deverão remover a propaganda eleitoral, com a restauração do bem em que fixada, se for o caso”*. Por isso, apenas eventuais excessos ou abusos deverão justificar a restrição à liberdade de expressão durante os pleitos. Isso ocorrerá, por exemplo, no caso das *“forrações”*, prática de forrar as calçadas em frente aos colégios eleitorais com o despejo de milhares de panfletos e santinhos na madrugada da véspera do pleito, para tentar burlar a proibição de distribuição de propaganda no dia da votação. Nessa hipótese, parece que os poucos benefícios eventualmente produzidos pela prática, em termos de garantia de informações para eleitores, são ultrapassados pelos seus custos, tanto com a geração de lixo, como pelo risco de acidentes.

No caso da proteção do meio ambiente, como em muitos outros no direito eleitoral, a melhor regulação é aquela que se faz de forma espontânea pelos eleitores, e não imposta pelas autoridades, com grave violação à liberdade de expressão. Como os últimos pleitos estão a

---

<sup>368</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Jurisprudência, Glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.



demonstrar, cada vez mais os candidatos têm reduzido o investimento em “santinhos” e cartazes por vontade própria, diante da rejeição popular a esses formatos de propaganda.

### 5.2.2 O cumprimento de posturas municipais e eleições

Até pouco tempo atrás, a legislação eleitoral condicionava a veiculação da propaganda à observância de posturas municipais, com fundamento no dispositivo do Código Eleitoral que veda a propaganda que “contravenha a posturas municipais” (CE, art. 243, VIII)<sup>369</sup>. Esse cenário sofreu importante alteração, com a edição da Lei nº 12.034/2009, que modificou a redação do art. 41 da Lei das Eleições para dispor que “[a]propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal”. Apesar dessa alteração legislativa, o tema permanece objeto de controvérsias.

Até a Lei nº 12.034/2009, o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral era o de que a legalidade da propaganda eleitoral era vinculada ao respeito das posturas editadas pelos Municípios, no exercício da competência legislativa para disporem sobre “assuntos de interesse local”, na forma do art. 30, I, da Constituição<sup>370</sup>. As posturas municipais prevaleciam, assim, sobre as regras eleitorais. Na prática, isso significava que diversos meios de propaganda permitidos pela legislação eleitoral acabavam proibidos ou eram ainda mais restringidos nas diferentes cidades. Diversos Municípios adotavam legislação urbanística com maiores restrições à propaganda em muros e edificações, a pretexto de manter a “cidade limpa”. Pior, a pretexto de garantir o respeito a essas posturas, autoridades municipais entendiam estar autorizado o exercício de poder de polícia sobre a propaganda eleitoral, dando lugar a vários abusos, sobretudo quando os Prefeitos eram candidatos à reeleição.

---

<sup>369</sup> Apesar de o preceito do Código Eleitoral ainda vigorar, foi apenas nas eleições de 2008 que a superioridade das posturas municipais em relação às normas eleitorais se mostrou mais evidente. É que nas eleições de 2008 a Resolução TSE 22.718/2008 estabeleceu, em seu art. 14, que estabeleceu que a propaganda nos bens particulares não pode contrariar a legislação, inclusive a que dispõe sobre posturas municipais. Com isso, ganhou força a redação do inciso VIII do art. 243 do Código Eleitoral, que vinha sendo suavizada pelas do ano. Sobre o tema, cf. GONÇALVES, Guilherme de S. A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o “dever” de respeito às posturas municipais. In: GONÇALVES, Guilherme de S.; PEREIRA, Luiz Fernando C.; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Direito Eleitoral Contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 230.

<sup>370</sup> V. TSE, **AgR-REspe** 24801, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.03.2006.

No que se refere ao exercício do poder de polícia por autoridades municipais, mesmo antes da Lei nº 12.034/2009, o art. 41 da Lei das Eleições já deixava claro que somente a Justiça Eleitoral tem competência para decidir sobre a propaganda eleitoral, de modo que a municipalidade não poderia aplicar multas ou cercear a propaganda, ainda que a pretexto de dar cumprimento às posturas locais, sob pena, inclusive, de configuração de abuso de poder político<sup>371</sup>. Com a nova redação do art. 41, porém, o legislador buscou sepultar a própria possibilidade de limitações à propaganda pela edição de posturas municipais.

A despeito da alteração legal, ainda há autores que continuam entendendo que, no caso de confronto entre o que dispõe a lei eleitoral e a postura municipal, deve prevalecer a regra do Município, mesmo que promova uma maior restrição à propaganda política<sup>372</sup>. É o caso de Olivar Coneglian, que entende que a Justiça Eleitoral pode controlar a propaganda eleitoral que ofenda tais posturas, desde que sejam preexistentes e fixadas em lei – e não em decreto<sup>373</sup>. É também o que defendem Luiz Márcio Pereira e Rodrigo Molinaro, ao argumentarem que a regra introduzida pela minirreforma eleitoral de 2009 é inconstitucional, por afronta à competência legislativa dos Municípios, prevista no art. 30, I, da Constituição<sup>374</sup>.

Justamente ao contrário, a violação à Constituição está na possibilidade de que todas e quaisquer posturas municipais possam obstar a veiculação de propaganda admitida pela legislação eleitoral, em nítida e grave violação à liberdade de expressão. A legitimidade das eleições depende, como visto, do mais amplo fluxo de ideias para que os eleitores possam realizar suas escolhas de modo informado. Assim, cercear (ainda mais) a propaganda implica restringir os meios que candidatos e partidos dispõem para tentarem convencer os eleitores a sufragarem seus nomes nas urnas. Por isso, não se pode conferir maior peso a posturas municipais, sobretudo às que se destinem a proteger a salubridade, a higiene e a estética urbanas (como a proibição da pintura de muros na cidade), em detrimento da liberdade de expressão. Além de desproporcional, tal medida acarretaria a subversão da ordem de preferência *prima facie* desses direitos.

Ademais, a medida também teria um efeito negativo sobre a própria igualdade de oportunidades entre candidatos, bem como sobre a igualdade política entre os cidadãos, já que

---

<sup>371</sup> GONÇALVES, Guilherme de S. A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o “dever” de respeito às posturas municipais. In: GONÇALVES, Guilherme de S.; PEREIRA, Luiz Fernando C.; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Direito Eleitoral Contemporâneo**. Op. cit., p. 230.

<sup>372</sup> CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda Eleitoral**. 12a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 332.

<sup>373</sup> CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda Eleitoral**. Op. cit., p. 333.

<sup>374</sup> PEREIRA, Luiz Márcio; MOLINARO, Rodrigo. **Propaganda política: Questões práticas relevantes e temas controvertidos da propaganda eleitoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 297-301.

permite a existência de diferentes limites à veiculação da propaganda, a depender do Município<sup>375</sup>. Isso significa que um candidato pode ter mais possibilidade de veicular suas ideias aos seus eleitores, a depender da cidade em que se concentrem seus esforços e seu eleitorado. Do mesmo modo, os cidadãos poderão ter acesso a mais ou menos informações sobre os candidatos, a depender do município em que tenham residência. Por tudo isso, em regra, uma postura municipal não deve prevalecer sobre a legislação eleitoral. Somente em casos excepcionalíssimos, seria possível cogitar de restrição à propaganda por meio de tais posturas, desde que haja outros interesses constitucionalmente tutelados que adquiram maior relevo na hipótese, passando por exame de proporcionalidade que considere a posição preferencial da liberdade de expressão. A título de ilustração, esse seria o caso de uma postura que objetivasse proteger um edifício de relevante interesse histórico de ter seus muros pintados. Nessas situações, porém, somente a Justiça Eleitoral – jamais as autoridades municipais – poderão exercer o poder de polícia e obstar a veiculação da propaganda<sup>376</sup>.

### 5.3 Considerações empíricas e institucionais e suas implicações normativas e regulatórias

Por fim, na busca de fazer um inventário dos valores e interesses em jogo no processo eleitoral, é preciso ainda incorporar algumas considerações empíricas e institucionais. É que a reformulação do direito eleitoral proposta por este trabalho corresponde a “reconstruir o navio dentro do mar”<sup>377</sup>. Não é possível substituir todos os seus componentes sem correr o risco de “afundá-lo”. Reformas significativas podem ser feitas, mas não se pode perder de vista os constrangimentos impostos pelo contexto.

Uma primeira consideração prática que deve ser avaliada na regulação e na aplicação do direito eleitoral é a *extensão continental do país* a existência de *múltiplas realidades* locais e regionais. Nas eleições de 2014, registrou-se a participação de quase 142,5 milhões

<sup>375</sup> GONÇALVES, Guilherme de S. A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o “dever” de respeito às posturas municipais. Op. cit., p. 205-241.

<sup>376</sup> GONÇALVES, Guilherme de S. A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o “dever” de respeito às posturas municipais. Op. cit., p. 205-241.

<sup>377</sup> ELSTER, Jon; OFFE, Claus; PREUSS, Ulrich Klaus. **Institutional design in post-communist societies: rebuilding the ship at sea**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1998. A expressão é originalmente do cientista social Otto Neurath: “We are like seafarers, who must rebuild their ship in open sea, without being able to take it apart in a dock and build it up of its best constituents from the bottom up” (Protokollsätze. Erkenntnis 3, 1932, p. 204-214).

de eleitores<sup>378</sup> distribuídos pelos mais de 5.500 municípios, de tamanho e densidade demográfica muito diversos. Alguns desses Municípios são muito pequenos, com menos de 5 mil habitantes – o menor deles, Serra da Saudade (MG), registrava 822<sup>379</sup>. Outros possuem mais de 2 milhões de habitantes. São Paulo, a maior cidade do Brasil, chega a quase 12 milhões. A distribuição de riqueza entre os Municípios também é extremamente desigual. Pesquisa do IBGE demonstra que, em 2008, 51 municípios, com 30,6% da população, foram responsáveis por 50% de toda a geração de renda do país, e que mais de 30% dos municípios tinham mais de 1/3 de sua economia dependente da administração pública e da previdência social<sup>380</sup>. A mesma diversidade de realidades, riqueza e população existe entre os Estados e regiões do país. Apesar dessas diferenças, as regras previstas na legislação eleitoral destinam-se a ter aplicação em todo o território nacional<sup>381</sup>. Por isso, não se pode ser insensível às realidades e particularidades locais e regionais, tanto na elaboração das leis, como em sua aplicação.

Um exemplo significativo dessa abordagem é a questão da concentração dos meios de comunicação. Em pequenas cidades, costuma-se ter uma menor variedade de fontes de informação, de modo que as emissoras de rádio e tv e a imprensa local ganham grande relevância durante os pleitos. Nessas localidades, é ainda muito comum que os veículos de comunicação social estejam concentrados nas mãos de oligarquias ou de políticos locais, gerando um possível conflito de interesses na divulgação de informações, em prejuízo do pluralismo, e, muitas vezes, também da paridade de armas entre os candidatos em disputa. Isso porque os candidatos mais próximos aos meios de comunicação e às oligarquias locais acabam tendo espaço desproporcional na mídia, além de acesso a maior quantidade de recursos econômicos. É também comum que os meios de comunicação nessas localidades confirmem grande destaque a notícias a respeito dos políticos que os comandam ou que os apoiam, e pouco destaque a fatos desabonadores de seus proprietários e a notícias positivas sobre seus opositores. Tais fatos podem configurar uso político e abusivo dos meios de comunicação, sobretudo durante o período eleitoral. Por isso, é recomendável que a elaboração, a interpretação e a aplicação das leis eleitorais levem em conta tais realidades

---

<sup>378</sup> Segundo as Estatísticas Eleitorais 2014, divulgadas pelo TSE, o eleitorado total foi de 144.822.046, sendo 142.467.862 no Brasil e o restante no exterior. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-eleitorad>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>379</sup> Dados do IBGE, Censo 2010.

<sup>380</sup> Dados do IBGE, disponíveis em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/pesquisa-do-ibge-faz-uma-radiografia-da-riqueza-dos-municipios/>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>381</sup> CARVALHO, João Fernando Lopes de. Condutas vedadas às emissoras de rádio e televisão. In: ROLLO, Alberto (org.). **Propaganda eleitoral**: Teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 111.

locais, sendo mais rigorosas nos casos em que há conflito de interesses na atuação das emissoras ou da imprensa detidas por determinados grupos políticos ou econômicos, evitando-se interferências na livre e plural divulgação de informações, na paridade de armas e na legitimidade do pleito<sup>382</sup>.

Uma segunda consideração prática, que também advém das dimensões territoriais brasileiras, é a dificuldade de estruturação e atuação eficaz da Justiça Eleitoral em todos os rincões do país. Ainda hoje, esta Justiça especializada não foi capaz de criar uma estrutura burocrática e de recursos humanos suficiente para garantir o controle, a fiscalização efetiva e a eficácia das normas eleitorais de modo uniforme no território nacional. Esse problema é potencializado pela extraordinária quantidade de normas eleitorais, tornando praticamente impossível que se dê cumprimento a todas elas. Verifica-se, assim, um déficit de fiscalização, que se manifesta na ineficiência na punição das violações mais graves à legislação, em especial nos casos de abuso do poder econômico, bem como no controle mais rigoroso de regras menos relevantes para o pleito, como aquelas que promovem restrições à liberdade de expressão, sem gerar um benefício na promoção de outro interesse essencial, como a igualdade de oportunidades ou a legitimidade do pleito (*e.g.*, controle do tamanho dos adesivos e placas confeccionados durante as eleições).

Diante da incapacidade material de tudo controlar, é preciso, portanto, que a Justiça Eleitoral atue de forma minimalista e selecione, criteriosamente, os focos de ação. Essa consideração é importante também para assegurar a paridade de armas entre os candidatos e partidos. É que a Justiça Eleitoral também está sujeita à captura pelos poderes político e econômico, sobretudo em localidades controladas por oligarquias que concentram tais poderes. Daí a importância de parâmetros claros de atuação para que o controle e a fiscalização não se deem de forma seletiva, privilegiando uma determinada corrente política ou candidato. Esse também é um bom argumento para que se evite uma regulação excessivamente ambiciosa do direito eleitoral. O excesso de regulação no processo político acaba produzindo efeitos contrários aos desejados: silencia o debate, dificulta a fiscalização e acaba atuando contra – e não a favor – da garantia de um processo eleitoral justo e hígido.

A atuação da Justiça Eleitoral também deve considerar a *definitividade* dos resultados das urnas. Em regra, a vontade popular majoritária definida na votação assume caráter final, não podendo ser alterada até o pleito seguinte. Essa irreversibilidade do resultado gera a necessidade de que todo o processo eleitoral seja estruturado para garantir a legitimidade da

---

<sup>382</sup>CARVALHO, João Fernando Lopes de. Condutas vedadas às emissoras de rádio e televisão. In: ROLLO, Alberto (org.). **Op. cit.** p. 112.

eleição. Há, portanto, a obrigação de uma atuação efetiva e célere da Justiça Eleitoral no controle de abusos e ilícitos cometidos durante o pleito que possam macular a vontade popular manifestada nas urnas. Aliás, é essa ideia de definitividade que fundamenta a regulação do processo jurisdicional eleitoral a partir de prazos curtos (contados em horas), com regras específicas de preclusão, bem como a não atribuição, em regra, de efeito suspensivo aos recursos.

Por fim, um dos elementos institucionais mais importantes em matéria de regulação do direito eleitoral é a cultura censória em que estão inseridos legisladores, juízes e a sociedade em geral. Como se viu, a liberdade de expressão tem sido concebida como um direito menor, que quase sempre cede lugar a outros interesses colidentes durante o período eleitoral. É preciso considerar essa limitação institucional na regulação eleitoral. Sabendo-se que as normas eleitorais serão aplicadas por juízes de “carne e osso” imersos nessa cultura de desvalorização das liberdades comunicativas, é preciso adotar soluções mais rígidas e protetivas da liberdade de expressão, deixando uma menor margem de apreciação. Um bom campo de aplicação dessa ideia é o da responsabilidade por violação aos direitos da personalidade dos candidatos. É preciso adotar critérios mais rígidos, como o aplicado nos EUA ou na jurisprudência interamericana, em que a proteção à honra dos agentes públicos deve se dar apenas na esfera civil – sem a imposição de sanções penais – e apenas nos casos em que haja prova de que o emissor da notícia (i) teve a intenção de infligir dano, ou (ii) estava consciente de estar divulgando notícias falsas, ou (iii) se comportou com manifesta negligência. Evita-se, assim, que parâmetros mais flexíveis continuem permitindo reiteradas violações à liberdade de expressão.

Todas essas considerações práticas e institucionais devem ser sopesadas com os demais interesses em jogo no processo eleitoral. Às vezes, o melhor modelo regulatório do ponto de vista da filosofia e do marco teórico da liberdade de expressão simplesmente não será viável ou eficaz, diante dos constrangimentos existentes – muitos dos quais foram expostos acima. Nesse caso, será preciso recorrer a um esquema regulatório sub-ótimo – a segunda melhor solução (*second best solution*). Trata-se, assim, de adotar uma perspectiva institucionalista da regulação, de forma semelhante àquela advogada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, no artigo *Institutions and Interpretations*<sup>383</sup>. Sem pretender abordá-la de forma aprofundada, a ideia básica a ser aplicada à regulação do direito eleitoral é a de que as teorias não podem ignorar ou subestimar as dimensões institucionais e pragmáticas e os

---

<sup>383</sup>SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, 2003.

efeitos sistêmicos que serão produzidos a partir da escolha de um determinado modelo regulatório. Não se pode esquecer, nas palavras de Sunstein e Vermeule, que *“teorias são inevitavelmente usadas por pessoas falíveis e com prováveis efeitos dinâmicos que se estendem muito além do caso que se analisa”*<sup>384</sup>.

Finalizado o inventário dos valores e interesses em jogo no processo eleitoral, passa-se, a seguir, à análise de como eles têm sido utilizados na regulação, na interpretação e na aplicação do direito eleitoral, procurando identificar seus méritos e eventuais falhas e verificar a sua compatibilidade com a ordem constitucional inaugurada em 1988.

---

<sup>384</sup>SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Op. cit.**, livre tradução.

## 6 O TEMPO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS

Como se viu, as eleições marcam um momento político especial, separado do contexto da política ordinária. Mais precisamente, as campanhas eleitorais constituem uma fase do processo político que se desenvolve durante determinado período de tempo anterior à votação, e na qual candidatos e partidos promovem um conjunto de atividades de proselitismo e de propaganda eleitoral, com o propósito comunicar seus programas, pontos de vista, trajetória e qualidades, e, assim, permitir a definição de voto dos eleitores e a formação do corpo de representantes<sup>385</sup>. Em um sentido mais amplo, as campanhas compreendem, além das ações promovidas por candidatos e partidos, toda a movimentação política que é gerada na sociedade e nos meios de comunicação em torno da definição eleitoral.

Para diferenciar a fase de campanhas eleitorais dos demais períodos, muitos países estabelecem uma delimitação temporal do início e do término das campanhas<sup>386</sup>. Os períodos de campanha sofrem intensa variação no cenário mundial. Eles vão desde espaços de tempo muito curtos, como 9 dias em Cingapura, 2 semanas nas eleições presidenciais francesas e 15 dias na Espanha, até períodos excessivamente longos, como os 6 meses de campanha no Panamá e na Bolívia<sup>387</sup>.

No Brasil, as campanhas atualmente têm, em regra, duração de 3 meses, iniciando-se após o dia 5 de julho do ano eleitoral e encerrando-se na véspera da votação, que ocorre no primeiro domingo de outubro. Toda a propaganda eleitoral veiculada fora do prazo legal – *i.e.*, 6 de julho – é considerada antecipada (ou extemporânea) e, logo, irregular, sujeitando o seu responsável a multa. Havendo segundo turno, a campanha se estende por um período de mais quase 20 dias, iniciando-se após o decurso do prazo de 24 horas do encerramento da votação (*i.e.*, às 17 horas da segunda-feira, no horário local), e encerrando-se na véspera do último domingo do mês de outubro<sup>388</sup>. No momento em que se finaliza esta dissertação,

---

<sup>385</sup> LAUGA, Martín; RODRÍGUEZ, Juan I. García La campaña electoral: publicidad/propaganda, periodo, prohibiciones. In: Nohlen, Dieter et al. (eds.). **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. 2. ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidade de Heidelberg, International IDEA, 2007. p. 731.

<sup>386</sup> **Id.**

<sup>387</sup> Em alguns países, sequer há um prazo estabelecido em lei (*e.g.*, Uruguai). Na Austrália, as eleições duram cerca de 6 semanas. Na França, a campanha presidencial dura 2 semanas, mas as eleições para a Assembleia Nacional se iniciam 20 dias antes da votação. No Reino Unido, elas duram tipicamente 5 a 6 semanas.

<sup>388</sup> Cf. Constituição Federal, arts. 28, 29, II e 77, que dispõem sobre a data de realização do segundo turno, em relação aos cargos de Governador, Prefeito e Presidente, respectivamente.



tramitam, na Câmara dos Deputados, projetos de lei que visam reduzir o período de campanha. Inclusive, o Plenário da Câmara já aprovou sua diminuição para 45 dias, de modo que o período eleitoral passaria a se iniciar apenas em 15 de agosto<sup>389</sup>.

Além da fixação da limitação da duração das campanhas, a legislação eleitoral brasileira traz diversas restrições de tempo aplicáveis no final da campanha. Nos dias imediatamente anteriores ao pleito, a Lei das Eleições promove uma crescente limitação à veiculação de propaganda política em diversos meios de comunicação e veículos, criando o chamado “período de reflexão calma”, com o alegado objetivo de permitir que o eleitorado exerça o voto de forma livre, sem perturbações ou interferências indevidas. Sob o mesmo fundamento, a Lei das Eleições proibiu a divulgação de pesquisas eleitorais nos 15 dias anteriores à votação. Muito embora esta regra tenha sido julgada inconstitucional pelo STF – o que se verá adiante –, há diversos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional que pretendem reeditá-la. Atos normativos do Tribunal Superior Eleitoral instituíram, ainda, a vedação à divulgação de pesquisas de boca de urna antes do encerramento da votação.

As mencionadas restrições temporais – proibição de propaganda eleitoral extemporânea, fixação de um período de reflexão calma e limitação temporal da divulgação de pesquisas eleitorais – são analisadas a seguir, com o propósito de esclarecer os seus fundamentos teóricos, bem como os princípios que as iluminam, de forma a verificar se a sua regulamentação está em linha com o sistema constitucional de proteção da liberdade de expressão e demais princípios constitucionais eleitorais.

## 6.1 Duração das campanhas e propaganda eleitoral antecipada/extemporânea

Nos termos da Lei das Eleições, a partir de 6 de julho, são autorizados a propaganda eleitoral, inclusive na internet (arts. 36, caput, e 57-A), e os demais atos de campanha, como o funcionamento de alto-falantes ou amplificadores de som (art. 39, § 3º) e a realização de comícios (art. 39, § 4º). O período de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão somente se inicia posteriormente, ocorrendo durante os 45 dias anteriores à antevéspera das eleições e durante o segundo turno (art. 47, *caput*). De acordo com a legislação, a propaganda eleitoral veiculada fora do prazo legal é considerada irregular. No regime da Lei das Eleições,

---

<sup>389</sup> Cf. substitutivo ao Projeto de Lei nº 2.259/15, projeto de lei da minirreforma eleitoral.

a proibição de propaganda antecipada ou extemporânea ganha contornos administrativos, sujeitando o seu responsável e também o seu beneficiário, caso se comprove o seu conhecimento, a multa, cujo valor varia de R\$ 5 mil a 25 mil ou ao custo da propaganda, se este for maior (art. 36, § 3º). Isso não impede, porém, a configuração de abuso de poder econômico ou de abuso dos meios de comunicação, a possibilitar a cassação do registro ou do diploma do responsável ou do beneficiário da veiculação.

Em verdade, a vedação de propaganda eleitoral antecipada tem origem no artigo 240 do Código Eleitoral, hoje tacitamente revogado, que determina que “[a] *propaganda de candidatos a cargos eletivos somente é permitida após a respectiva escolha pela convenção*”. Seu texto foi votado pelo Congresso Nacional sob a égide do ato institucional nº 1/1964, com o objetivo, não de garantir a igualdade de oportunidades entre os competidores (aliás, sequer competição real havia então), mas, nas palavras de Alberto Rollo, de “*subordinar o candidato aos ditames de seu partido, impedindo-o de projetar-se como candidato, criando um fato consumado que o partido não poderia descartar*”<sup>390</sup>. Seu fundamento foi, assim, o de garantir a autoridade partidária, permitindo que os partidos pudessem impedir a obtenção de prestígio político por candidatos contrários aos interesses do regime<sup>391</sup>.

Em uma democracia, porém, a limitação da duração das campanhas eleitorais e a vedação à propaganda veiculada antecipadamente deve encontrar fundamento constitucional legítimo. É que a interdição à veiculação de mensagens de cunho eleitoral promove uma restrição direta à liberdade de expressão. A validade desta medida está condicionada, portanto, (i) ao princípio da reserva legal, (ii) à promoção de outro princípio constitucional eleitoral, (iii) à observância do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, e (iv) à consideração da posição preferencial da liberdade de expressão.

Na hipótese, vê-se que a definição de um período de campanhas busca promover iguais oportunidades na disputa pela preferência dos eleitores. A ideia é garantir, em primeiro lugar, que a largada da competição seja dada no mesmo momento, de modo que todos os competidores tenham idênticos prazos para veicularem suas propagandas e promoverem suas candidaturas para obtenção de votos. Por óbvio, um candidato que possuísse um mês para fazer campanha e outro que pudesse estendê-la por três meses não teriam idênticas chances de se fazerem visíveis e de conquistarem a adesão dos eleitores.

Em segundo lugar, e ainda com mais relevo, a fixação de um prazo para a campanha busca mitigar o efeito da assimetria de recursos econômicos sobre as candidaturas, de modo a

---

<sup>390</sup>ROLLO, Alberto. Princípios de Direito Eleitoral: pars conditio e segurança jurídica. Op. cit., p. 48.

<sup>391</sup>Id.

combater a influência do poder econômico sobre os resultados dos pleitos. Parece certo que quanto maior for a duração do período de campanha e propaganda eleitoral, maior será o volume de recursos financeiros que deverá ser mobilizado pelos participantes da disputa. Por isso, campanhas eleitorais muito longas tendem a favorecer aqueles candidatos mais abastados ou com maior acesso a financiamento privado.

Em terceiro lugar, não se pode esquecer que a garantia da efetiva igualdade de chances exige, além da proteção contra a influência do poder econômico, a repressão a eventuais abusos dos poderes político e midiático. Daí porque, deve-se ter redobrada cautela para que *candidatos de fato* não possam extrair vantagens de posições de poder ou de acesso aos meios de comunicação para promoverem suas futuras candidaturas, em prejuízo dos demais competidores. Assim, a propaganda eleitoral extemporânea também poderá se caracterizar por meio do desvirtuamento da propaganda partidária ou intrapartidária, do desvirtuamento da publicidade institucional dos atos estatais com o objetivo de promoção de futura candidatura de agentes públicos, e mesmo pelo uso indevido dos meios de comunicação social, para fins de propaganda eleitoral, durante o período vedado.

Portanto, em breve síntese, o estabelecimento de um limite temporal às campanhas eleitorais tem como fundamento o princípio da igualdade de oportunidades entre partidos e candidatos, e se realiza por meio de três diretrizes: (i) garantir a todos os competidores um mesmo prazo para realizarem as atividades de captação de voto, (ii) mitigar o efeito da assimetria de recursos econômicos na viabilidade das campanhas, combatendo a influência do poder econômico sobre os resultados dos pleitos; e (iii) impedir que determinados competidores extraiam vantagens indevidas de seus cargos ou do acesso à mídia para iniciar a disputa eleitoral mais cedo. Fixadas essas premissas, cabem algumas observações.

Em relação à primeira diretriz, faz sentido que as campanhas eleitorais possuam um termo inicial, a partir do qual candidatos e partidos começarão as atividades de proselitismo político, com a finalidade de conquistar votos e, em última instância, de se elegerem. Não se deve, porém, esquecer que as atividades de proselitismo são uma constante na vida dos políticos e dos partidos. São de sua própria essência. Assim, não se pode, a pretexto de garantir a igualdade de oportunidades na disputa, sufocar a atividade política e a liberdade de expressão desses atores em períodos não eleitorais. Até mesmo porque isso também implicaria a criação de vantagens indevidas aos detentores de cargos políticos e a outras figuras públicas, como atores e músicos, já que estes, em razão de suas atividades, mantêm-se constantemente no centro das atenções da mídia e da população. Desse modo, impedir que os demais políticos possam se apresentar e buscar obter visibilidade junto ao público,

apresentando suas ideias, objetivos, trajetória e formação, fora dos períodos eleitorais, seria, aí sim, verdadeira mácula à igualdade de chances e, ainda mais profundamente, à liberdade de expressão<sup>392</sup>.

Para que não se confunda a livre manifestação política com propaganda eleitoral antecipada, torna-se, portanto, fundamental definir o que vem a ser a propaganda eleitoral. A Lei das Eleições não trouxe, porém, um conceito definitivo. Ao invés disso, fixou, no art. 36-A, um elenco meramente exemplificativo de atos e ações que *não* caracterizam propaganda antecipada e, por isso, poderão ter cobertura nos meios de comunicação social e na internet, e determinou, no art. 36-B, uma hipótese em que ela restará *caracterizada*.

De acordo com o art. 36-A, em sua redação atual, alterada pela Lei nº 12.891/2013, estão liberadas fora do período eleitoral: (i) *“a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos (...)”* (inc. I); (ii) *“a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária”* (inc. II); (iii) *“a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária e pelas redes sociais”* (inc. III); (iv) *“a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos”* (inc. IV); e (v) *“a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais”* (inc. V).

Por sua vez, será considerada propaganda eleitoral antecipada, nos termos do art. 36-B, *“a convocação, por parte do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições”*. Tais dispositivos trazem, é certo, muitas pistas para a adequada conceituação de propaganda eleitoral, mas a tarefa permanece inacabada. A inexistência de uma definição exata tem dado margem a abusos tanto na veiculação de propagandas em desacordo com a legislação por candidatos de fato, quanto no controle da propaganda antecipada pela Justiça Eleitoral, que, muitas vezes, assume contornos artificiais e casuísticos.

---

<sup>392</sup> ROLLO, Alberto Rollo. Princípios de Direito Eleitoral: pars conditio e segurança jurídica. Op. cit., p. 49.

É verdade que a doutrina e a jurisprudência têm empreendido esforços para delimitar o conceito. De longa data, o Tribunal Superior Eleitoral entende como ato de propaganda eleitoral “*aquela que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, e a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública*”. Para o Tribunal, “*sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal, apta, em determinadas circunstâncias a configurar abuso de poder econômico, mas não propaganda eleitoral*”<sup>393</sup>.

Na linha da definição do TSE, Alberto Rollo afirma que a propaganda eleitoral antecipada só pode qualificar “*atividade de divulgação (...) que contenha induvidosa intenção eleitoral, com três elementos caracterizadores já definidos pelo Tribunal Superior Eleitoral e que são ‘induvidosa (e não sub-reptícia) intenção de revelar ao eleitorado o cargo político que se almeja, a ação política que pretende o beneficiário desenvolver e os méritos que o habilitam para o exercício da função’*”. Para ele, “*quando o cidadão eleitor e elegível busca expor-se à mídia e fazer proselitismo de seu nome, sem cumprir as três razões que caracterizam a propaganda eleitoral, que devem ser entendidas na sua soma, não pode ser impedido em seu trabalho, sob pena de afronta ao princípio da pars conditio*”<sup>394</sup>.

Todavia, esta definição de propaganda eleitoral parece se confundir com a própria essência da política, restringindo desproporcionalmente as liberdades comunicativas desses atores. Afinal, em todos os momentos é justamente isso que políticos e partidos buscam: demonstrar que possuem méritos, propostas e projetos que possam conquistar a simpatia do cidadão e permitir que, algum dia, eles sejam sufragados pelo voto popular, conquistando os cargos almejados<sup>395</sup>. E não há nada de ilegítimo nisso. Pelo contrário, trata-se de regular exercício da atividade política e da liberdade de expressão.

Encorajar eventuais pré-candidatos a disfarçarem as suas posições políticas e projetos para não configurar propaganda antecipada seria, além de demagógico, colidente com a ideia de um debate robusto, desinibido e aberto sobre os fatores de escolha dos representantes. Por isso mesmo, a própria legislação aplicável autoriza, fora do período eleitoral, “*a exposição de plataformas e projetos políticos*”, “*a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos*”, “*a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas*” e a

---

<sup>393</sup> TSE, **REspe 16183**, Rel. Min. Eduardo Alckmin, j. 17.02.2000.

<sup>394</sup> ROLLO, Alberto. Princípios de Direito Eleitoral: pars conditio e segurança jurídica. Op. cit., p. 49.

<sup>395</sup> FILHO, Carlos Neves. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012. p. 54.

“*promoção pessoal*”. Não à toa, o projeto de lei de nova minirreforma eleitoral, que já foi aprovado na Câmara dos Deputados e seguiu para a apreciação do Senado, busca evidenciar que “[s]alvo pedido explícito de voto, não configuram propaganda eleitoral antecipada a menção a pretensa candidatura,[e] a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos”.

O que caracterizaria, então, a propaganda eleitoral extemporânea, distinguindo-a das demais espécies de propaganda admitidas? Parece-me que um primeiro e importante critério é justamente o expresso pedido de votos para si ou contra possível adversário, estabelecendo uma relação direta com o pleito vindouro. Trata-se de um critério objetivo, que pode ser traduzido pelo uso, pelo eventual candidato, de determinadas “palavras mágicas”, como “vote em”, “vote contra”, “apoie”, “derrote”, “eleja” ou quaisquer variações que levem uma pessoa razoável a concluir que o emissor esteja defendendo a sua vitória ou a derrota de um eventual concorrente na próxima eleição, em analogia à categoria de “express advocacy” empregada no contexto das campanhas norte-americanas<sup>396</sup>. Nesses casos, é evidente que o pré-candidato “queimou a largada”, iniciando sua campanha antes do tempo, em desrespeito à primeira diretriz explicitada acima (competidores devem ter um mesmo prazo para realizarem as atividades de captação de voto). Logo, não há dúvida a respeito da caracterização de propaganda antecipada.

O problema surge, em verdade, naquelas hipóteses em que não há postulação explícita de voto ou qualquer outra expressão que demonstre, de forma nítida, a tentativa de influir na escolha do eleitor na próxima oportunidade eleitoral. Ao contrário do atual entendimento do TSE, em situações como essa, somente se justifica a proibição da mensagem quando ela tiver potencial efetivo para desequilibrar a disputa<sup>397</sup>. Afinal, como já se disse, a norma que veda a propaganda eleitoral antecipada consiste em restrição à liberdade de expressão política, de modo que ela apenas estará justificada, à luz do princípio da proporcionalidade, se for, antes de tudo, adequada à finalidade a que se destina, *i.e.*, à proteção da igualdade de oportunidades entre os candidatos e partidos.

Por isso, os critérios a serem utilizados para caracterizar uma determinada mensagem de pré-candidato como propaganda eleitoral antecipada devem ser capazes de aferir se há interferência indevida dos poderes econômico, político e midiático apta a desigualar as

<sup>396</sup>Sobre o tema, cf. TELLES, Olivia Raposo da Silva. **Direito eleitoral comparado: Brasil, Estados Unidos, França**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009; LEVY, Richard E. Defining Express Advocacy for Purposes of Campaign Finance Reporting and Disclosure Laws. **Kansas Journal of Law & Public Policy**, v. 8, n. p. 90, 1999.

<sup>397</sup> Nesse sentido, confira-se, a título exemplificativo, TSE, **AgR no Respe 857**, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.11.2013; e TSE, **R-Rp no 2955-49**, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, j. 10.08.2011, que defendem que “Para fins de caracterização de propaganda eleitoral não se perquire de potencialidade para desequilibrar o pleito.”

chances de concorrência das diferentes correntes que disputarão o pleito. Os parâmetros que têm sido usados pelo TSE (a revelação ao eleitorado do cargo político que se deseja, a ação política que pretende desenvolver e os méritos pessoais) mostram-se, porém, manifestamente inadequados para esse exame.

Tais critérios permitiram, por exemplo, que um pré-candidato, que postou em seu “Orkut” a mensagem “*disputei eleição para deputado federal... E agora vou tentar vereador em 2008*”, fosse multado pelo TRE-MG em R\$21 mil por propaganda antecipada. Veja-se que não há qualquer pedido de votos, promoção de qualidades pessoais ou divulgação de projetos, mas apenas menção a que o sujeito tentará se eleger nas próximas eleições. Além disso, a mensagem foi veiculada em rede social, na internet, de forma gratuita, e, logo, sem oferecer qualquer prejuízo à paridade de armas. Qualquer eventual competidor poderia, se quisesse, proceder da mesma forma, praticamente sem custo.

Entretanto, para identificar uma propaganda como extemporânea, nos casos em que não há pedido de voto explícito, não basta olhar para o seu conteúdo<sup>398</sup>. A análise da existência de uma suposta propaganda “subliminar” pelo texto e imagens da peça penderá quase sempre para subjetivismos e casuísmos. É preciso estabelecer critérios capazes de conferir alguma objetividade ao exame do rompimento da paridade de armas, a partir da consideração de elementos como: (i) o meio de comunicação ou veículo utilizado, (ii) os custos incorridos para a veiculação, (iii) o alcance e a repetição da mensagem, (iv) a possibilidade de outros pré-candidatos divulgarem mensagem semelhante, em igualdade de condições, (v) o emissor, (v) a data da sua divulgação e o tempo de permanência, entre outras circunstâncias.

Em primeiro lugar, parece claro que os meios de comunicação ou veículos utilizados importam (*e.g.*, se a propaganda é veiculada na tv ou no rádio, na imprensa, na internet, em *outdoor*, ou por panfletos, adesivos). Como um dos principais objetivos da proibição de propaganda antecipada é reduzir o impacto e a influência do poder econômico nas chances de eleição dos candidatos, é evidente que tal efeito desigualador não é gerado pela veiculação de propaganda política em todo e qualquer meio. A divulgação de mensagens na internet, por exemplo, é, em regra, livre e realizada a um custo baixíssimo. Além disso, todos os demais políticos e competidores poderão se valer do mesmo veículo, divulgando mensagens sobre

---

<sup>398</sup>A minha posição diverge, portanto, daquela de Carlos Neves Filho, para quem o conteúdo eleitoral específico que diferencia esta das demais espécies de propaganda política é a tentativa de “convencer o eleitor a sufragar o seu nome nas urnas, na próxima eleição”, de modo que “só se pode proibir uma propaganda pelo seu conteúdo, é ele que define se [é] uma propaganda eleitoral e não a forma, veículo e data da manifestação política”. FILHO, Carlos Neves. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 54.

seus posicionamentos, projetos e qualidades, em igualdade de condições. Não havendo potencialidade de afetar a paridade de armas, não se justificará a proibição. O mesmo, porém, não é válido em relação a espaços nos meios de comunicação de massa, cujo acesso, além de extremamente limitado, envolve custos expressivos.

Uma questão interessante e complexa é a do desvirtuamento da propaganda partidária exibida no rádio e na tv, no primeiro semestre do ano eleitoral, para a promoção de determinado pré-candidato. Muitos programas partidários são questionados perante a Justiça Eleitoral, sob o argumento de que constituiriam propaganda eleitoral antecipada. Nesse caso, por se tratar de uso de meios de comunicação de massa, há, de forma evidente, um maior potencial de afetar o equilíbrio da disputa, justificando-se um controle mais rigoroso<sup>399</sup>. Este controle não pode, porém, se transformar em cerceamento da liberdade de expressão dos partidos políticos. Veja-se que há um componente artificial e demagógico na regulação das propagandas partidárias. De acordo com o artigo 45 da Lei nº 9.096/1995 (a Lei dos Partidos Políticos), o tempo de antena deve ser utilizado com exclusividade para (i) difundir os programas partidários, (ii) transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos e das atividades congressuais do partido, (iii) divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários, e (iv) promover e difundir a participação política feminina. O partido não pode, porém, mencionar as eleições.

Ora, a propaganda partidária, em ano eleitoral, muito provavelmente terá cunho eleitoral, não fazendo qualquer sentido exigir que se escamoteie esse fim, com o suposto objetivo de promover a igualdade entre os candidatos e tutelar o cidadão. A norma não é adequada para promover qualquer interesse constitucional em jogo e não se coaduna com a realidade, em que os pré-candidatos, apesar de não registrados, já são de conhecimento da população e da mídia e são inclusive autorizados a participar de debates e entrevistas, sem que isso caracterize propaganda extemporânea. Veja-se, nesse sentido, trecho de entrevista do Ministro Dias Toffoli, na condição de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, em que este responde se é a favor da propaganda antecipada<sup>400</sup>:

---

<sup>399</sup> Nos termos da Lei nº 9.096/1995 a propaganda partidária gratuita serve exclusivamente para “difundir os programas partidários” e “divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários”. O TSE também tem autorizado, durante a propaganda partidária, a divulgação de informações sobre o desempenho de filiado no exercício de mandato eletivo, levando ao conhecimento da população as ideias defendidas pelo partido político responsável pelo programa, desde que não haja explícita publicidade de teor eleitoral ou exclusiva promoção pessoal (TSE, **AgR-REspe 155116**, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 24.03.2011).

<sup>400</sup> Entrevista concedida pelo Ministro Dias Toffoli ao Estadão, em 07.04.2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,para-toffoli-justica-age-com-tutela-sobre-eleitor-imp-,1150346>>. Acesso em: 21 jul. 2015



Sou a favor da propaganda, do debate político. Já tivemos a ditadura. Por que um debate num sindicato ou associação é considerado propaganda antecipada e é proibido? Ao mesmo tempo, toda semana aparece uma pesquisa eleitoral com os nomes dos pré-candidatos. É uma hipocrisia sem tamanho. É a ideia de achar sempre que o povo vai ser tutelado. Ora, deixa as pessoas discutirem. Por que controlar a internet? Deixa ela fazer o debate. O povo tem cabeça para discernir o que é bom e o que é ruim. (...) Veja essa hipocrisia: foi exibido há pouco na TV o programa com o Eduardo Campos. Eles não podem, no programa do partido deles, chegar lá e dizer às claras: “Nós queremos chegar ao poder”. Não podem. Não podem por causa da lei, que o Congresso não muda. Não tem sentido.

Como bem notou Carlos Neves Filho, a manutenção da regulamentação atual favorece os partidos mais abastados. Não raramente, esses partidos optam por correr o risco de serem sancionados pela Justiça Eleitoral (e sofrer as sanções de multa e de suspensão da propaganda partidária no ano seguinte, cf. art. 45, § 2º da Lei dos Partidos Políticos), para aumentar as chances de vitória no pleito iminente<sup>401</sup>. Muito melhor seria para a liberdade de expressão e para a democracia se os partidos pudessem explicitar em sua propaganda: (i) qual é o seu programa de governo, (ii) quais são as coligações pretendem firmar, e (iii) quais serão os seus possíveis candidatos para os diversos cargos, bem como os motivos de seleção desses candidatos<sup>402</sup>. Coisa diversa, no entanto, é utilizar o programa partidário inteiramente para a promoção de um notório pré-candidato. Nesse caso, é possível que o desvirtuamento promova uma violação à igualdade de chances.

Além do veículo utilizado para a manifestação, outros elementos que devem ser considerados para a caracterização das propagandas extemporâneas são o custo, o alcance e a reiteração da mensagem. Ainda quando utilizados veículos de divulgação menos custosos e mais acessíveis, como *outdoors*, carros de som ou panfletos, é possível que o vulto das despesas realizadas para a veiculação da mensagem, seu alcance ou a sua repetição configurem violação à igualdade de oportunidades. Tome-se o exemplo da distribuição de panfletos que contenham mera promoção pessoal do político (*e.g.*, como a sua formação acadêmica e profissional e projetos já realizados), sem pedido de votos ou referência às eleições e ao cargo a ser disputado. A distribuição deste material em locais ou regiões determinadas e sem gastos representativos por evidente não poderá ser considerada propaganda eleitoral antecipada. Porém, se o sujeito pretender distribuir tais panfletos em quase toda a extensão de um dado município, consumindo vultosos recursos, o cenário será certamente diverso. Do mesmo modo, a publicação de uma única matéria em jornal impresso,

<sup>401</sup>FILHO, Carlos Neves. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Op. cit, p. 42-43.

<sup>402</sup>FILHO, Carlos Neves. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Op. cit, p. 43.

com a exaltação das qualidades de um político local, ou a colocação de um *outdoor* com mensagens de felicitações dificilmente poderá produzir desigualdade na disputa e, assim, justificar sua restrição. O mesmo não ocorrerá se forem muitos os *outdoors* ou as matérias publicadas<sup>403</sup>.

Também o emissor da mensagem deve ser levado em conta na análise da regularidade da propaganda. Para a proteção da igualdade, é necessário, por exemplo, adotar um escrutínio mais rigoroso, no caso de políticos que estão no exercício de mandatos eletivos – sobretudo aqueles que são notórios pré-candidatos –, já que estes se encontram em uma posição natural de privilégio e de destaque na competição. Se estes, em inaugurações de obras, entrevistas ou publicidade institucional de atos estatais, fizerem menção ao pleito ou acenarem para a necessidade de continuação do governo, deve-se “acender uma luz vermelha”. Por outro lado, se apenas tratarem de assuntos político-comunitários, prestarem contas ou exaltarem os atos de governo, responderem a críticas e derem satisfação aos eleitores de suas escolhas, por evidente, não se poderá cercear tais manifestações, sob pena de grave violação à liberdade de expressão. Além do caso dos detentores de mandatos eletivos, também se deve dispensar especial atenção à propriedade dos meios de comunicação para a configuração da propaganda irregular. Na hipótese de manifestações favoráveis divulgadas ostensivamente nos meios de comunicação ou na imprensa, se o proprietário do veículo for parente, pessoa ligada ou o próprio candidato beneficiado, há forte presunção de desvirtuamento, sobretudo naquelas cidades pequenas, em que há concentração dos meios de comunicação nas mãos de um grupo político ou oligarquia local.

Por outro lado, se o emissor da mensagem for um cidadão (ou mesmo uma associação da sociedade civil ou um grupo desvinculado de partido político), e este não veicular a mensagem com abuso de poder econômico, político ou midiático (*e.g.*, um empresário que empregou R\$ 1 milhão para promover determinada candidatura) e tampouco houver qualquer prova de que este tenha sido aliciado por candidato ou partido, jamais poderá se caracterizar a propaganda antecipada. Aqui, estará em jogo tanto a liberdade de expressão, como a própria igualdade política entre os cidadãos, que, como visto, tem como conteúdo básico a igualdade

---

<sup>403</sup> Esse critério já foi inclusive empregado pelo TSE, no **RO 938324**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 31.05.2011, conforme se verifica do seguinte trecho: “O uso indevido dos meios de comunicação caracteriza-se, na espécie, pela veiculação de nove edições do Jornal Correio do Vale, no período de março a julho de 2010, nos formatos impresso e eletrônico, com propaganda eleitoral negativa e graves ofensas pessoais a Sebastião Pereira Nascimento e Carlos Eduardo Vilela, candidatos aos cargos de deputados estadual e federal nas Eleições 2010, em benefício do recorrido – único editor da publicação e candidato a deputado estadual no referido pleito. Na espécie, a potencialidade lesiva da conduta evidencia-se pelas graves e reiteradas ofensas veiculadas no Jornal Correio do Vale contra os autores da AIJE, pelo crescente número de exemplares distribuídos gratuitamente à medida que o período eleitoral se aproximava e pelo extenso período de divulgação da publicação (5 meses).”

de possibilidade de participação, a qual pressupõe que todos devem possuir iguais oportunidades paratomar parte dos processos de deliberação coletiva.

Veja-se um caso emblemático. Em 2008, um jornalista iniciou, em seu blog pessoal e de forma espontânea, um movimento para que um deputado federal do Rio de Janeiro se candidatasse a Prefeito. Ele, então, criou um *banner*, que continha a foto, o nome do candidato e da cidade e o ano da eleição (“Gabeira Rio 2008”) e o postou em sua página. Outros blogueiros resolveram copiar o *banner*, declarando seu apoio à candidatura em seus websites pessoais. Quando o político finalmente decidiu registrar-se como candidato – possivelmente animado pelo clamor popular –, ele foi intimado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro – TRE-RJ para retirar os *banners* do ar (em blogs que sequer eram seus), por configurarem propaganda antecipada irregular<sup>404-405</sup>. Trata-se de evidente violação à liberdade de expressão e participação política da cidadania, impedindo que pessoas discutam e apoiem determinadas candidaturas.

A vedação à propaganda antecipada somente tem sentido, portanto, quando estiver em jogo o efetivo embaraço ao princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos. De um lado, nenhum pré-candidato (ou pessoa a ele ligada) pode fazer um pedido expresso de votos antes do início da campanha. Caso o faça, será propaganda antecipada, pois apenas com o início do período de campanha é dada a largada oficial para as tentativas de obter o apoio do eleitorado por meio do voto. De outro lado, ainda quando não houver pedido expresso de votos, é possível que uma dada mensagem configure propaganda extemporânea. Porém, nesse caso, é necessário comprovar o prejuízo à paridade de armas na disputa, por meio de elementos como o veículo utilizado, os custos incorridos, a reiteração da mensagem e o emissor. Quando a mensagem não puder promover um desequilíbrio na competição eleitoral, especialmente quando se tratar de manifestação espontânea da cidadania, a atuação da Justiça Eleitoral configurará grave violação à liberdade de expressão.

---

<sup>404</sup> A decisão foi tomada no exercício do poder de polícia. À época, o juiz de fiscalização do TRE-RJ que proferiu a decisão, o juiz Luiz Marcio Pereira, declarou que “o blog, a internet, é igual ao jornal”, por isso “Você não pode externar uma opinião antes de 6 de julho que influencie a opinião de alguém e dê vantagens para algum candidato”. Disponível em: <[http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/quotquot\\_tribunal-superior-eleitoral-asfixia-constituicao-diz-presidente-do-ig/n1237693997218.html](http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/quotquot_tribunal-superior-eleitoral-asfixia-constituicao-diz-presidente-do-ig/n1237693997218.html)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>405</sup> Em resposta à decisão do TRE-RJ, o jornalista postou o seguinte comentário em sua página: “Nenhum político paga por este banner. É uma declaração de voto pessoal de minha parte. O banner leva a um argumento pela sua candidatura. É o meu direito como cidadão de manifestar o que penso, qual o caminho que desejo para minha cidade. Ninguém deve ser punido porque exerci meu direito de cidadão em uma democracia de manifestar minha opinião. Mas a Justiça considerou que deve impor limites ao meu direito de expressar minha opinião. É um fato grave. O Weblog é um veículo jornalístico. Eu sou jornalista. O gesto do Tribunal é uma censura à liberdade de imprensa”. Disponível em: <<http://pedrodoria.com.br/2008/05/29/o-weblog-foi-censurado-pela-justica>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

## 6.2 Período de reflexão calma ou silêncio eleitoral

Além das restrições à propaganda divulgada anteriormente ao início das campanhas, a legislação eleitoral brasileira estabelece uma série de restrições temporais à veiculação de propaganda e aos demais atos de campanha, nos dias imediatamente anteriores ao pleito, criando o chamado “período de reflexão calma” ou “silêncio eleitoral”. Seu objetivo é o de garantir aos eleitores um período ao final da campanha para refletirem de forma calma e tranquila sobre suas escolhas políticas, livre de “perturbações” ou “interferências” das campanhas políticas e dos meios de comunicação.

Tais restrições se iniciam na antevéspera da votação, data a partir da qual ficam vedadas (i) a divulgação da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão (art. 47, *caput*, LE, c/c art. 240, parágrafo único, CE), (ii) qualquer propaganda política mediante comícios, reuniões públicas e uso de aparelhagem sonora fixa (art. 240, parágrafo único, CE, e art. 39, §§ 4º e 5º, I, LE), assim como (iii) a realização de debate no rádio e na tv (Res. TSE 23.390/2014). Já na véspera do pleito, passa a ser também proibida a divulgação de propaganda eleitoral pagana imprensa escrita, assim como sua reprodução na internet (art. 43, LE).

No dia das eleições, por fim, são vedadas, além das demais, (i) a propaganda eleitoral mediante alto-falantes ou amplificadores de som (art. 39, §§ 3º e 5º, I, LE), (ii) a distribuição de material gráfico, (iii) a promoção de caminhada, carreata, passeata ou carro de som (art. 39, § 9º, LE) e (iv) a aglomeração de pessoas portando vestuário padronizado, bem como bandeiras, broches, dísticos e adesivos que caracterizem manifestação coletiva (art. 39-A, § 1º, LE). Neste dia, a propaganda de boca de urna e a divulgação de qualquer espécie proibida de propaganda de partidos políticos ou candidatos constituem crimes puníveis com detenção, de seis meses a um ano, e multa (art. 39, § 5º, III, LE). Somente são permitidas: (i) a manifestação individual e silenciosa da preferência do eleitor por partido político, coligação ou candidato, revelada exclusivamente pelo uso de bandeiras, broches, dísticos e adesivos (art. 39-A, *caput*, LE) e (ii) a propaganda eleitoral veiculada gratuitamente na internet, sítio eleitoral, blog, sítio interativo ou social, ou outros meios eletrônicos de comunicação do candidato, ou no sítio do partido ou coligação (art. 7º, Lei nº 12.034/2009)<sup>406</sup>.

---

<sup>406</sup> V. Lei nº 12.034, de 2009, art. 7º: “Não se aplica a vedação constante do parágrafo único do art. 240 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, à propaganda eleitoral veiculada gratuitamente na internet, no

É verdade que estas regras não constituem propriamente uma invenção brasileira. Há outros países que instituem períodos de reflexão supostamente para promover o “resfriamento” dos ânimos criados durante o calor do período eleitoral e reduzir o risco de tensões e conflitos durante a votação<sup>407</sup>. Tais períodos são, por exemplo, mandatórios no Chile (3 dias), no México (3 dias), na Argentina (48 horas), na Itália (1 dia), na Suécia (1 dia), na Colômbia (24 horas)<sup>408</sup> e na França (a partir de meia noite da véspera<sup>409</sup>). Algumas legislações, como a da África do Sul, são um pouco menos restritivas, proibindo apenas os eventos de campanha e outras propagandas de maior alcance, mas permitindo atividades políticas diversas do voto, como o contato pessoal dos candidatos com os eleitores, desde que fora dos limites das sessões eleitorais<sup>410</sup>. Já outros países são ainda mais rigorosos, estendendo o período de silêncio também para a cobertura dos meios de comunicação de massa, praticando o chamado *news blackout*, geralmente durante as últimas 24 horas das campanhas (como na Croácia, na Rússia e na Espanha).

Contudo, há diversos Estados democráticos que não instituem períodos semelhantes, como a Alemanha e os Estados Unidos. A Suprema Corte dos EUA já teve a oportunidade de analisar dois casos relacionados ao período de silêncio no dia das eleições. No primeiro, o caso *Mills v. Alabama*, o editor de um jornal local havia sido preso por ter publicado, no dia do pleito, editorial de jornal em que instava a população a votar de uma determinada maneira e criticava o Prefeito. A prisão estava fundamentada em uma lei do Estado de Alabama que definia como crime “*qualquer propaganda eleitoral ou pedido de votos a favor ou contra qualquer candidato ou proposta sendo votada no dia das eleições*”<sup>411</sup>, instituindo, assim, um

---

sítio eleitoral, blog, sítio interativo ou social, ou outros meios eletrônicos de comunicação do candidato, ou no sítio do partido ou coligação, nas formas previstas no art. 57-B da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997”.

<sup>407</sup> Disponível em: <<http://aceproject.org/electoral-advice/archive/questions/replies/699408090>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>408</sup> LAUGA, Martín; RODRÍGUEZ, Juan I. García La campaña electoral: publicidad/propaganda, periodo, prohibiciones. In: Nohlen, Dieter et al. (eds.), **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. 2. ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidade de Heidelberg, International IDEA, 2007, p. 709-743.

<sup>409</sup> V. Código Eleitoral francês, art. 49. “A partir da véspera da votação a zero horas, é proibido distribuir ou fazer distribuir boletins, circulares e outros documentos. A partir da véspera da votação a zero horas, é igualmente proibido difundir ou fazer difundir por todos os meios de comunicação ao público por meio eletrônico qualquer mensagem que tenha caráter de propaganda eleitoral (livre tradução). No original: “A partir de la veille du scrutin à zéro heure, il est interdit de distribuer ou faire distribuer des bulletins, circulaires et autres documents. A partir de la veille du scrutin à zéro heure, il est également interdit de diffuser ou de faire diffuser par tout moyen de communication au public par voie électronique tout message ayant le caractère de propagande électorale”.

<sup>410</sup> Disponível em: <<http://aceproject.org/electoral-advice/archive/questions/replies/699408090>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>411</sup> Tratava-se do § 285 do *Alabama Corrupt Practices Act*, que definia como crime: “Corrupt practices at elections enumerated and defined.-It is a corrupt practice for any person on any election day (...) to do any

período de silêncio eleitoral<sup>412</sup>. No julgamento, a Suprema Corte entendeu, por unanimidade, que o dispositivo era inconstitucional, por constituir uma óbvia e flagrante violação à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa. A Corte resslavou, porém, que os Estados teriam competência para regular manifestações dentro e no entorno das sessões eleitorais, para fins de manter a paz, a ordem e o decoro nesses locais. Este foi justamente o tema do segundo caso analisado.

No caso *Burson v. Freeman*, a Suprema Corte norte-americana analisou se dispositivo do Código Eleitoral do Estado do Tennessee, que proibia o pedido de votos e a exibição ou distribuição de materiais de campanha a 100 pés (cerca de 30 metros) da entrada das sessões eleitorais, constituía violação à liberdade de expressão<sup>413</sup>. Apesar de a lei implementar uma típica regulação de conteúdo (e de conteúdo político, o que é ainda mais protegido), o Tribunal entendeu que o dispositivo era constitucional, pois criava uma zona de segurança, em um pequeno perímetro, no entorno dos locais de votação, de modo a proteger a integridade do processo eleitoral e o direito dos cidadãos de votar de forma livre<sup>414</sup>. No entanto, a Corte afirmou que a vedação de mensagens políticas em uma área geográfica maior ou qualquer outra restrição mais ampla à liberdade de expressão seria inconstitucional.

No Brasil, não há muita discussão sobre a constitucionalidade desse período em que candidatos e partidos são proibidos de fazer campanha e de veicular qualquer propaganda eleitoral, em especial no dia do pleito (a conhecida “boca de urna”). O fato de muitos países estabelecerem medida semelhante não nos exime de proceder à análise dos fundamentos, da eficácia e da proporcionalidade dessa medida restritiva da liberdade de expressão política, justamente no momento em que ela é mais valiosa.

Como já se disse, a validade das medidas que restrinjam as liberdades comunicativas no contexto das eleições está condicionada ao cumprimento de alguns requisitos. É preciso, sobretudo, que elas tenham por escopo a realização de princípios constitucionais eleitorais e que observem o mandamento da proporcionalidade. No caso do silêncio eleitoral, alega-se que sua instituição nos últimos dias antes do pleito encontraria fundamento na garantia de um período em que a cidadania possa refletir calmamente sobre as opções disponíveis e realizar

---

electioneering or to solicit any votes (...) for or against the election or nomination of any candidate, or in support of or in opposition to any proposition that is being voted on on the day on which the election affecting such candidates or propositions is being held”.

<sup>412</sup> EUA, Suprema Corte dos EUA, Caso **Mills v. Alabama**, 384 U.S. 214 (1966).

<sup>413</sup> EUA, Suprema Corte dos EUA, Caso **Burson v. Freeman**, 504 U.S. 191 (1992).

<sup>414</sup> Trata-se de um dos raros casos em que a Suprema Corte adotou o escrutínio estrito (já que se tratava de uma restrição de conteúdo, a manifestações de caráter político) e ainda assim entendeu que o dispositivo era constitucional.

suas escolhas de voto de forma absolutamente livre, longe das interferências, paixões e confusões que marcam as campanhas eleitorais e a cobertura midiática. Assim, o princípio constitucional eleitoral supostamente promovido pela medida seria o princípio da legitimidade do pleito, em seus dois conteúdos básicos. De um lado, a medida se destinaria a garantir *autenticidade do voto*, permitindo que os cidadãos sejam livres e independentes para formular seus julgamentos e para expressar nas urnas suas conclusões e convicções. De outro, ela buscaria assegurar a *veracidade do escrutínio*, promovendo um clima de ordem e tranquilidade durante os serviços eleitorais e evitando confusões e tumultos no dia do pleito, que possam atrapalhar a manutenção de um ambiente de proteção à liberdade de voto e ao livre acesso às urnas.

Cabe, porém, analisar se esses objetivos são efetivamente alcançados pelo estabelecimento do período de reflexão nos moldes da legislação brasileira. No que se refere à autenticidade do voto, lembre-se que ela exige tanto a garantia plena da liberdade de expressão, como a ausência de vícios, diretos ou indiretos, na formação e na declaração de vontade do eleitor. Primeiro é de se questionar se as proibições de veiculação de propaganda eleitoral a partir da antevéspera das eleições são *adequadas* ao cumprimento dessas finalidades. Será que a mera divulgação da propaganda eleitoral é capaz de viciar a manifestação de vontade dos eleitores? E mais: será que a reflexão calma é, em si, um objetivo legítimo a ser perseguido pela legislação eleitoral? E, ainda que seja, será que é eficaz? Ou os eleitores, a esta altura da competição, já teriam decidido os seus votos e não teriam mais interesse em parar para refletir sobre o assunto?

Parece-me que há uma questão relevante escondida por trás desta discussão. Esta ideia de garantir um período de reflexão calma, em verdade, se assenta em uma determinada concepção da política (e da democracia), a qual a identifica com um processo de deliberação calma e “comportada”, com base em razões, estratégias, compromissos e tolerância<sup>415</sup>. Segundo tal visão, as emoções seriam elementos extrínsecos à política e impuros, pois produziriam, ao avesso daquela visão ideal, irracionalidade, improvisos, conflitos e intolerância. Disso decorreria a necessidade de criar meios para eliminá-la do jogo político. Na feliz metáfora de Michael Walzer, “*substituir calor por luz*”<sup>416</sup>.

É precisamente isso que se tenta produzir ao instituir um período de reflexão calma antes da votação: depurar o processo eleitoral das emoções. Conforme demonstrarei no

---

<sup>415</sup>WALZER, Michael. **Politics and passion**: toward a more egalitarian liberalism. New Haven: Yale University, 2004, p. 111.

<sup>416</sup>WALZER, Michael. **Politics and passion**: toward a more egalitarian liberalism. Op. cit., p. 117.

próximo capítulo, o problema é que a consecução dessa finalidade não é possível, e tampouco desejável. Em um pequeno ensaio sobre “Política e Paixão”, Michael Walzer argumenta que a dicotomia entre paixão e racionalidade, tão presente no pensamento político, é simplesmente inútil<sup>417</sup>. Ela não corresponde a formas reais de exercício da política e nem serve a nenhum ideal relevante. A política pressupõe engajamento emotivo: não há como separar razão e emoção. As regras que instituem o período de reflexão calma partem, portanto, de um pressuposto equivocado.

Por isso, não se pode considerar que o calor e a agitação que são produzidos pelas campanhas e pela veiculação da propaganda eleitoral sejam capazes de viciar a manifestação de vontade dos eleitores, impedindo-os de fazer uma escolha de voto informada ou “racional”. Mais uma vez, é preciso confiar na capacidade de julgamento dos cidadãos. Somente assim se poderá garantir que eles tenham efetiva liberdade e independência para processar todas as informações recebidas e formular seus julgamentos. Conclui-se, assim, que a atual conformação do silêncio eleitoral na legislação eleitoral não é adequada para garantir a *autenticidade do voto*.

Na era da internet, a própria eficácia desse período de reflexão calma é um tanto quanto duvidosa. É que, de acordo com a legislação brasileira (e para alívio daqueles que defendem a liberdade de expressão), o silêncio das campanhas nos meios de comunicação tradicionais não se estende para a internet. Os cidadãos e candidatos podem continuar – e efetivamente continuam – o caloroso debate em torno dos votos e escolhas eleitorais. O pleito de 2014 comprova o argumento. Enquanto as propagandas eleitorais se calavam na tv e no rádio, as campanhas continuavam a todo vapor nas redes sociais. Cidadãos divulgavam abertamente candidatos e partidos escolhidos e discutiam (às vezes ferozmente) com seus amigos e seguidores sobre as escolhas feitas, méritos e deméritos dos candidatos. O ideal – um tanto quanto controvertido – de propiciar uma reflexão tranquila simplesmente (talvez, felizmente) não se realizou.

Além de ineficaz e inadequada, as restrições à veiculação de propaganda eleitoral nos dias imediatamente anteriores ao pleito e no próprio dia da votação produzem diversas distorções na disputa. Tais regras tendem a privilegiar os candidatos que já estão no poder. Estes, além de se beneficiarem pela cobertura da mídia, costumam ter interesse no menor fluxo de informações, sobretudo no que respeita a críticas à sua gestão. As celebridades também acabam favorecidas pela regra, já que desfrutam naturalmente de maior visibilidade

---

<sup>417</sup> *Ibid*, p. 130.



junto ao público. Nessa linha, os grandes prejudicados são os candidatos ainda desconhecidos do público e com menores recursos financeiros, que são impedidos de produzir os últimos esforços para conquistarem votos e visibilidade, enquanto candidatos que têm acesso privilegiado aos meios de comunicação continuam no centro das atenções. Cria-se, assim, verdadeiro prejuízo à paridade de armas.

Em segundo lugar, nem sempre é possível garantir a efetiva observância do período de silêncio por candidatos e partidos. Há grande dificuldade de fiscalização efetiva, o que se torna ainda mais delicado no cenário nacional, em vista da estrutura da Justiça Eleitoral e da extensão territorial do país. Cultos religiosos, reuniões e uma série de eventos são utilizados para fins de campanha em período vedado, sem que a Justiça Eleitoral tenha “braços” suficientes para impedi-los. Em países muçulmanos, conta-se que para burlar os dias de silêncio são organizados até falsos casamentos<sup>418</sup>. Caso ilustrativo das distorções causadas pela regra do silêncio é o das eleições presidenciais da Rússia, em 1996, em que concorriam o candidato do partido comunista, Gennady Zyuganov, e o então presidente, Boris Yeltsin<sup>419</sup>. A estratégia de Yeltsin para reeleição era criar medo a respeito do retorno do comunismo. Na véspera das campanhas, durante o período de silêncio, os candidatos não poderiam mais se manifestar, mas diversas emissoras de televisão públicas e privadas passaram a exibir filmes que retratavam os perigos do comunismo, em nítido prejuízo ao candidato da oposição. Este, porém, sequer tinha instrumentos para se defender naquele momento sem violar a legislação eleitoral<sup>420</sup>. Assim, as disposições que estabelecem o silêncio eleitoral atuam no sentido de impedir a livre manifestação e contraposição de ideias e argumentos.

Já em relação à *veracidade do escrutínio*, é possível defender que a garantia de um nível mínimo de ordem e tranquilidade nas sessões eleitorais seja uma medida *adequada* à manutenção de ambiente que proteja a liberdade de voto e a legitimidade do pleito. Nesse caso, porém, somente se justificaria a proibição no dia do pleito (jamais nos dias anteriores) e nas imediações das sessões eleitorais. As limitações instituídas pela legislação brasileira são,

---

<sup>418</sup> Disponível em: <<http://aceproject.org/electoral-advice/archive/questions/replies/699408090>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>419</sup> LANGE, Yasha. **Media and elections handbook**. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1999. p. 57.

<sup>420</sup> Para resolver o problema da divulgação de informações polêmicas, de última hora, que os demais competidores não possam responder, a França criou uma solução inusitada, introduzindo um dispositivo no Código Eleitoral que determina que “é proibido que candidatos divulguem ao conhecimento do público um elemento novo de polêmica eleitoral em um tal momento que seus adversários não tenham a possibilidade de responder de forma útil antes do fim da campanha eleitoral” (livre tradução). No original: “Art 48-2. Il est interdit à tout candidat de porter à la connaissance du public un élément nouveau de polémique électorale à un moment tel que ses adversaires n'aient pas la possibilité d'y répondre utilement avant la fin de la campagne électorale”.

assim, excessivamente gravosas e desproporcionais. Como se viu, a Lei das Eleições traz proibições que se iniciam na antevéspera da votação. Além disso, no dia das eleições, estabelece-se a vedação da divulgação de qualquer espécie de propaganda por candidatos e partidos, incluindo a distribuição de material gráfico e a promoção de caminhada ou carreata, ainda que tais atividades se exerçam a quilômetros de distância dos locais de voto e que não tenham qualquer potencial para afetar a tranquilidade da votação.

Por outro lado, a regulação chega ao extremo de atingir as manifestações da própria cidadania, caso em que viola, com ainda mais vigor, a liberdade de expressão política. Lembre-se que a lei eleitoral impede a aglomeração de pessoas portando vestuário padronizado, bem como bandeiras, broches, dísticos e adesivos que caracterizem manifestação coletiva. Somente é permitida a manifestação individual e *silenciosa* da preferência do eleitor, revelada *exclusivamente* pelo uso de bandeiras, broches, dísticos e adesivos. Pela letra da lei, os eleitores sequer podem comparecer às urnas usando camisa que identifique o candidato de sua preferência. Em 2006, porém, o TSE expediu resolução permitindo o uso das camisetas, desde que não fossem distribuídas pelos candidatos<sup>421</sup>. “*Daqui a pouco estaremos exigindo que o eleitor compareça de luto às seções, ou então de terno ou de camisa de cor neutra*”, afirmou o então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Marco Aurélio Mello, na sessão em que foi aprovada a resolução.

A profecia do Ministro por pouco não se concretizou nas eleições de 2014. Uma juíza eleitoral do Rio de Janeiro resolveu restringir as cores das roupas dos eleitores e mesários, alegando que aqueles que se vestissem das mesmas cores de uma dada legenda não estariam se manifestando de modo silencioso, mas, sim, influenciando os demais eleitores, algo comparável à propaganda de boca de urna<sup>422</sup>. De acordo com a portaria editada pela magistrada, só poderiam ingressar nas sessões aqueles que portassem vestes pretas, brancas ou cinzas, sob pena de serem impedidos de votar!Veja-se o teor da Portaria:

181ª Zona Eleitoral – Portaria n. 011/2014

A Dra. MAIRA VALÉRIA VEIGA DE OLIVEIRA, Juíza da 181ª Zona Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, nomeada na forma da lei e no uso de suas atribuições legais, etc.

Considerando que nas últimas eleições municipais o Juízo diante da prática inusitada exatamente no dia do pleito, de uniformização dos eleitores e partidários de determinados candidatos com cores significativas das respectivas candidaturas; Considerando que a lei eleitoral veda a "boca de urna" que é inclusive crime tipificado no Código Eleitoral;

<sup>421</sup> TSE, Res. n° 22.426, de 27.09.2006.

<sup>422</sup> DJE do TRE-RJ n° 246, de 29.09.2014.

Considerando que a lei eleitoral permite apenas que o eleitor singularmente demonstre de forma silenciosa a sua preferência por candidato e partido; **Considerando que "manifestação silenciosa" não significa ausência de ruídos, mas sim uma manifestação que não permita influenciar outros eleitores;** **Considerando, por fim, que eleitores e partidários vestidos todos com uma mesma cor caracterizadora de candidato ou partido não pode ser considerada "manifestação silenciosa" porque o "grupo uniformizado" influencia de longe os eleitores que muitas vezes deixam de exercer livremente o voto, considerando a "Teoria do Voto Útil";**

DETERMINA

**Somente poderão ingressar nos locais de votação eleitores, fiscais e delegados de partidos políticos, servidores da Justiça Eleitoral e/ou requisitados, mesários e demais participantes das atividades desenvolvidas durante o pleito no dia 05/10/2014 vestidos com camisas, casacos, blusas nas cores branco, cinza e preto, sob pena de serem impedidos de ingressar nos locais de votação onde se localizam as seções eleitorais, sendo ainda desconsiderada a alegação de impedimento do exercício do voto obrigatório para fins de isenção da multa respectiva. (grifou-se)**

A decisão parecia justamente querer transformar as eleições em um velório, afastando-as do ideal de uma festa da democracia, na qual os cidadãos devem assumir participação ativa na definição dos rumos da nação. Felizmente, porém, a juíza voltou atrás antes do primeiro turno da eleição. A Portaria nº 12/2014, publicada na sexta-feira anterior à eleição, liberou as vestes coloridas na votação. Mais uma vez, porém, demonstra-se a pretensão de desaquecer a política, impedindo as manifestações e o engajamento popular absolutamente saudáveis e necessários em uma democracia.

Por tais fundamentos, as disposições da legislação eleitoral que tratam do período de reflexão calma, de um lado, não se prestam a preservar a legitimidade do processo eleitoral, tampouco não beneficiam a liberdade de escolha dos eleitores. De outro, restringem de forma desproporcional o direito à informação e à liberdade de expressão *lato sensu*, além de promover o esfriamento do debate político justamente no momento em que ele deveria estar mais aquecido. De fato, a única limitação legítima nesse caso, à luz do princípio da proporcionalidade, seria a de impedir a propaganda nas sessões eleitorais e em suas imediações, de modo a garantir a tranquilidade e a ordem dos locais de votação, evitando confusões que possam comprometer a manutenção de um ambiente que proteja a liberdade de voto.

### 6.3 Limites Temporais à divulgação de Pesquisas Eleitorais

Por fim, deve-se analisar a questão das limitações temporais à divulgação de pesquisas eleitorais. A proibição da divulgação dos resultados de pesquisas de intenção de voto nos dias precedentes à realização da votação tem como finalidade impedir que eventuais falhas nos seus resultados possam influenciar e falsear a vontade dos eleitores, abalando a própria legitimidade do pleito.

As pesquisas eleitorais fazem parte do dia-a-dia das campanhas políticas modernas e, como afirmou José Serra, transformaram-se em uma “*mania nacional*”<sup>423</sup>. As sondagens realizadas por institutos de pesquisa são divulgadas regularmente pelos meios de comunicação e utilizadas, por partidos e candidatos, para definirem suas estratégias de campanha e de voto em relação à opinião pública, bem como por eleitores para escolherem os destinatários de seus votos<sup>424</sup>.

As pesquisas consistem em uma técnica de investigação social, a qual permite conhecer as opiniões e atitudes de uma coletividade por intermédio da aplicação de um questionário a um reduzido número de integrantes<sup>425</sup>. Já as pesquisas eleitorais têm por objeto perquirir a intenção de voto dos eleitores em um dado momento: elas são uma “foto”, que revela as preferências do eleitorado em um dado momento<sup>426</sup>. As pesquisas de boca-de-urna (*exit polls*), por sua vez, constituem uma espécie de pesquisa eleitoral que é realizada junto aos eleitores, logo após terem participado do pleito, as quais coletam os votos proferidos e se destinam a obter informações sobre o possível resultado das eleições, antes de sua divulgação oficial.

As pesquisas em geral cumprem funções de extrema relevância no processo eleitoral. Em primeiro lugar, elas apontam a posição dos candidatos diante da intenção de votos dos eleitores e conferem elementos para que os candidatos avaliem a necessidade de ajustes no direcionamento de suas campanhas, tanto com relação às plataformas políticas que defendem, quanto no que se refere às regiões onde devem intensificar suas ações ou aos perfis de

---

<sup>423</sup> SERRA, José. Pesquisismo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 out. 1994. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/10/18/opiniaio/7.html>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>424</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe anual 2005: **Informe da relatoria para a liberdade de expressão**. Washington: Secretaria Geral da Organização dos Estados americanos, 2006. v. 2. Disponível em: <[www.cidh.org](http://www.cidh.org)>. Acesso em: 20 jul. 2015, p. 159.

<sup>425</sup> Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe anual... **Op. cit.**; LAKE, Celinda C.; HARPER, Pat Callbeck. **Public Opinion Polling. A handbook for public interest and citizen advocacy groups**. Washington D.C.: Montana Alliance for Progressive Policy, 1987.

<sup>426</sup> Deve-se ter em mente, porém, que tais pesquisas “por mais fiéis que sejam, fornecem apenas um retrato momentâneo das opiniões e das escolhas do eleitorado. É trivial lembrar que as inclinações dos eleitores podem alterar-se com o andamento das campanhas” (SERRA, José. Pesquisismo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 out. 1994). Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/10/18/opiniaio/7.html>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

eleitores aos quais devem se dirigir mais diretamente<sup>427</sup>. A depender dos resultados obtidos e do modelo de financiamento de campanhas eleitorais adotado pelo país, as pesquisas passam a desempenhar também um relevante papel na atração de contribuições financeiras. Aqueles que aparecem com maiores chances de vitória nas pesquisas, contarão muito provavelmente com mais interessados em doar.

Em segundo lugar, as pesquisas de opinião veiculam informações sobre o que os cidadãos de determinada localidade e em um determinado momento pensam sobre diversos temas da agenda política e sobre os candidatos e partidos políticos em disputa. Essas sondagens trazem, assim, *inputs* relevantes para a tomada de decisões eleitorais por parte dos cidadãos. Os dados extraídos das pesquisas, somados às demais informações a que têm acesso durante o pleito, permitem que os indivíduos possam tomar suas decisões de voto de maneira informada, inclusive no que tange à viabilidade prática de um candidato de sua preferência vir a ser eleito ou não. E mais: essas sondagens contribuem para o controle político das autoridades, na medida em que submetem os governantes e as políticas públicas por eles adotadas ao exame da população.

As pesquisas de boca de urna (*i.e.*, aquelas que são conduzidas no dia das eleições, junto a eleitores que acabaram de votar) possuem uma utilidade adicional, sobretudo em novas democracias e em democracias em vias de consolidação. Elas constituem uma importante ferramenta para a verificação da correção do processo eleitoral e para desencorajar fraudes, uma vez que tais pesquisas multiplicam as fontes de validação dos cálculos oficiais e asseguram maior transparência na apuração dos votos pelas entidades estatais. Trata-se, assim, de um teste de confiabilidade e honestidade das eleições.

Por todos esses motivos, resta evidente que a livre divulgação de pesquisas, incluindo as de boca de urna, é instrumental para a garantia da formação autônoma e desimpedida das convicções do eleitorado, situando-se no núcleo essencial da liberdade de expressão e da própria ideia de democracia.

Em que pese o importante papel desempenhado pelas pesquisas no processo eleitoral, há quem as critique, sob o argumento de que elas interfeririam indevidamente na livre formação da convicção dos eleitores, os quais deveriam votar de acordo com os ditames de sua consciência, e não com base nas estatísticas<sup>428</sup>. Para corroborar tais críticas, mencionam-

---

<sup>427</sup> BARRETTO, Lauro. **As pesquisas de opinião pública no processo eleitoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997, p. 28.

<sup>428</sup> NOGUEIRA, Erico Ferrari. As pesquisas eleitorais como condicionantes do jogo democrático. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 60, p. 95-119, jan./jun., 2012.

se como efeitos de tais pesquisas<sup>429</sup>, em primeirolugar, o favorecimento dos candidatos em melhor posição nas pesquisas (o chamado “*bandwagon effect*”), tendo em vista que eleitores tenderiam a votar nos candidatos com maiores chances de vitória, como forma de não “desperdiçar” seus votos, alimentando-se o chamado *voto útil*. No cenário brasileiro, há uma crença de que o eleitor nacional é especialmente atraído por esse tipo de comportamento. Diz-se, em segundo lugar, que tais pesquisas podem produzir o favorecimento dos candidatos que se encontram menos bem colocados nas pesquisas (o chamado “*underdog effect*”), tendo em vista que muitos eleitores preferem apoiar os candidatos com menores chances de eleição, prejudicando, assim, os candidatos que tenham uma melhor posição nas sondagens<sup>430</sup>. Por fim, nos países em que o voto não é obrigatório – o que não é o caso do Brasil –, tem-se apontado que a divulgação das pesquisas pode gerar o desestímulo ao comparecimento às urnas de eleitores cujos candidatos são apontados como vitoriosos, por uma larga vantagem em relação aos demais adversários, ou como desprovidos de chances de vitória<sup>431</sup>.

Cabe ressaltar, porém, que não há estudos conclusivos sobre o impacto que a divulgação de pesquisas eleitorais produz no comportamento dos eleitores ou sobre o grau de influência que exercem sobre um determinado resultado<sup>432</sup>. A publicação do resultado de tais pesquisas pode influenciar diretamente o eleitor, como pode muito bem não surtir qualquer efeito, dada a infinidade de alternativas e informações a que os cidadãos têm acesso no âmbito das campanhas políticas. Na verdade, a própria ideia de que o eleitor é capaz de determinar seu voto *unicamente* de acordo com a sua consciência e sem quaisquer influências é, antes de tudo, irreal. Diversos fatores não-racionalizados (o que não significa que sejam irracionais) são determinantes para o voto. Desde os laços de identificação partidária, plataformas políticas e amizades, até as pesquisas de opinião. Nenhum deles, porém, pode ser julgado ilegítimo, sob pena de se violar, além da liberdade de expressão, a própria soberania popular e a democracia.

---

<sup>429</sup> Cf. SIMON, Robert A. Bandwagon and Underdog Effects and the Possibility of Election Predictions. In: **The Public Opinion Quarterly**, v. 18, n. 3, 1954, p. 245-253; TSEBELIS, George. A General Model of Tactical and Inverse Tactical Voting. In: **British Journal of Political Science**, v. 16, n. 3, jul., 1986, p. 395-404; NOGUEIRA, Erico Ferrari. As pesquisas eleitorais como condicionantes do jogo democrático. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 60, p. 95-119, jan./jun., 2012; Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe anual, 2005.

<sup>430</sup> SIMON, Robert A. Bandwagon and Underdog Effects and the Possibility of Election Predictions. In: **The Public Opinion Quarterly**. Op. cit., p. 245-253

<sup>431</sup> IRWIN, Galen A.; VAN HOSTEYN, Joop J. M.. According to the Polls: The Influence of Opinion Polls on Expectations. In: **The Public Opinion Quarterly**, v. 66, n. 1, 2002, p. 92-104; MENDES, Antonio Manuel Teixeira. O papel das pesquisas eleitorais. In: **Novos Estudos CEBRAP**, n. 29, p. 28-33, mar., 1991, p. 30-31.

<sup>432</sup> IRWIN, Galen A.; VAN HOSTEYN, Joop J. M.. According to the Polls: The Influence of Opinion Polls on Expectations. In: **The Public Opinion Quarterly**, v. 66, n. 1, 2002, p. 92-104.

Adicionalmente, a literatura sobre o tema aponta um especial temor diante de possíveis manipulações dos resultados das pesquisas, por parte daqueles que as encomendam e das empresas responsáveis por sua elaboração<sup>433</sup>. Tal receio costuma ser mais acentuado diante de pesquisas eleitorais divulgadas nos dias imediatamente anteriores ao pleito, bem como de pesquisas de boca-de-urna, que são liberadas no dia das eleições, já que estas supostamente não se sujeitariam a um período de maturação, crítica e análise antes da votação. Nesse caso, a divulgação de pesquisas eleitorais com resultados falsos ou manipulados poderia produzir efeitos deletérios e mesmo irreversíveis sobre a legitimidade das eleições.

Diante das questões suscitadas acima, é comum que diversos países promovam restrições à condução e à divulgação das pesquisas de opinião e de intenção de voto, tais como a exigência de prévia divulgação da metodologia utilizada e outros dados relacionados à pesquisa, e também a proibição de divulgação de pesquisas nos dias imediatamente anteriores ao pleito. Tais limitações temporais estão presentes, por exemplo, na Itália (15 dias), na Argentina (14 dias), na França (7 dias), na Espanha (5 dias), no Canadá (3 dias), no México (3 dias) e em Portugal (1 dia).

Essas interferências legislativas na liberdade de difusão da informação contida nas pesquisas têm, como já se viu, a finalidade de impedir que influam indevidamente sobre o voto dos eleitores. Sob essa ótica, tais regulações serviriam para garantir a legitimidade do processo eleitoral e a autenticidade do voto. Adicionalmente, os limites impostos também são justificados como uma suposta medida preventiva contra a manipulação dos resultados eleitorais, bem como pela necessidade de impedir o rompimento da paridade de armas entre os candidatos e partidos políticos, evitando que alguns candidatos obtenham “vantagens indevidas” com a divulgação das pesquisas.

No Brasil, as primeiras pesquisas de intenção de voto foram realizadas em 1945, mas apenas em 1965 receberam regulamentação<sup>434</sup>. O Código Eleitoral de 1965, ainda em vigor, em seu art. 255, proibia a divulgação, nos 15 dias anteriores ao pleito, dos resultados das “prévias ou testes pré-eleitorais”<sup>435</sup>. Durante o regime militar, porém, a divulgação de pesquisas foi proibida. No cenário da redemocratização, as pesquisas voltaram a ser

---

<sup>433</sup> NOGUEIRA, Erico Ferrari. As pesquisas eleitorais como condicionantes do jogo democrático. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 60, p. 95-119, jan./jun., 2012

<sup>434</sup> RAMOS, Wolney. **Regime jurídico da propaganda política**. São Paulo: Companhia Mundial de Publicações, 2007. p. 159.

<sup>435</sup> Código Eleitoral de 1965, art. 255; “Nos 15 (quinze) dias anteriores ao pleito é proibida a divulgação, por qualquer forma, de resultados de prévias ou testes pré-eleitorais”.

realizadas, mas as limitações temporais permaneceram vigentes e foram inclusive recrudescidas. A restrição passou a 21 dias com a Lei 7.406/86 e depois a 30 dias com a Lei nº 7.664/1988<sup>436</sup>.

Para regular a propaganda eleitoral nas eleições de novembro de 1988, portanto, já sob a vigência da Constituição de 1988, o TSE editou a Resolução nº 14.466/1988, determinando que os resultados das pesquisas não poderiam ser divulgados a partir de 14 de outubro (*i.e.*, cerca de 30 dias anteriores ao pleito), com fundamento na Lei nº 7.664/1988. A empresa Folha da Manhã, contudo, impetrou mandado de segurança no TSE contra o ato da própria Corte, argumentando que o preceito da resolução não ofendia o texto da Constituição anterior, mas, a partir da entrada em vigor da nova Carta, a sua inconstitucionalidade passou a ser evidente. Então, o Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do Mandado de Segurança nº 997, em 27 de outubro de 1988, entendeu, por unanimidade, que o dispositivo teria sido, de fato, revogado desde quando vigente a nova lei fundamental, por incompatibilidade com a ampla garantia da liberdade de expressão e do acesso à informação na Constituição de 1988<sup>437</sup>. A partir desta decisão, entendeu-se que o art. 225 do Código Eleitoral não teria sido recepcionado, de modo que as pesquisas eleitorais passaram a poder ser divulgadas a qualquer tempo, inclusive no dia das eleições.

Em 1997, foi editada a Lei das Eleições, que dispensou um capítulo para o tratamento das pesquisas e testes pré-eleitorais. Como forma de reduzir os riscos de manipulação, a lei eleitoral criou obrigações de comunicação de informações sobre a condução das pesquisas, tais como a margem de erro, a metodologia aplicada, a entidade que a contratou, entre outros. Ademais, a legislação criou um sistema de registros, obrigando que todos os dados relativos a uma determinada pesquisa (inclusive, a de bocadeurna) sejam registrados junto à Justiça Eleitoral com, no mínimo, 5 dias de antecedência da divulgação. Com isso, garante-se um período para que partidos, candidatos, mídia e cidadãos possam fiscalizar a higidez de seus métodos antes da proclamação do resultado da pesquisa e, se desejarem, apresentar impugnações<sup>438</sup>. Nesse caso, mostra-se evidente que as restrições aplicadas à condução e à

---

<sup>436</sup> A Lei nº 7.773/1989, que regularia a primeira eleição geral para Presidente da República após o advento da Constituição de 1988, vedava, nos 30 dias anteriores à data da eleição em primeiro turno e nos 10 dias anteriores à do segundo turno, a divulgação de quaisquer pesquisas, prévias ou testes pré-eleitorais.

<sup>437</sup> TSE, MS 997, **Acórdão 10.305**, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 27.10.1988.

<sup>438</sup> Veja-se, a respeito, o teor do art. 33 desta lei: “As entidades e empresas que realizarem pesquisas de opinião pública relativas às eleições ou aos candidatos, para conhecimento público, são obrigadas, para cada pesquisa, a registrar, junto à Justiça Eleitoral, até cinco dias antes da divulgação, as seguintes informações: I - quem contratou a pesquisa; II - valor e origem dos recursos despendidos no trabalho; III - metodologia e período de realização da pesquisa; IV - plano amostral e ponderação quanto a sexo, idade, grau de instrução, nível econômico e área física de realização do trabalho a ser executado, intervalo de confiança e margem de erro;



divulgação de pesquisas eleitorais em nada atingem a liberdade de expressão. Pelo contrário. A obrigação de divulgação das informações sobre a condução das pesquisas favorece o conteúdo informacional das eleições, garantindo à cidadania e aos próprios candidatos e agremiações meios necessários para verificarem a correção da metodologia empregada e dos resultados obtidos. A Lei das Eleições não estabeleceu, porém, nenhuma limitação temporal à divulgação dessas pesquisas.

Posteriormente, porém, novas restrições de tempo foram instituídas. A partir de 2002, em razão de consultas formuladas pela TV Globo (Resolução nº 21.232) e pela Rede Record (Resolução nº 21.229), o TSE passou a entender, sem qualquer fundamento em lei, que as pesquisas de boca de urna e a divulgação de dados não oficiais da apuração somente poderiam ocorrer após o horário de encerramento da votação, ou seja, após as 17 horas<sup>439</sup>. Nessa ocasião, definiu-se, ainda, que as pesquisas de intenção de voto nas eleições presidenciais poderiam ser divulgadas a partir das 17 horas, horário de Brasília, nos Estados em que a votação já houver se encerrado, aguardando-se, nos demais Estados, em que há diferença de fuso horário, o efetivo encerramento da votação para a divulgação dessas pesquisas<sup>440</sup>. Mais de uma década depois, por meio de resolução editada para regular as eleições de 2014 e também sem fundamento legal, o TSE ampliou a restrição temporal, somente permitindo que o resultado dessas pesquisas seja divulgado após o encerramento da votação em todo o território nacional, considerando-se os diferentes fusos horários (art. 1º, Res.TSE nº 23.426/2014).

A mais drástica limitação temporal foi incluída em 2006. A Lei nº 11.300 acrescentou à Lei das Eleições o artigo 35-A, instituindo a vedação à divulgação de quaisquer pesquisas durante os 15 dias precedentes ao pleito. O objetivo invocado pelo legislador para efetivar

---

(Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013); V - sistema interno de controle e verificação, conferência e fiscalização da coleta de dados e do trabalho de campo; VI - questionário completo aplicado ou a ser aplicado; VII - nome de quem pagou pela realização do trabalho e cópia da respectiva nota fiscal” (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013). § 1º As informações relativas às pesquisas serão registradas nos órgãos da Justiça Eleitoral aos quais compete fazer o registro dos candidatos (...).”

<sup>439</sup> Veja-se o teor da Resolução: “Divulgação de pesquisa de ‘boca de urna’ e de dados não oficiais da apuração. Eleição estadual e presidencial – Emissora de televisão – Cobertura jornalística. 1. A divulgação de dados não oficiais sobre eleição estadual pode ocorrer logo após o horário de encerramento da votação, ou seja, após as 17 horas. 2. A divulgação de dados não oficiais sobre eleição presidencial pode ocorrer após o horário de encerramento da votação em todo o território nacional, levando-se em consideração a existência de mais de um fuso horário no país. 3. A divulgação de pesquisa de boca de urna sobre a eleição estadual pode ocorrer após as 17 horas. 4. A divulgação de pesquisa de boca de urna sobre a eleição presidencial pode ocorrer após o horário de encerramento da votação em todo o território nacional, levando-se em consideração a existência de mais de um fuso horário no país”.

<sup>440</sup> A proibição se manteve nas Eleições de 2004 (Resolução nº 21.576: “Art. 18. As pesquisas realizadas no dia da eleição podem ser divulgadas a partir das 17h nos municípios em que a votação já se houver encerrado”) e na nas Eleições de 2006 (Resolução nº 22.143: “Art. 14. As pesquisas realizadas no dia da eleição somente poderão ser divulgadas nas unidades federativas em que a votação já se houver encerrado”).

essa restrição – impedir a divulgação de dados equivocados e/ou dolosamente manipulados que possam influenciar o eleitorado e, logo, a legitimidade do pleito – é legítimo. Ocorre, porém, que a medida, além de constituir grave violação à liberdade de expressão, não atende aos parâmetros impostos pelo princípio da proporcionalidade, sendo inadequada, desnecessária e desproporcional em sentido estrito para atingir os fins a que se destina.

Em primeiro lugar, a vedação à divulgação de pesquisas nos dias anteriores ao pleito atinge em cheio o núcleo essencial da liberdade de expressão *lato sensu*. A medida impõe uma vedação total ao acesso às informações mais atualizadas sobre a distribuição das preferências do eleitorado, em um momento crucial do processo político, o da decisão de voto. Essa medida impede que a população tome conhecimento das decisões e posições eleitorais de seus concidadãos, nos dias que antecedem a votação, e, assim, deforma o mercado de ideias, prejudicando a deliberação e o exercício do autogoverno. Trata-se, assim, de inequívoca censura de natureza política, vedada peremptoriamente pelo art. 220, *caput*, e §§ 1º e 2º, da Constituição.

Ademais, a limitação impede que os indivíduos decidam quais informações entendem relevantes para a formação de suas próprias convicções políticas. Nesse sentido, o dispositivo é nitidamente paternalista, porquanto parte da premissa de que os cidadãos não possuem discernimento para analisar os resultados das pesquisas eleitorais e tomar decisões racionais. Como já se disse, a adoção de uma visão paternalista é, porém, intrinsecamente incompatível com a democracia, uma vez que nega aos indivíduos a autonomia fundamental à própria ideia de autogoverno e de soberania popular, tratando-lhes como “eternas crianças imaturas”<sup>441</sup>.

Além de restringirem gravemente a liberdade de expressão, as limitações temporais impostas à divulgação de pesquisas também não se justificam à luz do princípio da proporcionalidade. De início, tais limites são *inadequados* para atingir os fins a que se propõem (impedir manipulações ou influências sobre os eleitores). Não há como impedir que o eleitor seja influenciado pelos fatos ou pela realidade que o cerca: somente ao eleitor – e não ao Estado – cabe avaliar e julgar a relevância das pesquisas de intenção de voto e de quaisquer outras informações, para que forme a sua convicção de maneira livre e plenamente informada. A respeito, confira-se o trecho do parecer do jurista e ex-Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, que se pronunciou, na qualidade de Procurador-Geral Eleitoral, sobre a constitucionalidade de norma que impunha um período de *blackout* de um mês na divulgação de pesquisas eleitorais, no início da vigência da Constituição:

---

<sup>441</sup> A respeito, cf. PERTENCE, Sepúlveda. Parecer nos Mandados de Segurança nº 984, 997 e 1.008, de 26.10.1988, na qualidade de Procurador-Geral Eleitoral.

No caso, a proibição impugnada é norma de Direito Eleitoral. Insere-se, pois, no complexo normativo de leis ordinárias voltadas à disciplina dos pleitos e substancialmente vinculadas, em consequência, à concretização das normas e princípios constitucionais atinentes ao sufrágio, ao processo eleitoral e, em geral, aos valores fundamentais do político. **Parece-nos inequívoco, contudo, que nenhum deles serve de fundamento constitucional à lei ordinária que, restringindo a liberdade de informação dos veículos da imprensa, veda a divulgação de pesquisas eleitorais por todo o mês que precede as eleições. Temos por irrelevante, no particular, invocar-se a convicção generalizada de que o conhecimento da tendência do eleitorado, detectada pela pesquisa, exerça influência – não certamente em sentido unívoco – sobre o voto dos eleitores. Na era das comunicações, é patente que a imensa carga de opiniões e informações recebida pela massa dos cidadãos é fatos significativo na formação das decisões eleitorais.** Não obstante, tanto quanto o sufrágio universal, a presença efetiva da liberdade de manifestação do pensamento, nela compreendida a liberdade de informar, é signo de identificação da plenitude do regime democrático. (...) **Em contraposição, a democracia aborrece todo ensaio de cercear a informação, a pretexto de tutelar a sociedade, presumidamente para o seu próprio bem**<sup>442</sup>.

O que se pode e deve evitar – isto sim –, é que o eleitor seja *indevida e dolosamente* influenciado por pesquisas falsas e manipuladas. Nesse caso, porém, ainda que a medida fosse adequada, ela não seria *necessária*, tendo em vista que a própria legislação já positivou outros meios menos gravosos à liberdade de expressão, adequados ao alcance do fim pretendido. Conforme analisado, a Lei das Eleições instituiu a obrigação de registro de diversos dados necessários para a aferição da confiabilidade das pesquisas, com no mínimo 5 dias de antecedência à sua divulgação. Além disso, se poderia pensar em diversos outros mecanismos para garantir a higidez das pesquisas, sem promover restrição tão gravosa à liberdade de expressão.

Por fim, a medida é *desproporcional em sentido estrito*, uma vez que os benefícios duvidosos que seriam atingidos por essa medida são superados pelos efeitos deletérios que produzem em matéria de liberdade de expressão. Nesse caso, conforme amplamente demonstrado, o legislador atingiu, diretamente, o núcleo do direito difuso da cidadania a ser informada (art. 5º, IV, VI e IX, CRFB), bem como a liberdade de imprensa (art. 220, *caput* e § 1º, CRFB), diante do interesse público à ampla divulgação de informações sobre as opiniões dos eleitores e as suas intenções de voto. Em resumo, a grave invasão da liberdade de expressão, empreendida pela limitação temporal à divulgação de pesquisas eleitorais, nos termos do art. 35-A da Lei nº 11.300/06, não é superada pelos efeitos eventuais e marginais esperados pelo legislador.

---

<sup>442</sup>Id.

A Lei nº 11.300/2006 teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, mas em função de outro fundamento: o da violação ao princípio da anualidade eleitoral. No entanto, o STF, ao apreciar referido dispositivo, corretamente declarou a inconstitucionalidade do art. 35-A, com base na frontal violação à liberdade de expressão. Nesse caso, a Corte Constitucional reconheceu que, ainda que as intenções do legislador se voltassem a proteger um objetivo legítimo do ponto de vista constitucional, tal fim não pode ser alcançado por meio de uma restrição desproporcional ou mesmo de censura a informações de interesse da coletividade. O risco de que as pesquisas eleitorais possam influenciar a decisão do eleitor não legitima a imposição de restrições à divulgação de informações de interesse público da cidadania. Nas palavras do relator, o Ministro Ricardo Lewandowski:

“(...) vedar-se a divulgação de pesquisas a pretexto de que estas poderiam influir (...) na disposição dos eleitores, afigura-se tão impróprio como proibir-se a divulgação de previsões meteorológicas, prognósticos econômicos ou boletins de trânsito antes das eleições, ao argumento de que teriam o condão de alterar o ânimo dos cidadãos e, em consequência, o resultado do pleito. (...) Por isso, admitir-se a restrição seria um contra-senso, tendo em vista que “o objetivo colimado pela legislação eleitoral, (...) é, em última análise, permitir que o cidadão forme a sua convicção de modo mais amplo e livre possível, antes de concretizá-la nas urnas por meio do voto (...). A proibição da divulgação de pesquisas eleitorais, em nossa realidade, apenas contribuiria para ensejar a circulação de boatos e dados apócrifos, dando azo a toda sorte de manipulações indevidas, que acabariam por solapar a confiança do povo no processo eleitoral, atingindo-o no que ele tem de fundamental, que é exatamente a circulação de informações”.<sup>443</sup>

No entanto, em que pese o STF ter declarado a inconstitucionalidade do art. 35-A da Lei das Eleições, permanece o fantasma das restrições temporais à publicação de pesquisas de intenção de voto. Já há diversos projetos de lei e também propostas de emenda à Constituição, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, que pretendem instituir novamente a limitação julgada inconstitucional pelo STF<sup>444</sup>. Além disso, permanece em vigor, sem qualquer questionamento, a restrição à divulgação de pesquisas de boca de urna. Como já se adiantou, de acordo com a Resolução TSE nº 23.400/13<sup>445</sup>, a divulgação do levantamento dos votos realizado no dia das eleições é proibida até o encerramento da votação em toda a circunscrição do cargo desejado, *in verbis*:

<sup>443</sup> Trecho extraído do voto Min. Ricardo Lewandowski na ADI 3.741, j. 06.08.2006.

<sup>444</sup> O Projeto de Lei 4574/12, da deputada Cida Borghetti (PP-PR), permite a veiculação de pesquisas eleitorais até 15 dias antes das eleições. Já a PEC 57, já aprovada na CCJ do Senado, prevê também a possibilidade de restrições temporais de divulgação de pesquisas.

<sup>445</sup> Resolução nº 23.400 (Instrução nº 952-19.2013.6.00.0000), editada para regular as pesquisas eleitorais para as eleições de 2014. A vedação à divulgação de pesquisas de urna até horário posterior ao encerramento das urnas, já existia, ainda que de forma menos restritiva, pelo menos, desde as eleições de 2004.

Art. 13. A divulgação de levantamento de intenção de voto efetivado no dia das eleições somente poderá ocorrer:

I – nas eleições relativas à escolha de Deputados Estaduais e Federais, Senador e Governador, a partir das 17 (dezesete) horas do horário local;

II – na eleição para a Presidência da República, após as 19 (dezenove) horas do horário de Brasília, no primeiro turno, e após as 20 (vinte) horas do horário de Brasília, no segundo turno.

Para legitimar tal restrição à liberdade de expressão, argumenta-se que ela seria necessária para impedir que resultados não oficiais influenciem as decisões dos eleitores que ainda não votaram, especialmente em estados com fusos horários diferentes. No entanto, resta evidente que o dispositivo da resolução editada pelo TSE não se coaduna com a sistemática constitucional das liberdades de expressão e de imprensa e do direito à informação. Em primeiro lugar, a restrição à liberdade de expressão foi instituída por resolução do Tribunal Superior Eleitoral, e não por lei formal, aprovada pelo Poder Legislativo. Em segundo lugar, não há nenhum objetivo constitucionalmente legítimo que valide a restrição à divulgação das pesquisas realizadas na saída das urnas eleitorais. Como já se discutiu amplamente, a imprensa tem o direito de divulgar pesquisas de intenção de voto a qualquer tempo, como parte do seu dever de informar. Por sua vez, o cidadão tem o direito de ser informado sobre os resultados das pesquisas realizadas no dia da eleição. Caberá ao próprio eleitor fazer o uso que entender adequado das informações pesquisadas. Somente a ele – e não ao Estado – cabe avaliar e julgar a relevância das pesquisas de intenção de voto, para que forme a sua convicção de maneira livre e informada. Em terceiro lugar, existem outros meios menos restritivos capazes de conferir a tais pesquisas de bocadeurna maior legitimidade, como é o caso da exigência de registro prévio da pesquisa, com a ampla divulgação da metodologia e demais fatores necessários para aferir a sua seriedade. Este é, portanto, mais um caso que ilustra a necessidade de uma releitura da regulação eleitoral à luz da Constituição e, em especial, do direito fundamental à liberdade de expressão.

## 7 O CONTEÚDO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS

As regras do jogo eleitoral, além de regularem o tempo das campanhas, propõem uma série de limitações ao conteúdo das mensagens que serão transmitidas. A título de ilustração, a Lei das Eleições veda a veiculação, nos programas eleitorais gratuitos, de propaganda ou programa que (i) possa degradar ou ridicularizar candidatos<sup>446</sup> (arts. 51, IV, e 53, §§ 1º e 2º, LE) ou (ii) seja ofensiva à moral e aos bons costumes (arts. 53, § 2º, LE). Por sua vez, o Código Eleitoral dispõe, em seu art. 243, que não serão toleradas propagandas (i) de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes (inc. I); (ii) de incitamento de atentado contra pessoa ou bens (inc. III); (iii) de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública (inc. IV); e (iv) que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública (inc. IX).

Como se viu na Parte I deste trabalho, as intervenções no conteúdo das manifestações políticas são sempre as mais drásticas, pois excluem do debate público determinadas ideias e informações. Nas campanhas brasileiras, porém, elas são muitíssimo frequentes. Diversos conteúdos essenciais à tomada de decisão de voto são vedados pela legislação eleitoral ou por uma interpretação extensiva das normas conferida pela Justiça Eleitoral. A principal vítima tem sido a crítica política, sob as mais diversas formas: por meio da chamada “propaganda negativa”, realizada por candidatos para desqualificarem seus oponentes; por meio das propagandas e demais mensagens que transmitam e mobilizem emoções; e por meio de manifestações humorísticas voltadas a satirizar candidatos e suas propostas. A seguir, analisaremos alguns aspectos em jogo nessas restrições de conteúdo, seus fundamentos e legitimidade.

### 7.1 Política e Propaganda negativa

A crítica política – dura, mordaz, espinhosa, ácida – é peça essencial ao debate democrático. Em disputas acirradas por cargos eletivos, é natural que candidatos e partidos

---

<sup>446</sup> Como se verá adiante, a vedação também se aplicava à programação e ao noticiário das emissoras, nos termos do inciso II do art. 45 da Lei das Eleições, mas este dispositivo teve sua eficácia suspensa por força do julgamento da ADI 4451-MC-Ref.

não se limitem a discutir propostas e programas de governo e utilizem também a estratégia de desqualificar seus oponentes, destacando seus defeitos, pontos fracos, erros e manchas em suas biografias. Trata-se do que tem sido chamado de propaganda negativa.

É claro que uma campanha feita exclusivamente com propaganda negativa não cumpriria a sua missão de informar os cidadãos a respeito das plataformas e propostas, essenciais à tomada de decisão de voto. No entanto, alguma dose de propaganda negativa, mais do que inevitável, é benéfica ao processo democrático. Afinal, por meio da crítica à figura dos candidatos, os eleitores têm acesso a um quadro mais completo das opções políticas. Considerações a respeito do caráter, da idoneidade e da trajetória dos políticos não são indiferentes ao eleitorado e fazem parte do leque de informações legitimamente utilizadas na definição do voto.

Aqueles que se opõem às campanhas negativas costumam, porém, invocar a necessidade de garantir a moralização da política, instalando eleições limpas, nas quais haja a discussão de propostas concretas, e não mera troca de ofensas e acusações entre os adversários. Para eles, essa tática produziria diversos efeitos perversos. Ataques aos adversários poderiam criar distorções no processo eleitoral; tirariam a atenção de questões centrais como programas de governo; diminuiriam a qualidade e a civilidade do debate político, reduzindo as campanhas a uma sequência de ataques e contra-ataques; aumentariam a polarização entre as diferentes correntes políticas; e, ainda, contribuiriam para a alienação do eleitorado, ao estimularem o cinismo e a desconfiança em relação ao processo político<sup>447-448</sup>. Mais do que isso, o fogo cruzado durante as campanhas, com a veiculação sistemática de acusações, xingamentos e declarações enganosas, poderia afastar indivíduos mais qualificados da política, os quais não desejam se submeter a ataques à sua reputação<sup>449</sup>.

Esses argumentos não devem impressionar. Em verdade, a qualidade superior que é atribuída às propagandas propositivas e programáticas parte do pressuposto de que as campanhas negativas seriam enganosas e menos valiosas ao debate público. Há, contudo, muitas razões para discordar dessa suposição<sup>450</sup>. Ao contrário do que se possa imaginar, as campanhas negativas possuem grande utilidade para o aumento da qualidade da discussão e

---

<sup>447</sup>MARSHALL, William P. False Campaign Speech and the First Amendment. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, n. 1, 2004, p. 294-295.

<sup>448</sup>ANSOLABEHERE, Stephen; IYENGAR, Shanto. *Going negative: how attack ads shrink and polarize the electorate*. New York: Free Press, 1995.

<sup>449</sup>MARSHALL, William P. False Campaign Speech and the First Amendment. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, n. 1, 2004, p. 296

<sup>450</sup>Sobre o tema, v. DWORAK, Fernando. A favor de las campañas negativas: Un alegato para México. *Revista IUS*, v. 6, n. 30, p. 118-135, 2012.

do processo de seleção dos representantes. Em primeiro lugar, essa estratégia eleitoral estimula o debate público e permite que as cartas sejam colocadas sobre a mesa, ampliando o fluxo de informações e possibilitando maior debate sobre os pontos fracos dos competidores e de suas propostas. Isso porque, sem sombra de dúvida, os concorrentes são aqueles que têm maiores incentivos para investigar e expor os defeitos de seus oponentes. Assim, limitando-se a possibilidade de candidatos veicularem propagandas negativas, transfere-se o ônus integral desse escrutínio aos meios de comunicação de massa e aos eleitores. Ocorre que ambos nem sempre têm interesse, tempo ou os recursos necessários para tanto. E pior, não raro os meios de comunicação adotam uma posição favorável a um dos lados da disputa. Com isso, a restrição, além de reduzir subsídios para a tomada de decisão de voto, pode violar a paridade de armas.

Em segundo lugar, a negatividade é um antídoto contra a demagogia das propagandas eleitorais. Sem críticas e ataques, as campanhas se limitariam à divulgação de promessas – muitas vezes irrealizáveis – e a elogios aos candidatos e partidos. No entanto, a política é essencialmente conflitiva e a negatividade é útil ferramenta para permitir a contraposição de opções, opiniões e pontos de vista e afastar eventuais mentiras veiculadas. Em terceiro lugar, a ventilação dos aspectos negativos durante as campanhas atrai a atenção do eleitorado<sup>451</sup> e dos meios de comunicação, permitindo que o debate alcance maiores temperaturas<sup>452</sup>. Por fim, a propaganda negativa e a crítica política em geral são inerentes ao direito de oposição, favorecendo o controle social, a *accountability* e a responsabilização dos representantes pelo resultado das ações empreendidas durante o mandato. A proibição da negatividade nas campanhas tende a interessar à situação, que normalmente está em posição mais vantajosa na competição, pela visibilidade e demais privilégios decorrentes do cargo.

Como resultado, parece evidente que as propagandas negativas podem veicular um conteúdo tão importante para o debate público quanto as propositivas. Isso não exclui, é claro, o risco de abusos e excessos. No entanto, vedar a propaganda negativa sob esse pretexto é típica pretensão paternalista, buscando proteger os cidadãos deles mesmos, por considerar que não são capazes de identificar quando as críticas e ataques pessoais são abusivos ou injustificados. Tal perspectiva a respeito da cidadania, além de incompatível com a democracia, não é adequada à realidade. Em verdade, estudos sobre os efeitos dessa tática de

---

<sup>451</sup>De um lado, a própria psicologia humana tende a ser mais sensível a informações negativas. De outro, a criação de conflito ajuda a conferir à política o poder de despertar emoções. Cf. DWORAK, Fernando. A favor de las campañas negativas: Un alegato para México. *Revista IUS*, v. 6, n. 30, p. 118-135, 2012, p. 121.

<sup>452</sup>V. GEER, John; LAU, Richard R. Filling in the blanks: A new method for estimating campaign effects. *British Journal of Political Science*, v. 36, n. 02, p. 269-290, 2006.



campanha demonstram que ela está longe de apresentar resultados uniformes. As mensagens podem afetar negativamente a opinião da população a respeito do candidato atacado, mas o tiro também pode sair pela culatra. A depender de diversos fatores – como a qualidade da mensagem, a repercussão de sua veiculação e a reação dos adversários –, a veiculação de críticas e ataques pessoais pode produzir um *backlash* ou efeito bumerangue, prejudicando a campanha do próprio emissor.

Diversos casos ilustram esse efeito. Por exemplo, na disputa pela Prefeitura de São Paulo em 2008, uma candidata, apostando no conservadorismo da população, questionou, no horário eleitoral, se o seu concorrente seria casado e teria filhos<sup>453</sup>. Acabou, porém, proporcionando ao candidato atacado, além de votos, diversas propostas de casamento<sup>454</sup>. Tem se tornado cada vez mais nítida na opinião pública a tendência de rejeição à estratégia de ataques nas campanhas. Por isso mesmo, o melhor caminho nesta questão é ir na contracorrente do discurso politicamente correto e confiar na capacidade dos cidadãos de analisar as propagandas negativas e de punir os abusos por meio do voto<sup>455</sup>.

Além de paternalista, a proibição das campanhas negativas também ostenta um viés autoritário. Como já se disse, a política pressupõe conflito entre as diversas forças políticas e cosmovisões. Somente um regime autoritário poderia pretender suprimir algo que é da própria natureza da atividade política. Não por outro motivo, em tais regimes, as críticas ao governo e demais mensagens de caráter negativo são as primeiras a serem suprimidas. Regimes autoritários podem até conviver com eleições, mas não com a liberdade de expressão<sup>456</sup>.

Por tudo isso, a proibição da negatividade nas campanhas, ainda que supostamente destinada a aumentar a qualidade do debate e instaurar um clima de maior lealdade entre os oponentes, introduz uma limitação inconstitucional à liberdade de expressão. Aqui, por óbvio, não se está falando das táticas fraudulentas e “sujas” de campanha, como a fabricação de notícias falsas com o deliberado intuito de prejudicar um candidato oponente. Este fenômeno, que não está necessariamente associado às campanhas negativas, deve ser coibido por meio da responsabilização dos responsáveis.

É justamente em razão de seu elevado valor para a liberdade de expressão, que, em quase todo o mundo, a propaganda negativa faz parte do arsenal de recursos à disposição dos

<sup>453</sup> Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,juiz-proibe-marta-de-perguntar-se-kassab-e-casado,259810>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>454</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1510200809.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>455</sup> TEMKIN YEDWAB, Benjamín; SALAZAR ELENA, Rodrigo. **Libertad de expresión y campañas negativas**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

<sup>456</sup> **Ibid.** p. 17.

candidatos e partidos durante as campanhas<sup>457</sup>. A Suprema Corte dos EUA afirmou, diversas vezes, que tal estratégia é essencial em uma democracia: “*o debate sobre as qualificações dos candidatos encontra-se no núcleo da liberdade de expressão*”<sup>458</sup>. Mesmo na América latina, que ainda não tem uma forte cultura de liberdade de expressão, são poucos os países que ainda possuem vedação às campanhas negativas, a exemplo da Bolívia, da Venezuela e do Paraguai<sup>459</sup>. Alguns Estados cujas legislações estabeleciam tal proibição, já tornaram a autorizá-las, seja por meio da declaração de inconstitucionalidade dessas normas, como é o caso da Colômbia<sup>460</sup>, seja por meio de alteração legislativa, como se deu recentemente no México.

O caso mexicano é especialmente ilustrativo. Nas eleições presidenciais de 2006, o ambiente político do país encontrava-se muito polarizado e o candidato da situação, Felipe Calderón, fez massiva propaganda negativa contra o candidato da oposição, López Obrador, classificando-o como autoritário e populista, um “perigo para o México”. Ao final do pleito, alguns analistas apontaram que os ataques pessoais foram decisivos para a eleição de Calderón e a derrota de Obrador. Em resposta a esse cenário, no ano seguinte foi aprovada uma alteração à Constituição<sup>461</sup> e a reforma do Código Eleitoral<sup>462</sup>, para fins de vedar as campanhas negativas, proibindo expressões que denigrassem instituições, partidos e pessoas.

O problema é que, longe de terem sido benéficas ao processo eleitoral, as novas regras do jogo aprofundaram o déficit informativo do público em geral<sup>463</sup>. Nas eleições seguintes, o

---

<sup>457</sup> DWORAK, Fernando. A favor de las campañas negativas. Un alegato para México. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México. n. 30, jul.-dez., 2012.

<sup>458</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Republican Party of Minn. v. White**, 536 U.S. 765 (2002); Caso **Eu v. San Francisco County Democratic Central Comm.**, 489 U.S. 214, 222 (1989)

<sup>459</sup> Dos 19 países latino-americanos, apenas Bolívia, Venezuela, Paraguai, Costa Rica e El Salvador possuem vedações legais à propaganda negativa.

<sup>460</sup> A Corte Constitucional da Colômbia declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de projeto de lei que veiculava proibição de propaganda eleitoral negativa, impedindo que partidos e candidatos fizessem propaganda contendo “*mensagens alusivas a outros candidatos ou que convidem a abster-se de votar em outro partido ou movimento político*”. Segundo a Corte, a lei pode prevenir abusos e veicular restrições razoáveis, mas não pode introduzir interdição genérica à propaganda negativa, pois isso significaria “*mutillar desnecessariamente o debate político e o exercício da oposição*” (Colômbia, Corte Constitucional, **Sentença C-089-94**, j. 03.03.1994).

<sup>461</sup> Veja-se o teor do novo dispositivo constitucional: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. El derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado”.

<sup>462</sup> V. Artigo 38, I, “p” do COFIPE, que prevê que os atores das campanhas eleitorais devem: “Abstenerse en su propaganda política o electoral de cualquier expresión que denigre a las instituciones y a los partidos o que calumnie a las personas. Las quejas por violaciones a este precepto serán presentadas ante la Secretaría Ejecutiva del Instituto, la que instruirá un procedimiento de investigación en los términos establecidos en el Libro Séptimo de este Código. En todo caso, se observará lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 6 de la Constitución”.

<sup>463</sup> DWORAK, Fernando. A favor de las campañas negativas: Un alegato para México. **Revista IUS**, v. 6, n. 30,

novo modelo de campanha, de um lado, não tornou o debate mais qualificado, nem acabou com os ataques pessoais, que permaneceram em outros meios de comunicação, sobretudo na internet e na imprensa<sup>464</sup>. De outro, os candidatos e partidos ficaram de mãos atadas frente a escândalos, perdendo a capacidade de reagir a eventuais abusos<sup>465</sup>. Além de restringir a liberdade de expressão, a vedação à propaganda negativa causou uma enxurrada de processos, e a litigância passou a ser utilizada como estratégia de campanha. Diante dos maus resultados, em 2014, aprovou-se uma reforma política, a qual, entre outras medidas, eliminou a proibição de campanhas negativas.

Na contramão da experiência internacional, porém, na reta final das eleições de 2014, o Brasil passou a adotar uma posição restritiva às propagandas negativas. Durante o 2º turno da disputa presidencial de 2014, o Tribunal Superior Eleitoral, descontente com o baixo nível dos debates, alterou radicalmente a sua jurisprudência e proibiu a utilização do horário eleitoral gratuito para veicular ofensas e acusações entre os candidatos.

A virada ocorreu a menos de 10 dias do pleito, durante o julgamento do pedido de liminar na Representação nº 1658-65, ajuizada pelo candidato à Presidência da República, Aécio Neves, em desfavor de Dilma Rousseff, em que requereu direito de resposta pela veiculação de suposto fato ofensivo no programa eleitoral televisivo de sua adversária<sup>466</sup>. A propaganda apontada como irregular trazia depoimento da ex-presidente do sindicato de jornalistas de Minas Gerais, que acusava o presidenciável de repetir a ditadura e censurar a imprensa do Estado de Minas<sup>467</sup>.

O relator, Ministro Admar Gonzaga, votou no sentido de indeferir o pedido de liminar, sob o argumento de que, muito embora a mensagem contivesse acusação ácida, ela veiculava

p. 118-135, 2012.

<sup>464</sup> **Id.**

<sup>465</sup> **Id.**

<sup>466</sup> TSE, **Rp 1658**, Rel. Min. Admar Gonzaga, j. 17.10.2015.

<sup>467</sup> Veja-se o trecho da propaganda apontado como irregular:

“WILLIAM GALVÃO, PERSONAGEM: Pessoal, uma coisa que tenho prestado bastante atenção nessa eleição é como o Aécio que governou Minas é diferente do que aparece na TV pedindo voto pra presidente.

MAYRA CRISTINA, PERSONAGEM: É mesmo, William. Você sabia o que Aécio e seu grupo são acusados de intimidar e perseguir jornalistas que denunciavam ou criticavam o seu governo? Quer ver? Ouça só o depoimento da jornalista, ex-presidente do sindicato dos jornalistas de Minas Gerais.

EX-PRESIDENTE DO SINDICATO DOS JORNALISTAS DE MINAS GERAIS: Tudo que desagradava governo Aécio, era como o tempo da ditadura, era um telefonema e o repórter, o fotógrafo, o jornalista, em qualquer posto estava ameaçado de perder o seu emprego porque contrariou os desejos do Palácio da Liberdade do Governo de Minas dos tucanos. [JINGLE]

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: Os mineiros conhecem o Aécio melhor do que ninguém, não é à toa que lá o Aécio perdeu de lavada para Duma no primeiro turno”.

tema inerente ao debate público. O Ministro afastou ainda a alegação de se tratar de inverdade “escancarada”, tendo em vista que a mensagem veio abrigada por depoimento de jornalista (e também por notícias de jornal), o que despertava dúvida razoável sobre a veracidade da acusação. Ademais, ressaltou que a acusação poderia ser rebatida ou debatida no horário destinado à propaganda eleitoral, que, na linha da jurisprudência até então pacífica naquele Tribunal, era “*ambiente propício para a divulgação de críticas e manifestações de ordem política*”. Assim, concluiu que não seria “*papel da Justiça Eleitoral intrometer-se no debate de ideias e contestações, a ponto de colocar-se em substituição aos protagonistas do certame democrático*”.

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministério Público Eleitoral, que defendeu que no 2º turno “*há paridade no acesso, entre os dois lados, aos meios de comunicação pagos regidamente pelo contribuinte*”, de modo que “*a coisa mais prudente e mais cautelosa é o tribunal não conceder a este momento nenhuma medida, confiando na civilidade dos candidatos e não interferindo, este tribunal, no nível do debate.*” Para o MPE, como os candidatos dispõem no 2º turno de tempos absolutamente iguais, não haveria nenhum prejuízo que eles gastassem parte do tempo respondendo eventuais críticas e ataques.

A divergência, porém, foi aberta com o voto do Ministro Dias Toffoli, que propôs a reformulação da jurisprudência do TSE, por entender que ela seria muito permissiva em matéria de propaganda eleitoral gratuita. Para o Ministro, as campanhas têm de ser programáticas e propositivas. O debate poderia até ser ácido ou duro, mas apenas no que diz respeito a questões programáticas e de políticas públicas. Segundo ele, a intervenção da Justiça Eleitoral seria necessária para evitar que o horário gratuito virasse um “*baile do risca-faca*”. Dias Toffoli afirmou, ainda, que os parâmetros da nova orientação seriam “*acabar com esse negócio de aparecer gente estranha, acabar de aparecer jornais e revistas nos programas eleitorais. Que os candidatos falem de suas propostas e dos seus programas e critiquem as propostas e os programas do seu adversário*”.

Ao final, por apertada maioria de votos (4x3), prevaleceu o entendimento de que o espaço reservado à propaganda eleitoral gratuita na tv e no rádio deve ser preenchido exclusivamente por propagandas “*programáticas e propositivas, visando ao esclarecimento do eleitor quanto a temas de interesse público*”. O TSE não mais toleraria “*o uso do horário eleitoral gratuito para a veiculação de ofensas ou acusações a adversários, decorrentes de manifestações de terceiros ou de matérias divulgadas pela imprensa*”. Desse modo, “[e]ventuais críticas e debates, ainda que duros e contundentes, devem estar relacionados com as propostas, os programas de governo e as questões de políticas públicas”.

Segundo essa nova orientação jurisprudencial, passou a vigor um duplo critério negativo e positivo de controle do horário eleitoral gratuito pela Justiça Eleitoral<sup>468</sup>. Para que as mensagens veiculadas na propaganda sejam admitidas, elas devem passar em dois testes. O primeiro, de caráter negativo e com expressa previsão legal, de não veicular degradação, calúnia, injúria ou difamação. O segundo, de caráter positivo e construído interpretativamente pelo TSE, de servir ao debate de ideias, propostas e programas. De acordo com o Ministro Herman Benjamin, este último critério seria “*decorrência lógica e necessária, embora implícita, da principiologia que orienta, ou deve orientar, a propaganda eleitoral e que encontra, entre os seus fundamentos, o fato de que esta só é gratuita porque subsidiada por cada um dos brasileiros que esperam, e merecem, bem conhecer o pensamento e projetos dos vários candidatos*”<sup>469</sup>.

Em razão do novo entendimento, o Tribunal eleitoral passou a adotar uma postura ativa e suspendeu diversas propagandas nos dois lados da disputa. A título exemplificativo, do lado do PSDB, foram proibidas: (i) propaganda que insinuava que o ex-Ministro José Dirceu integraria a nova equipe de governo<sup>470</sup>; (ii) propaganda que mencionava a propina cobrada pelo PT sobre os contratos da Petrobrás<sup>471</sup>; (iii) propaganda que reproduzia entrevista concedida em 2009 por Dilma na qual ela elogiava Aécio Neves, afirmando que é “um dos melhores governadores do país”<sup>472</sup>; e (iv) propaganda que afirmava que o irmão de Dilma foi contratado pela prefeitura de Belo Horizonte, mas nunca apareceu para trabalhar<sup>473</sup>. Já do lado do PT, foram vetadas: (i) propaganda que mencionava o aeroporto privado supostamente construído no terreno da família de Aécio Neves, com dinheiro público, durante a sua gestão no governo mineiro<sup>474</sup>; (ii) propaganda que mencionava a denúncia de recebimento de propina pelo PSDB para esvaziar uma CPI e questionava “*onde estão os corruptos do metrô de São Paulo*”<sup>475</sup>; (iii) propaganda que contestava o vazio e as contradições das propostas de Aécio, dentre as quais a de defender o fim dos privilégios dos políticos, mas ter se recusado a fazer o teste do bafômetro<sup>476</sup>; e (iv) propaganda que chamava o candidato de “filhinho de papai”.

<sup>468</sup> TSE, **Rp 168985**, Rel. Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, j. 20.10.2014.

<sup>469</sup> TSE, **Rp 168985**, Rel. Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, j. 20.10.2014.

<sup>470</sup> TSE, **Rp 167504**, Rel. Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, j. 20.10.2014.

<sup>471</sup> TSE, **Rp 168548**, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, j. 18.10.2014.

<sup>472</sup> TSE, **Rps 171.061, 171.231, 171.146 e 170.976**, j. 20.10.2014.

<sup>473</sup> TSE, **Rp 167686**, Rel. Min. Admar Gonzaga Neto, j. 8.10.2014.

<sup>474</sup> TSE, **Rp 167249**, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, j. 18.10.2014.

<sup>475</sup> TSE, **Rp 167249**, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, j. 18.10.2014.

<sup>476</sup> TSE, **Rp 168026**, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, j. 18.10.2014.

Barrou, ainda, o *spot* de rádio em que se parodiava a música “Oh, Minas Gerais”, cujo refrão dizia que “*Aécio fez aeroporto só para ele, meu senhor. Gastou milhões do dinheiro do mineiro, do povo brasileiro, para caçar e para pescar*”<sup>477-478</sup>. Vê-se, assim, que a pretexto de proibir os ataques pessoais e melhorar o nível das campanhas, diversas informações relevantes sobre a trajetória e a reputação dos candidatos foram impedidas de circular.

A nova orientação é amplamente criticável e nitidamente contrária à Constituição. E isso por vários fundamentos. Em primeiro lugar, constitui restrição a um conteúdo extremamente valioso para as eleições, impedindo que venham a público diversas informações sobre a idoneidade e a trajetória dos candidatos, essenciais para a decisão de voto. Produz, assim, grave restrição à liberdade de expressão, afetando tanto o direito dos candidatos de veicularem informações e manifestações de interesse público, quanto o direito da coletividade de recebê-las. E mais: como já se viu, para que limitações a este direito sejam admissíveis, o primeiro requisito é que sejam veiculadas por lei formal, aprovada pelo Poder Legislativo competente, o que não foi respeitado neste caso.

Em segundo lugar, a nova restrição criada pelo TSE é nitidamente paternalista. Ela representa uma tentativa de impor, de cima, um determinado modelo de debate público, que retira dos eleitores a possibilidade de julgar as informações recebidas e a qualidade das propostas e dos candidatos. Em terceiro lugar, tal determinação enseja possível violação à paridade de armas entre candidatos. De um lado, porque a definição do que é ou não debate programático e propositivo é enormemente subjetiva (como comprova a lista de propagandas suspensas), gerando a possibilidade de favorecimentos. De outro, porque a proibição de propaganda negativa não vale para a mídia, de modo que os candidatos continuarão expostos a eventual noticiário negativo, mas não poderão utilizar a propaganda eleitoral para se defenderem.

Em quarto lugar, parece que a nova regra gera estímulos ao uso da Justiça Eleitoral como arma política, já que permite que candidatos e partidos obtenham a suspensão da veiculação de qualquer mensagem que lhes desagrade, a pretexto de não possuir conteúdo propositivo. Finalmente, não se pode deixar de registrar o grave prejuízo à segurança jurídica, tendo em vista que a alteração das regras do jogo foi efetivada nos momentos finais da partida, e não veio acompanhada de quaisquer critérios objetivos que pudessem orientar a

---

<sup>477</sup> TSE, **Rp 167334**, Rel. Min. Admar Gonzaga Neto, j. 18.10.2014.

<sup>478</sup> A mudança de jurisprudência forçou também a celebração de acordo entre os partidos no segundo turno, em que desistiram de todas as representações que tramitavam no TSE. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Outubro/tse-homologa-acordo-historico-que-retira-ofensas-pessoais-da-propaganda-eleitoral>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

aplicação da nova exigência. A radical alteração de jurisprudência reiterada a poucos dias do pleito viola o princípio da segurança jurídica, essencial à legitimidade das eleições e ao Estado de direito.

Portanto, a vedação às propagandas negativas é, sob diversos ângulos, inconstitucional. É possível, porém, indagar se alguma restrição ao conteúdo do horário eleitoral gratuito na tv e no rádio poderia ser legitimamente imposta pelo TSE. Parece que há uma diferença essencial entre os regimes jurídicos a que se submetem esta e as demais propagandas eleitorais: o horário gratuito de propaganda eleitoral é subsidiado pelo contribuinte, em razão da necessidade de garantir a paridade de armas entre os candidatos (o acesso aos meios de comunicação de massa costuma ser extremamente custoso). Em razão dessa diferença, em tese, poderia até ser admissível e até mesmo desejável que a regulação restringisse alguns conteúdos, como os chamados ataques pessoais, quando totalmente desconectados com o pleito. Afinal, no exemplo concedido, não haveria grande utilidade em dispendere recursos públicos para ouvir um candidato acusando o outro de ser chato, feio ou bobo.

No entanto, a avaliação a respeito do que constitui ou não um “ataque pessoal” é impregnada de subjetivismo. Nessa hipótese, a experiência demonstra que não tem sido eficiente atribuir aos nossos juízes a tutela da liberdade de expressão. Pelo contrário, a Justiça Eleitoral tem adotado interpretações restritivas às liberdades comunicativas, sobretudo quando está em jogo a proteção da honra e da reputação dos políticos. Os exemplos das propagandas suspensas pelo TSE em razão da nova orientação corroboram tal constatação. Em muitos casos, as propagandas censuradas eram, a olho nu, essenciais ao debate sobre propostas e qualificações dos candidatos e ao esclarecimento do eleitor (*e.g.*, as que tratavam sobre escândalos de corrupção, nepotismo e favorecimentos ilegítimos). Essas considerações, é claro, não afastam o diagnóstico geral de que é preciso elevar o nível das propagandas e do debate que é travado em cadeia nacional. No entanto, à luz das capacidades institucionais das instâncias julgadoras brasileiras, parece-nos que a necessária melhoria da qualidade das nossas campanhas não será conquistada, de cima para baixo, por autoridades bem-intencionadas. Ela deve vir como uma exigência da cidadania.

## 7.2 Política e Emoção

As campanhas brasileiras também têm sido acompanhadas de uma pretensão de depurar o componente emocional do jogo político. Essa pretensão se funda na ideia de que o direito de voto deve corresponder ao exercício de uma competência puramente racional e que as emoções seriam, diversamente, manifestações inatas, irracionais (não cognitivas) e automatizadas (não deliberativas), e, logo, a antítese de um processo político maduro e equilibrado<sup>479</sup>. Por isso, sentimentos deveriam ser reprimidos e suprimidos dos julgamentos políticos.

Tal compreensão deriva de uma longa tradição de tratar a racionalidade e a emotividade como opostos (o apolíneo e o dionisíaco, de Nietzsche<sup>480</sup>), que vem desde os fundadores da filosofia clássica até o iluminismo francês<sup>481</sup>. Nesta abordagem, emoções são inferiorizadas, demonizadas ou confundidas com um sentimentalismo limitado à esfera privada<sup>482</sup>. Quando consideradas no processo político, as paixões assumem a forma de um comportamento desviante ou indesejável. Segundo essa visão tradicional, o apelo às emoções por parte das propagandas políticas e das campanhas seria uma ameaça à qualidade do debate público.

Tal perspectiva está, contudo, francamente ultrapassada. Os estudos mais modernos no campo da neurociência, da psicologia e da sociologia chegaram ao consenso de que não há uma dicotomia entre razão e emoção. As emoções seriam tão constitutivas da vida social e política quanto a razão<sup>483</sup>. Descartes, afinal, estaria errado<sup>484</sup>. É o que apontam importantes pesquisas no campo da neurociência, que demonstram que não há razão (nem se consegue proceder à tomada de decisão) sem emoção<sup>485</sup>. Também a psicologia contemporânea reconhece que cognição e sentimento não são opostos, mas indissociáveis e complementares. Por outro lado, uma das grandes contribuições da sociologia das emoções no cenário político é justamente o de romper com a visão de que emoções são extrínsecas à política<sup>486</sup>.

---

<sup>479</sup>NEUMAN, W. Russell. et al. (eds.). **The Affect Effect: Dynamics of Emotion in Political Thinking and Behavior**. Chicago: University Of Chicago Press, 2007.

<sup>480</sup>NIETZSCHE, Friedrich. **The birth of tragedy and the case of Wagner**. New York: Vintage Books, 2010.

<sup>481</sup>LAVAREDA, Antonio. Neuropolítica: o papel das emoções e do inconsciente. **Revista USP**, v. n. 90, p. 120-147, 2011.

<sup>482</sup>BEREZIN, Mabel. Secure states: towards a political sociology of emotion. **The Sociological Review**, v. 50, n. S2, p. 33-52, 2002. p. 36.

<sup>483</sup>BEREZIN, Mabel. Secure states: towards a political sociology of emotion. Op. cit, p. 36.

<sup>484</sup>DAMASIO, Antonio. **Descartes' error: Emotion, reason and the human brain**. New York: Avon Books, 1994.

<sup>485</sup>Id.

<sup>486</sup>BEREZIN, Mabel. Secure states: towards a political sociology of emotion. Op. cit, p. 34.



No campo da política, portanto, não se pode pretender separar razão e emoção. Qualquer tentativa de apartá-las está fadada ao insucesso. A comunicação político-eleitoral não serve apenas à função de comunicar ideias, mas também de transmitir e mobilizar emoções, igualmente essenciais ao convencimento e à persuasão de seus receptores. Empatia e antipatia, aprovação e rejeição, confiança e desconfiança, ódio e paixão, medo e esperança. Todos esses componentes são importantes na decisão eleitoral. Ansiar que, ao contrário, as decisões sejam tomadas com base em um cálculo – frio – de utilidade, não é purificar a política, mas amesquinhá-la<sup>487</sup>.

O direito eleitoral brasileiro ainda tem, porém, se pautado por essas ideias superadas. A seguir, analisa-se duas regras vigentes em nossas campanhas eleitorais que comprovam esta afirmação: a proibição de emprego de meios publicitários destinados a criar na opinião pública estados mentais, emocionais ou passionais e a proibição de showmícios e de apresentação de artistas para animar comício e reunião eleitoral, ainda que de forma não remunerada.

#### 7.2.1 O artigo 242 do Código Eleitoral e a criação de estados mentais, emocionais ou passionais pela propaganda eleitoral.

A pretensa cisão entre razão e emoções na política encontra base normativa no artigo 242 do Código Eleitoral, editado em plena ditadura militar, que dispõe que a propaganda não deverá “*empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais*”. O dispositivo do Código Eleitoral parece, porém, ignorar que buscar criar estados mentais, emocionais ou passionais é da própria essência da propaganda. Segundo Fávila Ribeiro, autor clássico do direito eleitoral, “*a propaganda é um conjunto de técnicas empregadas para suggestionar pessoas na tomada de decisões*”<sup>488</sup>. Para o autor, tal instrumento procura justamente “*desencadear, ostensiva ou veladamente, estados emocionais que possam exercer influência sobre as pessoas*”<sup>489</sup>. Também o Dicionário de Política define a propaganda como a “*difusão deliberada e sistemática de mensagens*

---

<sup>487</sup> REDLAWSK, David P. **Feeling politics: emotion in political information processing**. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

<sup>488</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 445.

<sup>489</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. Op. cit., p. 445.

*destinadas a um determinado auditório e visando a criar uma imagem positiva ou negativa de determinados fenômenos (pessoas, movimentos, acontecimentos, instituições etc.) e a estimular determinados comportamentos*<sup>490</sup>.

Desse modo, uma interpretação literal do artigo 242 levaria à proibição de toda e qualquer propaganda eleitoral. A regra do Código Eleitoral repousa, em verdade, em fundamentos equivocados e anacrônicos. O primeiro é a desconfiança em relação à função desempenhada pela propaganda política. Historicamente, o termo “propaganda” assumiu uma conotação negativa, passando a designar uma forma de persuasão que “*realça elementos puramente emotivos, recorre a estereótipos, põe em relevo só certos aspectos da questão, revela um caráter sectário*”, estando “*muitas vezes ligada à ideia de manipulação de grandes massas por parte de pequenos grupos*”<sup>491</sup>.

Por um longo período, a ideia que se tinha sobre a propaganda era bem descrita pela metáfora de uma “agulha hipodérmica”, responsável por injetar nas pessoas novas disposições, sujeitando-as a manipulações de toda sorte<sup>492</sup>. Essa concepção foi desenvolvida na obra *Public Opinion*, de Walter Lippmann, publicada em 1922<sup>493</sup>. Com base em suas observações durante a Primeira Guerra Mundial, o autor atribui à propaganda um grande poder de persuasão. Essa crença foi de certo modo abastecida pelas máquinas de propaganda dos regimes nazifascistas, muitas vezes associadas à própria causação do totalitarismo<sup>494</sup>. No Brasil, a percepção de que a eleição de Fernando Collor de Mello, em 1989, foi resultado direto da qualidade de sua campanha eleitoral também contribuiu, de certo modo, para a conservação dessa ideia no imaginário coletivo nacional.

Hoje, porém, a ciência política já chegou à conclusão de que a influência atribuída à propaganda tinha sido superestimada<sup>495</sup>. Investigações sistemáticas sobre a influência das campanhas políticas sobre o comportamento de voto dos cidadãos demonstraram que as campanhas eleitorais servem basicamente para três objetivos, “*‘ativar’ o interesse daqueles*

<sup>490</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11 ed. Brasília: Editora UNB, 1998, p. 1018.

<sup>491</sup> **Id.**

<sup>492</sup> BORBA, Felipe. A influência das campanhas nas eleições presidenciais: O papel da mídia. In: **Civistas**. Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 300-322, maio-ago., 2008.

<sup>493</sup> LIPPMANN, Walter. **Public Opinion**. New York: Brace and Co, 1922.

<sup>494</sup> TCHAKHOTINE, Serge. **A mistificação das Massas pela Propaganda Política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

<sup>495</sup> LAZARSELD, Paul Felix; BERELSON, Bernard; GAUDET, Hazel. **The people’s choice: how the voter makes up his mind in a presidential campaign**. New York: Columbia University Press, 1948; KLAPPER, Joseph T. **The effects of mass communication**. New York: The Free, 1960; PERLOFF, Richard M. **Political communication: Politics, press, and public in America**. New York: Routledge, 2013.

*para quem a política era indiferente, ‘reforçar’ a intenção daqueles com inclinações políticas e, por último, ‘converter’ os indecisos”*<sup>496</sup>. No entanto, de acordo com tais pesquisas, quantitativamente, o efeito mais relevante obtido é o de reforçar as predisposições políticas do eleitorado<sup>497</sup>. O efeito de conversão dos eleitores é pouco significativo. Apesar desses estudos, permanece, porém, alguma desconfiança em relação à propaganda política, fundada na ideia de que seria instrumento de manipulação da cidadania.

O segundo fundamento se liga ao contexto de aprovação do dispositivo. Não se deve esquecer que o Código Eleitoral foi editado em 15 de julho de 1965, no início da instauração da ditadura militar no país. O projeto de lei que deu origem ao Código foi apresentado pelos militares ao Congresso Nacional em abril de 1965, no ano seguinte ao golpe, e votado sob a égide do Ato Institucional nº 1/1964. Seus preceitos têm, assim, a marca da repressão à atividade política e a pretensão de esvaziar a liberdade de expressão e demais garantias constitucionais. Não à toa, o passo seguinte do regime foi a promulgação, em outubro daquele ano, do Ato Institucional nº 2, que extinguiu os partidos então existentes, instituindo um bipartidarismo de fachada.

O artigo 242 do Código Eleitoral, em especial, emprega conceitos típicos da ditadura, ao voltar-se à repressão da chamada “guerra psicológica adversa”, promovida pela doutrina de segurança nacional, instalada durante o regime militar. Veja-se a semelhança daquele dispositivo com o artigo 3º da Lei nº 6.620/1978 (Lei de Segurança Nacional), que definia como guerra psicológica adversa o “*emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos políticos (...), com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes (...), contra a consecução dos objetivos nacionais*”. É evidente, assim, que a regra do Código Eleitoral representa mais uma tentativa de revestir a censura estatal de verniz de legalidade, dando sustentação discursiva à repressão da crítica e da oposição.

Nenhuma dessas premissas é, porém, compatível com o regime democrático e com o sistema constitucional de proteção à liberdade de expressão. Essa conclusão não passou inteiramente despercebida pelo Tribunal Superior Eleitoral, tendo sido expressa no famoso “caso Regina Duarte”.

Nas eleições presidenciais de 2002, o programa eleitoral do candidato à presidência José Serra contou com depoimento da atriz Regina Duarte. “*Estou com medo. Faz tempo que não tenho esse sentimento*”, assim começava a declaração da atriz. Em seguida, Regina

<sup>496</sup>LAZARFELD, Paul Felix; BERELSON, Bernard; GAUDET, Hazel. **The people’s choice**: how the voter makes up his mind in a presidential campaign. New York: Columbia University Press, 1948.

<sup>497</sup>**Id.**

Duarte afirmava que, na eleição, o Brasil corria o risco de perder toda a estabilidade conquistada, jogando tudo na *“lata do lixo”*. A atriz explicava, ainda, que tinha medo do candidato da oposição, Lula, pois *“tudo que ele dizia mudou muito”*, e que também temia pela volta da *“inflação desenfreada de 80% ao mês”*. Por isso, declarava seu voto em Serra, porque ele lhe dava segurança.

O depoimento suscitou grande polêmica e deu causa à Representação nº 587<sup>498</sup>, ajuizada pela coligação “Lula Presidente”, perante o Tribunal Superior Eleitoral, com o objetivo de impedir a reapresentação do programa e a aplicação da penalidade de perda de três dias de propaganda. O pedido se baseava em duas alegações, a de que a mensagem propalava fatos sabidamente inverídicos e a de que criava *“artificialmente estados mentais de medo e angústia junto ao eleitorado”*, em violação ao artigo 242 do Código Eleitoral.

A representação foi, porém, julgada improcedente, por unanimidade. O relator, o Ministro Gerardo Grossi, em primeiro lugar, refutou a tese de que a mensagem veiculava fato sabidamente inverídico. De acordo com o Ministro, não se pode *“ter como inverdade sabida, previsões, palpites ou meras adivinhações, ainda que catastróficas, sobre o que poderá vir a ser o Governo de ‘fulano ou beltrano’, se efetivamente vier a se tornar governo”*. Para ele, na propaganda, caberia ao eleitor concordar ou discordar de tais previsões e análises, sendo necessário *“confiar no seu discernimento, nas suas razões para optar por este ou por aquele candidato, sob pena de não se estar acreditando na própria substância do processo democrático representativo”*.

Na sequência, o relator afastou a violação ao artigo 242 do Código Eleitoral, defendendo uma leitura cautelosa deste dispositivo, por ser fruto de um período ditatorial, no qual havia tão-só um arremedo de atividade política. A atividade política, afirmou o Ministro, *“é exercida, também, com paixão e emoção”*, de modo que seria *“natural que a propaganda de que se vale, seja contaminada pelo emocionalismo e pelo passionalismo”*. Ainda, o Ministro Gerardo Grossi notou certa semelhança entre o artigo 242 e o artigo 3º da Lei de Segurança Nacional, lembrando que esta lei previa medidas para a prevenção e a repressão da *“guerra psicológica adversa”*.

Finalmente, o Ministro refutou o argumento de que o vídeo de Regina Duarte criaria *“um estado de pânico”*, recordando o único episódio de pânico, radiofônico ou televisivo, de que tinha notícia, que foi aquele provocado nos americanos pelo ex-diretor de cinema norte-americano, Orson Welles, na década de 30, anunciando-lhes, em programa de rádio, a invasão

---

<sup>498</sup> TSE, **Rp nº 587**, Rel. Min. José Gerardo Grossi, j. 21.10.2002.

do Planeta Terra pelos marcianos. “*Tal programa radiofônico, na voz da Viúva Porcina (...) não haveria de causar pânico algum*”, concluiu o Ministro.

Na sequência, votou o Ministro Sepúlveda Pertence. Para ele, o que causaria medo não era a declaração da atriz, mas a invocação do artigo 242, que consistia na recordação inevitável da doutrina da segurança nacional “*imposta como artigo de fé aos países periféricos caídos sob o autoritarismo*”. Para dar algum sentido útil a esse dispositivo, defendeu o Ministro, “*só mesmo recordando Orson Welles (...) a irradiar a invasão dos Estados Unidos por forças extraterrestres*”. Para o Ministro, a vedação afetaria toda verdadeira propaganda eleitoral. Nas suas palavras:

A transposição da Lei de Segurança Nacional para o Código Eleitoral desta vedação de criar pela palavra estados mentais, emocionais ou passionais, vale, na verdade, pela proibição de qualquer propaganda eleitoral verdadeira, e antecipa de certo modo, no Código Eleitoral, aquele ideal a que então não se ousou chegar, o modelo da Lei Falcão, em que só se criava tédio.

**De fato, (...) assim como a prognose do paraíso como resultante da eleição de certo candidato, a prognose do inferno como resultado da eleição do adversário, é, sim, mantidos os limites do Direito Penal de certas vedações higiênicas da Lei Eleitoral, o sentido de toda propaganda eleitoral.** É, sim, se não criar estados passionais, pelo menos estados mentais e emocionais favoráveis ao candidato que se promove, desfavoráveis ao candidato que se critica.

Também a Ministra Ellen Gracie acompanhou o relator, defendendo o direito fundamental à liberdade de expressão: “*devemos ir, como os antigos, até a fogueira, se for preciso, para defender o direito de divergir*”. De acordo com a Ministra, “*as previsões catastróficas, assim como as previsões ufanistas, são lícitas a qualquer um e a sua divulgação não pode constituir qualquer infração*”. No mesmo sentido votou o Ministro Peçanha Martins, que afirmou não conhecer “*propaganda eficiente que não desperte emoção. Alegria e medo estão sempre presentes na personalidade do homem*. Segundo ele, não se pode conceber que “*a atriz, qualquer que seja ela, namoradina do Brasil ou não, ou qualquer cidadão, não possa manifestar a sua opinião, desde que o faça de graça, nos termos da lei.*”

Portanto, neste feliz julgamento, o TSE, de uma só vez, (i) rechaçou a concepção paternalista da política, afirmando a necessidade de se confiar na capacidade de discernimento da população, sob pena de ferir a própria essência da democracia; (ii) afastou a pretensão cisão entre razão e emoções na política, reconhecendo ser natural que a propaganda desperte sentimentos, e (iii) reafirmou o direito de todos os cidadãos, inclusive os famosos, de exercerem plenamente a liberdade de expressão, para criticarem e divergirem de quem quer que seja, até o extremo da prognose do inferno ou do paraíso.

Todavia, os Ministros não cogitaram que o dispositivo fosse simplesmente incompatível com a ordem constitucional instaurada em 1988. Ao invés disso, preferiram defender apenas uma leitura cautelosa do dispositivo à luz da necessidade de proteção da liberdade de expressão. Como resultado, diversas decisões judiciais – sobretudo no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais – continuaram e continuam a ser valer do artigo 242 do Código Eleitoral para proibir a veiculação de propagandas, em especial aquelas que contêm críticas políticas ou que desagradam aqueles que estão no poder<sup>499</sup>.

A título exemplificativo, a suposta criação de estados emocionais ou passionais já foi usada para determinar: (i) o recolhimento de panfletos que informavam que determinada candidata queria acabar com um modelo de policiamento, com base em declarações da própria em entrevista<sup>500</sup>; (ii) a concessão de direito de resposta por propaganda que fez comparativo entre duas gestões no que se refere à instalação de pontos de luz<sup>501</sup>; e (iii) a remoção da imagem de blog que continha montagem de um candidato, comparando-o a Adolf Hitler<sup>502</sup>.

A invocação de sentimentos também foi utilizada nas eleições de 2014, pelo Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, para proibir que os candidatos e partidos adversários de ex-candidato à Presidência da República, que faleceu tragicamente durante a disputa, veiculassem propaganda eleitoral gratuita com imagem, nome e voz do falecido, ainda que para lhe render homenagem<sup>503</sup>. O relator do caso entendeu que, além de constituir ofensa ao direito personalíssimo de imagem, tais mensagens poderiam confundir eleitores ainda comovidos com o episódio: *“muitas pessoas, ao assistirem aos programas eleitorais, não conseguirão discernir que aquilo se trata de mera homenagem, o que (...) causará confusão no eleitorado. Não se deve esquecer o clima de comoção a qual se reveste a população, que influenciará no modo de como elas interpretarão todas as notícias publicadas”*.

O caso mais emblemático de tentativa de utilização do artigo 242 do Código Eleitoral como instrumento de censura ocorreu também durante a última campanha presidencial. A candidata à Presidência da República Marina Silva propôs, em seu plano de governo, a concessão de independência ao Banco Central. A candidata Dilma Rousseff, opondo-se à

---

<sup>499</sup> TRE-GO, RE: 5422 GO, Rel. Wilson Safatle Faiad, j. 24.09.2012

<sup>500</sup> TRE-PA, Rep 1645-22.2014.6.16.0000, Rel. Lourival Pedro Chemim, j. 20.09.2014.

<sup>501</sup> TRE-BA, Rep 157, Rel. Juiz Saulo Casali Bahia, j. 29.08.2006.

<sup>502</sup> TRE-RS, Rp 5876-93-2010.6.21.0000, Rel. Desa. Federal Maria de Fátima Labarrère, j. 30.09.2010.

<sup>503</sup> TRE-PE, MS 128.815, Rel. Desembargador Eleitoral Alfredo Hermes Barbosa de Aguiar Neto, decisão liminar, j. 20.08.2014.

proposta da sua oponente, veiculou inserção de propaganda eleitoral na televisão que buscava retratar os efeitos negativos que, sob sua ótica, adviriam da aprovação da medida.

A peça publicitária se inicia com um cenário em que homens trajados de roupas sociais representam banqueiros em uma reunião ao redor de uma mesa. O locutor começa sua fala: *“Marina tem dito, que se eleita, vai fazer a autonomia do Banco Central. Parece algo distante da vida da gente, né?! Parece, mas não é.”* Nesse instante, surge novo cenário que exhibe uma família ao redor da mesa de jantar, iniciando sua refeição. O locutor continua: *“Isso significaria entregar aos banqueiros um grande poder de decisão sobre a sua vida e de sua família. Os juros que você paga, seu emprego, preços e até seu salário”*. Enquanto o locutor alerta sobre os possíveis efeitos que a independência do Banco Central pode provocar na vida das famílias, a comida que está sendo servida vai sumindo da mesa. Então, retorna o cenário da reunião dos banqueiros, que estão agora se cumprimentando. O locutor diz *“Ou seja, os bancos assumem um poder que é do Presidente e do Congresso, eleitos pelo povo”*. Ao final, a família está em volta da mesa completamente vazia e todos estão com feições desoladas. Então, o locutor questiona *“Você quer dar a eles esse poder?”*.

Diante da inserção, a candidata Marina e sua coligação ajuizaram a Representação nº 120.133<sup>504</sup> perante o TSE, alegando que, além de veicular informações sabidamente inverídicas, a propaganda violaria o art. 242 do Código Eleitoral, já que *“se vale de recursos audiovisuais que, aliados à locução, buscam criar artificialmente estado de pânico nos eleitores”*. A representação sustentou que a propaganda criaria *“um cenário de horror para as consequências da implantação desse plano de governo, que chegaria ao absurdo terrorismo de acabar com o poder representativo popular ao 'esvaziar' os poderes constitucionais do Congresso e da Presidência da República”*. Ressaltou, ainda, que *“não se trata apenas de uma distorção mal intencionada do plano de governo da candidata representante, mas de um verdadeiro estelionato com o eleitor que é levado a crer que os Bancos do País é que nomeariam e dirigiriam a política de controle de juros e da inflação”*. Como resultado, pleitearam (i) a concessão de direito de resposta, a ser veiculado no bloco televisivo da sua oponente, e (ii) a proibição definitiva da exibição da propaganda, com fundamento no parágrafo único do mencionado artigo 242.

Para surpresa, o Procurador-Geral Eleitoral se manifestou pelo indeferimento do direito de resposta, mas pelo deferimento do pedido de suspensão da propaganda considerada irregular, com fundamento na aplicação do artigo 242 do Código Eleitoral. O Procurador

---

<sup>504</sup> TSE, **Recurso em Rp nº 120133**, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, j. 23.09.2014.

afirmou que a cena criada na publicidade, “*ao promover, de forma dramática, elo entre a proposta da autonomia ao Banco Central e quadro aparente de grande recessão*”, ultrapassa os limites da crítica meramente política, a ponto de criar, artificialmente, na opinião pública de estados mentais, emocionais ou passionais.

Iniciando-se o julgamento, o Ministro Relator Tarcísio Neto votou pela total improcedência dos pedidos. No que se refere ao direito de resposta, o Ministro Tarcísio Neto afirmou não vislumbrar declarações ofensivas à candidata Marina Silva que ultrapassassem os limites da crítica e do debate políticos. Segundo afirmou, a correta concessão do direito de resposta pressupõe a divulgação de mensagem ofensiva ou afirmação sabidamente inverídica reconhecida *prima facie* ou que desborde de debate político apropriado para o qual reservado o horário eleitoral no rádio e na televisão. A inverdade, segundo o relator, “*deve ser manifesta e incontestável, deve saltar aos olhos, ser verificável de plano, sem processos investigatórios*”. A seu ver, porém, “*a representada apenas propõe aos eleitores em geral o cenário econômico, que, sob sua ótica, certa ou errada, espetaculosa ou não, resultaria de eventual concessão de autonomia ou independência ao Banco Central do Brasil*”. Para ele, por se tratar de tema “*por certo controvertido e de grande relevância social e eleitoral, uma vez que envolve questões diretamente ligadas à política econômica do País*”, a discussão deve “*ser ampla e irrestrita, soando írrita, na espécie, por desnaturação da fórmula democrática, uma abrupta intervenção da Justiça Eleitoral*”.

Já em relação à pretensão de proibição da propaganda, o Ministro Relator asseverou que aparte final do *caput* do artigo 242 do Código Eleitoral “*não pode embaraçar a crítica de natureza política – ainda que forte e ácida –, ínsita e necessária ao debate eleitoral e substrato do processo democrático representativo*”. Para o Ministro Tarcísio Neto, “*a cena é mesmo forte, inoportuna e inconveniente, mas, independentemente do que penso, continua albergada pela liberdade de expressão.*” Por isso, ele defendeu que “[n]ão se pode emprestar ao *caput* do (vetusto) art. 242 do Código Eleitoral uma interpretação que desnature a liberdade de expressão, mormente a partir da compreensão puramente gramatical de dispositivo legal que ostenta redação defeituosa ou no mínimo *dúbia*”. Tal redação – continuou – “*se aplicada a ferro e fogo, acaba por esvaziar a própria utilidade das propagandas eleitorais, as quais têm por escopo precípua criar estados emocionais, mentais ou passionais favoráveis a determinadas candidaturas, forradas por ideias mais ou menos atraentes.*” Ao final, argumentou que a Justiça Eleitoral deve confiar no eleitor, o qual “*saberá fazer as suas análises, para concordar ou não com conteúdos críticos e até mesmo (por que não?) com o tom e a adequação da propaganda*”.



Na sequência, porém, o ministro Gilmar Mendes divergiu do relator, votando no sentido tanto da concessão do direito de resposta, quanto da imediata suspensão da veiculação da propaganda. O longo voto oral proferido pelo Ministro articulou três argumentos para justificar tal medida. Em primeiro lugar, entendeu que a propaganda eleitoral de Dilma Rousseff seria “*sabidamente inverídica*”, porque, no seu entender, nunca teria havido em qualquer lugar do planeta um sistema de Banco Central que “*pairasse sobre o sistema político ou que submetesse o modelo à gestão de bancos ou banqueiros*”, tal como descrito na propaganda. O Ministro fez então diversas considerações sobre como esse modelo de Banco Central independente tem funcionado em diversas democracias, a fim de demonstrar a falsidade da afirmação. Veja-se o seu relato:

Morei em um país longos anos, em que havia, e há, um banco central independente: a Alemanha. E nada disso ocorre. O controle democrático se faz – e não se trata de entregar o sistema financeiro aos banqueiros. Pelo contrário, quem acompanha, hoje, o modelo do Banco Central europeu (...) sabe que, neste caso, há institucionalidade; evidentemente que com todas as cautelas de legitimação democrática, como a necessidade de aprovação da nomeação de seu presidente pelo parlamento. Enfim, todos esses cuidados. Mas vejam o que se diz: [repete o conteúdo da locução]. Equipara-se aqui, portanto, de forma muito clara, a ideia do banco central independente com a entrega do sistema financeiro a banqueiros. Onde isso ocorreu? Em que sistema isso se verificou? Não se diz, e obviamente não se tem sequer exemplo (...) Na verdade, todos os modelos envolvem a indicação do presidente do banco central, se for o caso, por autoridade legitimada – normalmente o primeiro-ministro –, e é submetida ao parlamento. (...) E os exemplos são os mais variados nas democracias parlamentaristas. Há mais um exemplo inequívoco: o FED – *Federal Reserve System*. Algum será mais cioso da ideia da democracia do que o americano. Observem o que se diz: banco central independente significa que os bancos vão eleger o seu presidente, quando, na verdade, a concepção que norteia este modelo é exatamente a de colocar esse guardião da moeda, esse protetor contra a inflação, a salvo de ingerências políticas, sejam quais forem suas possíveis conformações.

Em segundo lugar, procurou afastar a ideia de que a propaganda apresentaria uma opinião ou juízo de valor sobre a proposta, defendendo que a inserção promovia uma flagrante e proposital distorção da realidade, que corresponderia “*a dizer que o Brasil ganhou de 7 a 1 da Alemanha, em Belo Horizonte*”. De acordo com o Ministro, “*não é preciso que estejamos apenas no campo dos fatos da natureza, também os fatos institucionais passam por uma verificabilidade*”. Nas suas palavras,

Não se trata de uma opinião. (...) A distorção é tão flagrante que não encontra base na realidade. Confundem banco central independente com outorga de poderes a banqueiros. E fazem-no de maneira proposital. Não se trata de emitir um juízo: “Ah.. nós não vamos ter ingerência, nós vamos perder ‘boquinhas’, nós não vamos ter como nomear pessoas”. Não, não é nada disso! Se diz que isso é entregar poder aos banqueiros. Quando é o contrário. (...) basta ler na *Wikipédia* para verificar que a descrição que se faz é uma caricatura distorcida do que se cuida.

Por fim, o ministro afirmou que apesar de a informação veiculada ser claramente enganosa, grande parte da população brasileira é formada por “*peças analfabetas e semialfabetizadas*”, de modo a demonstrar o intuito de manipulação dessas pessoas. Nas suas palavras,

**Temos que contextualizar para quem isto é dito, é claro. As pessoas com informação mediana sobre esse tema sabem que a informação que é veiculada é quase caricata. Mas ela realmente se destina a atingir um dado público; não se trata de falar para pessoas alfabetizadas. A mensagem para pessoas alfabetizadas realmente é, de fato, caricata, ridícula. (...) Vejam (...) é uma propaganda voltada para pessoas analfabetas e semialfabetizadas; não é um diálogo com alguém minimamente informado! Mas para esses analfabetos e semialfabetizados, que infelizmente são uma grande parte da população brasileira, esse tipo de diálogo tem impacto. É claro, Presidente. Pois se trata de uma informação claramente enganosa! (...).Volto a dizer. Cuida-se de uma propaganda que para nós seria risível, ridícula, caricata, mas mostra o intuito de manipulação de pessoas que não tem sequer ideia do que se cuida<sup>505</sup>.**

Com base nessas considerações, o Ministro defendeu que a propaganda deveria ser suspensa e que se deveria reconhecer o direito de resposta à representante. Votou, então, o Ministro Luiz Fux, que acompanhou o voto do ministro relator. Fux ressaltou a necessidade de um minimalismo judicial por parte do Tribunal Superior Eleitoral, cujas decisões devem ser essencialmente estreitas, sob pena de “*tolher substancialmente o conteúdo da liberdade jusfundamental de expressão*”. Para o Ministro, críticas recíprocas entre políticos fazem parte do jogo democrático e estão albergadas pela liberdade de expressão. O julgamento foi, porém, suspenso por pedido de vista do Ministro João Otávio de Noronha, que disse entender que não seria o caso de conceder direito de resposta, mas queria analisar mais profundamente a incidência do artigo 242 do Código Eleitoral, na linha da manifestação do Procurador-Geral Eleitoral.

O placar de 2 votos a 1 preocupava. Sem nenhum juízo de valor sobre o conteúdo da mensagem ou sobre a candidata e o partido responsáveis pela elaboração da propaganda, fato é que, enfim, discutia-se o teor de programas de governo. E por mais catastrófica que fosse a mensagem veiculada – uma “*prognose do inferno*”, nas palavras do Ministro Pertence –, tratava-se, evidentemente, de um ponto de vista, de um juízo de valor a respeito das consequências de uma determinada decisão política e, portanto, um exercício legítimo da liberdade de expressão. Caberia, mais uma vez, ao eleitor concordar ou discordar das afirmações, não se podendo presumir sua ignorância. Afinal, o que estava em discussão não

---

<sup>505</sup> Transcrição feita do voto oral do Ministro Gilmar Mendes.

era se a proposta era boa ou ruim<sup>506</sup>, mas justamente se ela poderia ser abordada e criticada durante o programa eleitoral, ainda que em tom de exagero – típico, aliás, da retórica eleitoral.

Felizmente, foi essa também a posição do Ministro João Otávio de Noronha. Ao devolver o processo, o Ministro votou pela improcedência dos pedidos formulados, afastando a aplicação do artigo 242 do Código Eleitoral ao caso, por entender que “*o programa não contém inverdade manifesta ou reconhecível de plano e limita-se ao debate de tema de natureza política extremamente relevante para o País, consubstanciado nos rumos da política econômica governamental*”. Os demais Ministros, Maria Thereza de Assis Moura, Henrique Neves da Silva e Dias Toffoli, votaram na sequência, igualmente no sentido de acompanhar o Ministro relator. Com isso, o Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, julgou a representação improcedente. Novamente, porém, deixou de reconhecer a incompatibilidade do dispositivo do Código Eleitoral com a Constituição de 1988.

Entretanto, é evidente que o artigo 242 do Código Eleitoral não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Tal norma jurídica é simplesmente inconciliável com o sistema de proteção da liberdade de expressão e com as demais garantias democráticas previstas na Carta de 1988. Sua aplicação, ainda nos dias de hoje, é mais uma inequívoca demonstração do déficit de constitucionalização do direito eleitoral, que continua a ser interpretado e aplicado “de costas” para os valores e princípios da nova ordem constitucional<sup>507</sup>.

Com efeito, não há exegese possível que torne o dispositivo compatível com as exigências da Constituição. O texto da norma analisada veda de modo taxativo a propaganda que empregue “*meios publicitários destinados a criar artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais*”. Como se viu, porém, qualquer tentativa de excluir as emoções da política seria, além de equivocada, impraticável. Buscar criar estados

<sup>506</sup> A propaganda gerou uma benfazeja discussão nos meios de comunicação, permitindo maior esclarecimento da população, com a publicação de diversos artigos e notícias sobre o tema. Nesse debate público, é verdade que muitos, como o próprio Ministro Gilmar, entendiam que a proposta de tornar o banco central independente era uma boa proposta, e que a propaganda veiculada distorcia o cenário de adoção da medida. O Procurador Geral Eleitoral chegou a afirmar, em seu parecer, que a publicidade produzia estados emocionais, pois “*não dá para acreditar que as coisas aconteçam assim. Não é instantâneo: aprova-se um plano e em seguida acaba a comida na casa das pessoas*.” Outros tantos, porém, manifestaram a sua discordância em relação à proposta. Em seu entendimento, a estória contada no vídeo era verossímil, lembrando que muitas decisões que afetam a vida de milhares de pessoas costumam ser tomadas em reuniões a portas fechadas. A atual crise grega talvez seja um bom exemplo disso. Chegaram a defender que o vídeo seria um remake do seguinte trecho do poema atribuído a Bertolt Brecht, “[o] *pior analfabeto é o analfabeto político (...). Ele não sabe que o custo de vida, o preço do feijão, do peixe, da farinha, do aluguel, dos sapatos e do remédio, todos dependem de decisões políticas*”. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/09/marina-pede-e-justica-tira-ar-insercao-banco-central-independente.html>>. Acesso em: 20 jul. 2015

<sup>507</sup> Trata-se de fenômeno semelhante à “interpretação retrospectiva da Constituição” de que fala Luís Roberto Barroso em obra clássica (**Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2009).

mentais, emocionais ou passionais é da própria essência da propaganda. O advérbio “artificialmente” tampouco oferece algum elemento útil para salvar o dispositivo, já que não há fórmula objetiva capaz de distinguir o que seria ou não artificial em uma propaganda.

Ademais, em todos os seus sentidos possíveis, o artigo 242 do Código Eleitoral não é capaz de promover nenhum interesse constitucional relevante. A vedação de emoções e paixões nas propagandas não protege a igualdade política entre os cidadãos ou a igualdade de armas entre os candidatos. Ela também não serve ao ideal de garantir a legitimidade do processo eleitoral, impedindo manipulações indevidas. Para que se pudesse defender essa posição, haveria dois caminhos, ambos falhos: ou bem seria preciso defender que o dispositivo visa impedir que as *emoções* deformem a formação da vontade do eleitor, o que já se refutou à exaustão: as emoções são intrínsecas ao processo de formação de vontade; ou seria necessário adotar uma concepção paternalista, pressupondo a incapacidade dos eleitores de compreenderem as mensagens veiculadas. Porém, essa concepção é – repito – incompatível com o próprio regime democrático. Finalmente, o dispositivo não visa tutelar a liberdade de expressão, mas, ao contrário, tem servido à censura e ao silenciamento de críticas políticas e do embate de ideias durante o processo eleitoral.

Há quem defenda, como o faz Wolney Ramos, que seria possível dar aplicação ao dispositivo, a partir de interpretação teleológica que entenda que a vedação estaria “*dirigida àqueles expedientes que intencionam criar um quadro artificial para provocar medo e ansiedade nos indivíduos*”<sup>508</sup>. Novamente, na falta de critérios para definir o que seria “artificial”, tal interpretação representaria admitir a continuidade da censura. Lembre-se que nos dois casos analisados acima (o “Caso Regina Duarte” e o “Caso Banco Central independente”), era justamente essa a alegação: a criação artificial de medo nos eleitores. Estava certo, portanto, o Ministro Pertence, quando afirmou, em tom jocoso, que, para dar algum sentido útil a esse dispositivo, só mesmo recordando o episódio da transmissão radiofônica de uma adaptação da obra de H.G. Wells, “Guerra dos Mundos”, que, em 1938, criou pânico entre os americanos, que acharam que os EUA estava sendo invadido por alienígenas. Na era da internet, porém, dificilmente alguém cairia nessa brincadeira. O artigo 242 do Código Eleitoral não é, portanto, adequado a promover qualquer objetivo constitucional em jogo no processo eleitoral.

O contexto histórico em que o artigo 242 foi editado apenas reforça a ideia de que ele não teria sido recepcionado pela Constituição, afastando a sua presunção de

---

<sup>508</sup> RAMOS, Wolney. **Regime jurídico da propaganda política**. São Paulo: Companhia Mundial de Publicações, 2007. p. 88.

constitucionalidade. Como aponte, o Código Eleitoral foi promulgado em 1965, durante a ditadura militar, com o objetivo de dar sustentação legal à repressão da atividade política e à censura estatal. A Constituição de 1988, ao reverso, foi promulgada a partir de um processo de rompimento com o regime de exceção iniciado em 1964, buscando refundar o Estado, sobvalores democráticos, pluralistas e humanísticos. Daí justificar-se um exame ainda mais rigoroso da eventual recepção do dispositivo pela nova ordem constitucional<sup>509</sup>.

Por tudo isso, entendo que o artigo 242 do Código Eleitoral não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Trata-se, em verdade, de mais um “entulho autoritário”, a ser extirpado do ordenamento jurídico, seguindo o exemplo do que decidiu o Supremo Tribunal Federal em relação à Lei de Imprensa, quando do julgamento da ADPF 130. A política – é preciso que se diga – é exercida com razão e emoção.

#### 7.2.2 A Proibição de showmícios e apresentação de artistas, ainda que não remunerada.

A tentativa de apartar as emoções da política também está presente na proibição da “realização de showmício e de evento assemelhado para promoção de candidatos, bem como a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral”, introduzida no § 7º do artigo 39 da Lei das Eleições pela Lei nº 11.300/2006.

Os comícios eleitorais são uma das formas mais tradicionais de se fazer política no Brasil. Com o tempo, porém, os candidatos agregaram a esses eventos de campanha atrações musicais e artísticas, como forma de atrair maior público e, assim, potencializar a divulgação de sua candidatura e de seus programas de governo e angariar votos. Desde então, os “showmícios” se consolidaram como uma estratégia eficaz de campanha e passaram a ocorrer com grande frequência. Com sua proibição, pela Lei nº 11.300/2006, os políticos perdem um importante instrumento de propaganda eleitoral, o que tem impacto indubitável sobre o seu direito à liberdade de expressão e também sobre o direito da cidadania de ter acesso às informações que são transmitidas nesses eventos. Tal impacto é ainda mais significativo, porque a redação do § 7º do artigo 39 também veda a apresentação não remunerada de artistas

---

<sup>509</sup>É o que defendem Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, ao afirmar que se deve “graduar o rigor do exame de recepção pelo grau de democraticidade do procedimento de elaboração do ato normativo sob exame.” (**Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Op. cit. p. 561).

para animar comícios e reuniões eleitorais, ainda que privadas. Nesse ponto, além de afetar os direitos dos candidatos, há um evidente cerceamento da liberdade política e da liberdade de manifestação da classe artística, que fica proibida de apoiar de forma espontânea determinado candidato de sua preferência.

Para que se verifique a legitimidade dessas restrições à liberdade de expressão, é preciso analisar quais princípios constitucionais eleitorais seriam promovidos pela medida. Há, na verdade, três leituras possíveis sobre a finalidade perseguida pelo legislador com a alteração legislativa. Uma primeira interpretação aponta que o objetivo da proibição de apresentações de artistas seria “*vedar atos políticos que tenham caráter festivo*”<sup>510</sup>. Essa ideia supõe que os *showmícios* e eventos artísticos revelam um desvirtuamento da política, afastando o debate programático e de ideias, com a “*intenção de mover as massas, de agradar o público e, assim, promover o candidato*”<sup>511</sup>. Costuma-se apontar que, com esse tipo de show, a população passaria a identificar a figura do artista ao candidato que o contratou. Assim, essas pessoas dariam seus votos a esse candidato, não por conta de suas propostas, mas supostamente em razão da relação “emocional” que teriam com seus ídolos e artistas preferidos. Segundo essa concepção, arte e política não deveriam se misturar. Esse é, por exemplo, o entendimento de Rui Stoco e de Leandro de Oliveira Stoco. Nas palavras dos autores,

[É] possível concluir que pretendeu o legislador vedar atos de promoção de partidos e candidatos que tenham caráter festivo, notadamente em comícios. Aliás, as modificações legislativas que vêm ocorrendo em matéria de propaganda eleitoral tendem a enaltecer o discurso em torno de projetos, ideologias e propostas administrativas, em substituição a instrumentos ou atos de propaganda distantes desses propósitos, como a utilização de imagens, montagens, recursos audiovisuais em cenas externas, distribuição de brinde ou qualquer outro meio carregado de subjetivismo. Tanto isso é certo que a parte final do referido § 7º proíbe, também, a apresentação (remunerada ou não) de artistas para animar comício ou reunião eleitoral, **deixando evidente o repúdio do legislador em imiscuir, na propaganda e na apresentação dos candidatos aos eleitores, pessoas estranhas ao processo eleitoral ou a inclusão de atores, cantores e outros artistas, de modo a distrair e até mesmo iludir o cidadão**<sup>512</sup>.

Esse fundamento é, porém, problemático. A pretexto de aumentar o conteúdo informativo das campanhas, a legislação eleitoral adotaria, mais uma vez, uma concepção

<sup>510</sup>STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. **Legislação eleitoral interpretada**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 106.

<sup>511</sup>PEREIRA, Luiz Mário; MOLINARO, Rodrigo. **Propaganda política**: Questões práticas relevantes e temas controvertidos da propaganda eleitoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 146.

<sup>512</sup>STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. **Legislação eleitoral interpretada**: doutrina e jurisprudência. Op. cit., p. 106.

asséptica da política e uma concepção tutelar do eleitor. De um lado, a proibição importaria em conceber as manifestações artísticas como imperfeições do processo eleitoral, capazes de alterar, de modo irracional e “emotivo”, as preferências do eleitor. Seria, assim, nova tentativa diminuir a temperatura do pleito e excluir as emoções da política – o que, repita-se, não é possível nem desejável. De outro lado, a vedação aos showmícios implica aceitar a premissa de que os cidadãos não teriam capacidade de separar a manifestação artística da decisão eleitoral, sendo capaz de escolher um candidato tão-somente porque este promoveu um show de um artista que aprecia. É, mais uma vez, tratar o eleitor como uma criança imatura. Portanto, tal justificativa não pode ser empregada, sob pena de se caracterizar uma grave e desproporcional violação à liberdade de expressão nas campanhas.

Há outra leitura segundo a qual a finalidade da norma seria a redução dos custos de campanha. É esta, aliás, a intenção que consta expressamente do Projeto de Lei 5.855/2005, que deu origem à Lei nº 11.300/2006. É também a posição de Carlos Neves Filho, para quem a proibição da realização de showmícios e da apresentação de artistas para além do ambiente público foi editada “*no calor do debate do mensalão, caixa 2 e outros temas, para supostamente responder à população, com redução de gastos de campanha*”<sup>513</sup>. Para o advogado, o corte de gastos não serve, porém, à proteção de qualquer direito em jogo no processo eleitoral, de modo que a limitação feriria a liberdade de expressão política. Veja-se a sua argumentação:

[A] Lei nº 11.300/2006 (...) proibiu a realização de showmícios, impedindo a contratação de artistas e mais uma vez ferindo a liberdade de expressão do pensamento, sem qualquer apresentação de direito colidido, que se visou proteger – esqueceu-se da importante contribuição da classe artística na resistência à ditadura e na redemocratização – quer mais forte expressão política do que Fafá de Belém cantando o Hino Nacional no comício das Diretas Já?<sup>514</sup>

De modo semelhante, o objetivo de redução de custos não pode ser utilizado como fundamento para tolher um meio legítimo de propaganda eleitoral, ainda que, indiretamente, essa “economia” sirva ao propósito assegurar a igualdade de oportunidades no pleito, conferindo chances de disputa aos candidatos menos abastados. É que, como será demonstrado no último capítulo desta dissertação, a forma correta de diminuir custos de campanha para garantir a paridade de armas entre os candidatos é mediante o estabelecimento de um teto absoluto de gastos – jamais por restrições a formas e veículos legítimos de propaganda (como *outdoors*, *showmícios*, carros de som, etc). Assim, ao se instituir uma

<sup>513</sup>FILHO, Carlos Neves. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

<sup>514</sup>**Id.**

quantidade máxima de recursos que podem ser despendidos por todos os competidores, é possível reduzir os gastos, sem restringir diretamente a liberdade de expressão. A partir dessa solução, candidatos e partidos teriam liberdade para escolher as suas estratégias de campanha e decidir onde querem aplicar seus recursos, concentrando gastos nos veículos de transmissão de propaganda que julgarem mais eficazes.

Porém, a opção de vedar as apresentações artísticas restringe de forma desproporcional a liberdade de expressão. Em primeiro lugar, é questionável se proibição de showmícios é medida *adequada* à redução de custos. É muito provável que a medida não tenha nenhum impacto sobre os gastos dos candidatos, já que aqueles com maiores recursos irão simplesmente investir em outro meio de propaganda. Além disso, o dispositivo também proíbe apresentações não remuneradas. Nesse caso, não haveria dúvida sobre a inadequação da medida, uma vez que os shows não implicariam qualquer aumento de despesas. Porém, ainda que se considerasse que se trata de medida idônea à finalidade desejada, ela não seria necessária, pois, como se demonstrou, o estabelecimento de um teto de gastos seria menos gravoso à liberdade de expressão.

Uma terceira e última finalidade invocada para justificar a edição do dispositivo seria a garantia da paridade de armas entre os candidatos, impedindo que a influência do poder econômico seja capaz de desequilibrar a disputa. A lógica aqui é a seguinte: a contratação de artistas famosos para showmícios envolve um dispêndio considerável de recursos, de modo que somente os candidatos com maior poder econômico poderiam utilizar esse veículo de propaganda. Ademais, sabendo-se que (i) é improvável que artistas queiram realizar grandes shows para promover um candidato sem receber cachê, e que (ii) há uma desonrosa cultura de uso do caixa 2 nas campanhas e de promessas de recompensas futuras, após a vitória no pleito (*e.g.*, contratação posterior do mesmo artista pelo Poder Público, sem licitação, às custas do erário<sup>515</sup>), tais considerações empíricas e institucionais levariam o legislador a estender a vedação às apresentações não remuneradas.

Sem subscrever inteiramente a esse raciocínio, a meu ver, a paridade de armas é o único fim legítimo que pode ser utilizado para promover a restrição de showmícios. Não se pode pretender separar a política das manifestações artísticas, nem reduzir gastos às custas da liberdade de expressão. Assim, a restrição somente será válida, caso haja efetivamente uma ameaça à igualdade de chances na disputa. É, assim, necessário realizar uma interpretação conforme a Constituição do § 7º do art. 39 da Lei das Eleições. Nesse sentido, a primeira

---

<sup>515</sup>PEREIRA, Luiz Mário; MOLINARO, Rodrigo. **Propaganda política**: Questões práticas relevantes e temas controvertidos da propaganda eleitoral. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 146.



parte do dispositivo, que veda a “*realização de showmício e de evento assemelhado para promoção de candidatos*”, efetivamente traz um risco para a isonomia no pleito, já que esses eventos envolvem necessariamente elevado dispêndio de recursos, não sendo acessíveis a todos os concorrentes.

O mesmo, porém, não é válido para a segunda parte do preceito, que proíbe também “*a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral*”. Nessa hipótese, quando se tratar de um evento privado e de menores proporções, não se pode vedar as apresentações artísticas, salvo prova de abuso do poder econômico ou de uso de caixa dois. Impedir que um artista faça, de forma espontânea, um *pocket show* em comícios caseiros ou eventos para públicos reduzidos, com o objetivo de promover o candidato ou partido de sua preferência, seria estabelecer uma grave violação à liberdade de manifestação artística, sem tutelar nenhum interesse contraposto. Esse entendimento, por certo, é o oposto ao que é hoje adotado pelo TSE, que decidiu que está proibida a “*presença de artistas ou animadores*” mesmo “*em eventos fechados de propriedades privadas*”<sup>516</sup>. No entanto, é o que melhor se coaduna com a robusta proteção conferida às liberdades comunicativas na ordem constitucional, garantindo à classe artística pleno direito à participação política. Como lembrou o Conselho Federal da Ordem dos Músicos do Brasil<sup>517</sup>, ao impedir a apresentação não remunerada de artistas, esta parte do dispositivo “*traz reminiscências de um passado não tão distante, época de clandestinidade, censura e opressões contra classes pensantes. Mais uma vez, na história do Brasil os artistas são postos na condição de subversivos, mas agora do sistema eleitoral*”. É preciso, assim, lembrar que a política, a arte e também a emoção andam juntas.

### 7.3 Política e Humorismo

Por fim, outro conteúdo constantemente atacado nas campanhas brasileiras tem sido as manifestações humorísticas. No período eleitoral, o humor político é produzido tanto pelos meios de comunicação, jornalistas, artistas, cartunistas e pessoas comuns, com o objetivo de

<sup>516</sup> Esse entendimento foi manifestado em resposta à consulta, tendo dado origem à Resolução nº 22.274, de 29.6.2006, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, assim ementada: “Consulta. Presença de artistas ou animadores, bem como utilização de camisetas e outros materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor, ‘em eventos fechados de propriedades privadas’ (*sic*). Impossibilidade”.

<sup>517</sup> Cf. petição inicial do Conselho Federal da Ordem dos Músicos do Brasil na ADI 3758.

oferecer uma visão crítica de políticos e da política em geral, quanto pelos próprios candidatos e partidos, que buscam desqualificar seus adversários e suas respectivas propostas<sup>518</sup>.

Ao contrário do que se imagina, o humor pode ser sério e, por isso também, deve ser levado a sério. Na precisa definição de Ziraldo, “[h]umorismo não é apenas uma forma de fazer rir. Isto pode ser chamado de comicidade ou qualquer outro termo equivalente. O humor é uma visão crítica do mundo e o riso, efeito colateral pela descoberta inesperada da verdade que ele revela.”<sup>519</sup> Charges, cartoons, sátiras, enfim, todas as atividades humorísticas são úteis ferramentas para criticar e desafiar o *status quo* político<sup>520</sup>. O humor político pode levar – e frequentemente leva – a população a questionar candidatos, autoridades, leis, decisões e práticas políticas, desempenhando, assim, uma função essencial à democracia.

A Lei das Eleições, editada em 1997, traz, porém, diversas disposições que têm sido interpretadas de modo a restringir e censurar a veiculação de críticas políticas por meio do humor. Em relação aos *meios de comunicação*, dispõe que “[a] partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário (...) usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito” (art. 45, *caput* e II). Como se verá, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia desta vedação no julgamento da ADI 4.451<sup>521</sup>. Já em relação aos *candidatos e partidos*, a Lei prevê que, durante o horário de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão – tanto na veiculação dos programas eleitorais (em bloco), quanto das inserções –, é vedada a divulgação de mensagens que possam degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação (arts. 51, IV, e 53, §§ 1º e 2º)<sup>522</sup>.

<sup>518</sup> TSAKONA, Villy; POPA, Diana Elena (eds.). **Humour in politics and the politics of humour**. Amsterdam: John Benjamins Publishing, 2011, p. 5.

<sup>519</sup> Cf. STF, **ADI 4451** MC-Ref, Rel. Min. Ayres Britto, j. 02.09.2010.

<sup>520</sup> TSAKONA, Villy; POPA, Diana Elena (eds.). **Humour in politics and the politics of humour**. Op. cit., p. 3.

<sup>521</sup> STF, ADI 4451 MC-Ref, Rel. Min. Ayres Britto, j. 02.09.2010.

<sup>522</sup> Confira-se o teor dos dispositivos legais: “Art. 51. Durante os períodos previstos nos arts. 47 e 49, as emissoras de rádio e televisão e os canais por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, ainda, trinta minutos diários para a propaganda eleitoral gratuita, a serem usados em inserções de até sessenta segundos (...), obedecido o seguinte: (...) IV - na veiculação das inserções, é vedada a divulgação de mensagens que possam degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação, aplicando-se-lhes, ainda, todas as demais regras aplicadas ao horário de propaganda eleitoral, previstas no art. 47 (Redação dada pela Lei nº 12.891/2013)”. “Art. 53. Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos. § 1º É vedada a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sujeitando-se o partido ou coligação infratores à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte. § 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a requerimento de partido, coligação ou

No que se refere à restrição aplicável à radiodifusão, é certo que o inciso II do artigo 45 da Lei das Eleições não proíbe expressamente o humor. Porém, a vedação ao uso de recursos de áudio ou vídeo (incluindo montagens e trucagens) e à produção e veiculação de programa com efeito de degradação ou ridicularização de candidato, partido ou coligação termina por produzir uma censura ao humorismo político durante o período eleitoral. Isso porque, tanto o uso de recursos audiovisuais, quanto a própria ridicularização são inerentes ao ofício humorístico. É da essência da sátira política a deformação exagerada da realidade que atinja a figura dos candidatos e autoridades, ridicularizando-os. Nas palavras da jornalista Eliane Brum:

Fazer humor com os políticos, com os governantes e com os poderosos é obrigatório. É imprescindível. Isso faz com que sejam lembrados que, como todos os mortais, eles também são ridículos. Iguale-os. Pinça-os das estratosferas da vaidade e da bajulação onde vivem e devolve-os ao rés do chão. Os humoristas, garantidos pela liberdade de expressão existente em qualquer democracia que mereça o nome, ajudam os políticos, governantes e poderosos a se manterem no seu real tamanho – nunca muito diferente daquele do mendigo da esquina. Ou do seu eleitor. E nos ajudam a lembrar que eles pertencem ao mesmo mundo que nós. Ao mesmo ridículo.<sup>523</sup>

É possível vislumbrar duas possíveis justificativas para a vedação do humor nas eleições, à luz dos princípios constitucionais eleitorais. A primeira é a ideia de que a veiculação de sátiras, envolvendo um determinado candidato pelos meios de comunicação, produziria um dano à sua honra e reputação e, assim, afetaria a paridade de armas na disputa eleitoral. Há diversos problemas nessa abordagem. O mais grave é assumir que uma crítica, veiculada sob a forma de humor ou qualquer outra, tem a potencialidade de afetar a igualdade de chances entre os candidatos. Trata-se de uma concepção inflada e absolutamente equivocada do conteúdo deste princípio. Como já se viu, a igualdade de oportunidades exige que todos os competidores tenham plena liberdade de expressão para conquistar o voto dos eleitores e que nenhum deles possa se beneficiar de vantagens ilegítimas derivadas da superioridade de recursos financeiros, de acesso aos meios de comunicação e de acesso à máquina pública. Por isso, não se pode invocar uma violação à isonomia na disputa pela veiculação de mensagens humorísticas, quando não houver abuso de poder econômico, midiático ou político (ainda que por parte de terceiros, que não estejam disputando o pleito).

---

candidato, a Justiça Eleitoral impedirá a reapresentação de propaganda ofensiva à honra de candidato, à moral e aos bons costumes”.

<sup>523</sup> BRUM, Eliane. Rir de si mesmo é ato civilizatório. **Revista Época**, 23 ago. 2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI165140-15230,00-RIR+DE+SI+MESMO+E+ATO+CIVILIZATORIO.html>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

Em verdade, calar críticas e sátiras emitidas por veículos de mídia, jornalistas, humoristas e cidadãos seria, isso sim, desigualar a competição, quebrando a neutralidade estatal para proteger a honra de um determinado candidato. É natural (e mesmo desejável), por exemplo, que um candidato “ficha suja” se sujeite a mais críticas do que um candidato de “reputação ilibada”, que nunca tenha tido seu nome envolvido em nenhum escândalo. As regras do jogo devem prover condições materiais de igualdade, mas não podem pretender estratificar os postulantes a cargos públicos. Diversos atributos, como inteligência, reputação e trajetória política, devem funcionar como critério legítimo de diferenciação, cabendo ao eleitor tomar a decisão de voto com base no quadro mais amplo de informações.

Outro problema é que, nesse tipo de manifestação, danos aos direitos à personalidade são quase inevitáveis – é comum que determinadas pessoas e grupos se sintam incomodados ou prejudicados com a exposição hiperbólica de críticas, denúncias, defeitos e temas polêmicos. Mas nem por isso a sátira se torna ilícita ou indenizável. Defender a liberdade ao humor implica a aceitação de suas consequências e a principal delas é justamente que ele pode desagradar e ferir a reputação de alguém. Isso não significa, é claro, que não haja limites às sátiras políticas. É razoável restringir o racismo e discursos do ódio, por exemplo. No entanto, via de regra, deve-se garantir às manifestações humorísticas grande imunidade contra interferências estatais, sobretudo quando voltadas a temas de interesse público e a políticos. Isso se dá em razão do papel que desempenham para a garantia de um livre debate, sem o qual não haveria verdadeira democracia. Frequentemente, os humoristas são vozes dissonantes na sociedade, que despertam, com o humor, a atenção do público para assuntos de interesse público ocultado pelos governantes e pelos grupos dominantes, de modo a provocar, além do riso, reflexão e crítica<sup>524</sup>.

Mesmo no modelo europeu, que, como se viu, revela uma maior preocupação com os direitos da personalidade, assátiras sobre temas de interesse público recebem uma maior proteção, ainda quando são capazes de ferir a reputação das pessoas públicas. Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos já afirmou, em diversas ocasiões, que o humor, por sua própria natureza, envolve exageros e provocações, e, por isso, deve se sujeitar a menores interferências. A título de ilustração, no caso *Alves da Silva v. Portugal*, em que um cidadão foi condenado a pagar indenização por difamação, por ter exibido durante o carnaval um boneco em gesso que caricaturava o Prefeito local e associava-o a símbolos de corrupção. Ao julgar o caso, a CEDH afirmou que o ato foi manifestamente satírico, devendo prevalecer a

---

<sup>524</sup> V. Rcl 18.776, Rel. Min. Dias Toffoli, petição inicial elaborada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ.

liberdade de expressão. Para a Corte, “a sátira é uma forma de expressão artística e de comentário social que, além da exacerbação e [d]a deformação da realidade que a caracterizam, visa, como é próprio, provocar e agitar. Por isso, impõe-se examinar com atenção particular toda ingerência no direito de um artista – ou [de]qualquer outra pessoa – a exprimir-se desse modo”<sup>525</sup>.

A segunda justificativa é a ideia de que proibir o uso do humor durante o pleito é capaz de evitar interferências ilegítimas na formação da vontade dos eleitores. Esta justificativa é igualmente falha. A sátira não distorce o ambiente de deliberação e de escolha política, pois se trata de uma manifestação artística com um componente humorístico que “deixa claro ao receptor da mensagem o seu teor fantasioso, com o que inexistente distorção da realidade”<sup>526</sup>. Assim, todo eleitor que vê um programa humorístico na tv ou uma charge no jornal que envolva algum candidato sabe muito bem do que se trata. Não há engano. Em verdade, essa justificativa parte do pressuposto de que o eleitor não tem discernimento para saber o que é apenas uma piada. Mais uma vez, a legislação abriga uma concepção paternalista, que, além de violar gravemente a liberdade de expressão, é incompatível com a opção do país pela democracia. Nas palavras de Gustavo Binimbojm, “[s]e não acreditamos que o cidadão tem capacidade para fazer seu próprio julgamento, estamos caminhando para um regime fascista”<sup>527</sup>.

Apesar de representar grave afronta às liberdades comunicativas, o dispositivo da Lei das Eleições, que vigorava desde 1997, só foi contestado durante as eleições de 2010. Isso se deu possivelmente em razão da edição, em setembro de 2009, da Lei nº 12.034, que incluiu no artigo 45 os parágrafos 4º e 5º para esclarecer a definição de montagem e trucagem<sup>528-529</sup>, com

<sup>525</sup> Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso **Alves da Silva v. Portugal**, Sentença n. 41665/07, j. 20.10.2009.

<sup>526</sup> É o que defendeu a Associação Brasileira de Rádio e Televisão - ABERT na petição inicial da ADI 4.451. Sobre o tema, cf. BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e Jurisdição constitucional. In: SARMENTO, Daniel (ed.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 701-728.

<sup>527</sup> BINENBOJM, Gustavo. Mau humor: de acordo com especialista humor na política deve ser preservado. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 26 jul. 2010. Entrevista concedida a Fábio Brisolla. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/eleicoes-2010/de-acordo-com-especialista-humor-na-politica-deve-ser-preservado-5000724>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>528</sup> Confira-se o teor dos dispositivos legais: “Art. 45. (...) § 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação (Incluído pela Lei nº 12.034/2009); § 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação (Incluído pela Lei nº 12.034/2009)”.

<sup>529</sup> É certo que mesmo antes da edição da Lei nº 12.034/2009, os conceitos de trucagem e montagem já haviam sido definidos de forma quase idêntica pelo TSE, nas resoluções que regulavam os pleitos, desde 2000, como a Resolução nº 20.562/2000 e nas que a sucederam, até a Resolução nº 22.718/2008.

o objetivo declarado de garantir “*maior controle contra campanha ‘suja’ na tv*”<sup>530</sup>. Conta-se que, por conta das restrições legais, produziu-se um relevante “efeito resfriador” durante o pleito de 2010. O programa “Casseta & Planeta”, da Rede Globo, teria suprimido imitações aos candidatos à Presidência de seus roteiros, e o programa “CQC”, da Band, teria optado por suavizar o tom em abordagens envolvendo políticos<sup>531</sup>. A censura ao humor fez também com que um grupo de humoristas organizasse uma passeata contra a lei eleitoral<sup>532</sup>. “*É como se proibissem falar de futebol em época de Copa do Mundo*”, comparou o humorista Bruno Mazzeo, na ocasião<sup>533</sup>.

Diante dessa movimentação, a Associação Brasileira de Rádio e Televisão - ABERT propôs a ADI nº4.451(apelidada de “ADI do humor”), que questionou, entre outros, a constitucionalidade do inciso II do art. 45 da Lei das Eleições, por violação às liberdades de expressão, de imprensa e ao direito à informação. Ao analisar a ação, o Ministro Ayres Britto suspendeu, em caráter liminar, a eficácia do dispositivo<sup>534</sup>, em decisão posteriormente referendada pelo Plenário do STF<sup>535</sup>. Na ocasião, a Corte declarou que todos os tipos de manifestações humorísticas compõem as atividades da imprensa e, nessa qualidade, constituem exercício concreto da liberdade de expressão, assegurando “*o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado*”. Nas palavras do Ministro Ayres Britto:

Programas humorísticos, *charges* e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “*imprensa*”, sinônimo perfeito de “*informação jornalística*” (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. (...) A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. Até porque processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única

<sup>530</sup> Cf. Justificativa do Projeto de Lei nº 5.498/2009.

<sup>531</sup> BINENBOJM, Gustavo. Mau humor: de acordo com especialista humor na política deve ser preservado. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 26 jul. 2010. Entrevista concedida a Fábio Brisolla. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/eleicoes-2010/de-acordo-com-especialista-humor-na-politica-deve-ser-preservedo-5000724>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>532</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/08/humoristas-protestam-no-rj-cont-ra-lei-que-proibe-fazer-piada-com-politicos.html>> Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>533</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/08/humoristas-protestam-no-rj-cont-ra-lei-que-proibe-fazer-piada-com-politicos.html>> Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>534</sup> STF, **ADI 4.451 MC**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 26.08.2010.

<sup>535</sup> STF, **ADI 4.451 MC-Ref**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 02.09.2010.

fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de ‘restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei’ (inciso III do art. 139).

Como defendeu o Professor Gustavo Binimbojm, que atuou como patrono da requerente na ADI 4.451, “*as normas legais restritivas da liberdade da imprensa no período eleitoral representavam, na prática, uma espécie de imunidade à crítica jornalística criada pelos agentes políticos em seu próprio benefício*”<sup>536</sup>. Para ele, “[a]o criar um efeito silenciador sobre jornalistas, comentaristas políticos e humoristas, na noventa que antecede os pleitos eleitorais, os políticos legislaram em causa própria, impedindo o livre fluxo de informações, ideias e opiniões.”<sup>537</sup>

Deve-se salientar, ainda, que as restrições da Lei das Eleições voltavam-se especificamente aos meios de comunicação que se submetem ao regime de concessões públicas e à obrigação legal de manutenção de postura equidistante em relação aos candidatos e partidos, isto é, às rádios e emissoras de televisão. No entanto, ao garantir que rádio e tv possam se valer do humor, satirizando e ironizando candidatos e partidos durante as eleições, o Supremo Tribunal Federal estendeu, como consectário lógico, a proteção da liberdade de expressão às manifestações humorísticas em outros espaços públicos e em veículos de comunicação não inseridos no modelo de outorgas, como a imprensa escrita e a *internet*. Essa questão foi evidenciada no voto do Ministro Dias Toffoli naquele julgamento, que afirmou expressamente que:

[N]ão há vedação legal *prima facie* à liberdade comunicativa dos artistas, humoristas e atores de *stand up comedy* no espaço público alheio ao modelo de outorgas de serviços de radiodifusão. A atuação das liberdades comunicativas, fora do campo específico da comunicação social dependente de outorga estatal, é livre. Aliás, sempre o foi. Nesse âmbito, estão artistas, humoristas, atores de *stand up comedy* e toda a sorte de agentes culturais que exercem seus misteres, a título profissional ou amador, nas ruas, nas praças, nos teatros, nos jornais, nas revistas, em shows e, principalmente, na internet.

Portanto, neste histórico julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a ampla proteção conferida pela Constituição às manifestações humorísticas, inclusive aquelas veiculadas durante os pleitos. De acordo com a decisão, o humor constitui legítima expressão dos direitos constitucionais à livre manifestação do pensamento, criação e expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação. Além disso, o acesso às manifestações

<sup>536</sup>BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e Jurisdição constitucional. **Op. cit.**, p. 701-728.

<sup>537</sup>BINENBOJM, Gustavo. Humor, política e Jurisdição constitucional. **Op. cit.**, p. 701-728.

humorísticas está compreendido no direito fundamental da cidadania de acessar livremente informações e opiniões sobre questões de interesse público. Segundo a Corte, em períodos eleitorais, o humor político voltado contra candidatos e autoridades ostenta ainda maior importância democrática, de modo que sua proteção deve ser maximizada – e não restringida.

Durante o julgamento da ADI do Humor, porém, alguns Ministros consideraram que a questão posta seria mais teórica do que prática. O ministro Dias Toffoli afirmou, com base em informações do *website* do TSE, que, desde 1997 até aquela data, “*não houve um único caso de punição de humoristas como resultante dos impugnados incisos do artigo 45 da Lei nº 9.504*”. O ministro Ricardo Lewandowski deu razão ao colega. Segundo ele, “[j]amais a Justiça Eleitoral proibiu o humor, a sátira, a comédia. Não há na história da Justiça Eleitoral, especialmente a partir da edição da Constituição de 1988, qualquer vedação nesse sentido”. Infelizmente, porém, a censura às manifestações humorísticas se provou algo mais concreto do que se poderia imaginar, e – pior – não foi solucionada com a suspensão da eficácia do inciso II do artigo 45 da Lei das Eleições.

A interpretação vinculante proferida no julgamento da ADI 4.451-MC-Ref acabou descumprida em diversos casos. Em 30 de setembro de 2010 – no mesmo mês da decisão do STF – o TRE-RS manteve decisão monocrática que havia determinado a imediata remoção, de um *blog* da internet, de uma montagem que assemelhava a face de candidato a ditador, por entender que a imagem seria ofensiva à imagem do candidato<sup>538</sup>. Durante as eleições estaduais de 2014, o candidato à reeleição ao governo de São Paulo, Geraldo Alckmin, requereu direito de resposta, em razão da divulgação, em página do Facebook, do vídeo “São Paulo Parou Geral”, que ironizava o candidato. Em síntese, o vídeo continha as seguintes manifestações humorísticas: “a) *Imagem e Frase: “Pede pra Sair”, fazendo alusão a filme de grande sucesso nacional; b) Charge: “Ei, você viu o meu óleo de peroba”; c) Imagem de Alckmin num picolé; d) Imagem de Alckmin vestido de presidiário e algemado, na capa da revista Veja, com a seguinte manchete: Vergonha...*”. Em decisão, o TRE-SP decidiu que o vídeo configurou “*propaganda eleitoral negativa, extrapolando os limites da crítica e da livre manifestação do pensamento*”, determinando a imediata retirada do vídeo da página<sup>539</sup>. O mais emblemático caso julgado foi, porém, o “caso Porta dos Fundos”, que será analisado a seguir.

---

<sup>538</sup> TRE-RS, **Rp 5876-93.2010.6.21.0000**, Rel. Des. Maria de Fátima Freitas Labarrère.

<sup>539</sup> TRE-SP, **Rp 4101-63.2014.6.26.0000**, Rel. Min. Cauduro Padin, Publicado em sessão, em 29.09.2014.



### 7.3.1 Caso Porta dos Fundos

Nas eleições de 2014, uma juíza eleitoral do TRE-RJ, no exercício do poder de polícia eleitoral, determinou a retirada de dois vídeos divulgados na internet pelo conhecido canal de humor “Porta dos Fundos”, hospedados no “Youtube”, ao fundamento de que veiculavam propaganda negativa de candidato ao governo do Estado<sup>540</sup>. O primeiro vídeo continha nítida paródia dos programas eleitorais dos candidatos transmitidos na tv e no rádio. Nele, um candidato fictício a deputado federal, denominado “Tião do Fuzil”, aparece ameaçando com arma um refém chamado “Marcelo”, exigindo votos em troca da sua liberdade. O candidato alega que o Brasil pode confiar nele, porque sabe que nunca roubou, matou ou estuprou alguém sem motivo. Ao final, o refém implora “*pela família, pela vida, vote Tião*”. O candidato, então, como costuma ocorrer nas propagandas eleitorais, declara o seu apoio a outro candidato: “*Para Governador, Garotinho*”. Já nos créditos, aparece o programa do candidato Tião no rádio, que termina com novo pedido de voto: “*Vote no Tião. Afinal, o Marcelo é pai de família, tem dois filhos e um deles tem problema. O Marcelo não pode morrer agora. Tião 1849*”.

Muito claramente, a esquete satirizava os programas eleitorais dos candidatos em geral e também recorria ao humor para fazer menção crítica, breve e pontual, a um candidato específico e suas alianças políticas. Conforme reconhecido pelo STF no julgamento da ADI do Humor, trata-se de conduta absolutamente protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão. Independente do bom ou mau gosto do vídeo, a crítica contundente e ácida a postulantes a cargos públicos, inclusive sob a forma de humor, faz parte do jogo eleitoral, justificando-se a prevalência da liberdade de expressões sobre os direitos da personalidade. Especialmente porque, no caso, a esquete não atingia qualquer aspecto da vida privada do então candidato, mas apenas a sua vida pública, de evidente interesse da sociedade, sobretudo em período de eleições.

No entanto, a Juíza Coordenadora da Fiscalização da Propaganda Eleitoral do TRE-RJ entendeu que o vídeo transmitia *propaganda eleitoral negativa* contra o então candidato a Governador Anthony Garotinho, ao “*relacioná-lo a pessoas ligadas à prática de crimes e a organizações criminosas*”, de modo a “*trazer consequências danosas ao candidato, maculando sua imagem junto à população, de cuja manifestação no pleito eleitoral depende*

---

<sup>540</sup> TRE-RJ, **Protocolo 158.287/2014**, Coordenadora da Fiscalização da Propaganda Eleitoral, Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza.

*a sua candidatura*”. Ainda nas palavras da magistrada, a esquete constituiria abuso do direito à liberdade de expressão “*com o único intuito de prejudicar o candidato Anthony Garotinho e fazer propaganda eleitoral negativa em relação a este, por pessoas notoriamente ligadas a partido político com candidato próprio ao mesmo cargo eletivo*”. Como resultado, com o suposto objetivo de “*preservar a isonomia entre os candidatos e a realização de uma campanha isenta, livre de irregularidades*” e com fundamento normativo nos arts. 20 e 21 do Código Civil<sup>541</sup>, determinou a imediata retirada do vídeo do canal “Porta dos Fundos”, sob pena de pagamento de vultosa multa diária no valor de R\$ 100 mil.

A decisão administrativa, proferida no exercício do poder de polícia, possuía impropriedades evidentes. Em primeiro lugar, qualificava como propaganda negativa uma esquete humorística não veiculada por candidato ou partido político, mas sim por notório grupo humorístico, independente e sem qualquer vinculação partidária, em evidente violação à livre manifestação do pensamento, criação e expressão. A caracterização de qualquer crítica política como propaganda representa grave ameaça ao direito de participação da cidadania nos pleitos e à própria igualdade política dos cidadãos, cassando-lhes a palavra justamente no período em que ela é mais valiosa, em prejuízo à criação de um debate público desinibido, livre e robusto.

Em segundo lugar, a decisão considerou que o fato de um de seus integrantes – que não participou do vídeo ou da elaboração do roteiro – ter anunciado apoio a candidato diverso daquele abordado no vídeo teria condão de transformar uma obra de humor em propaganda política. Além de vulnerar a liberdade de expressão, isso representa inegável violação à liberdade política dos membros do Porta dos Fundos. A lei, como se sabe, não impõe (nem poderia impor) ao Porta dos Fundos, a qualquer cidadão e nem mesmo à imprensa a exigência de imparcialidade ou equidistância entre os candidatos, somente imposta ao rádio e à tv.

Em terceiro lugar, a decisão promovia a tutela dos direitos da personalidade do candidato, em detrimento da liberdade de expressão, sob o fundamento de que a sátira tinha potencialidade para afetar a isonomia entre os candidatos e a higidez do pleito. Como se viu, não há nada mais absurdo do que considerar que uma crítica livremente manifestada pode macular os princípios da igualdade de oportunidades e da legitimidade do pleito. Ela é, em verdade, conteúdo essencial desses princípios constitucionais.

---

<sup>541</sup> Código Civil: “Art. 20: Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”. “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Por fim, a magistrada optou pela mais drástica intervenção na liberdade de expressão, determinado a censura prévia do vídeo humorístico. Atingiu, assim, o cerne da decisão proferida na ADI 4.451 MC-Ref. Como se viu, nesta decisão, o STF reconheceu que manifestações de humor, mesmo as mais ásperas e contundentes, são protegidas pelas liberdades de expressão e de imprensa, durante o pleito eleitoral, sendo insuscetíveis de censura. Com base nesses fundamentos, eficácia do artigo 45, II, da Lei das Eleições foi suspensa com efeitos vinculantes e *erga omnes*. Por isso mesmo, a decisão não usou como fundamento normativo nenhum dispositivo específico da legislação eleitoral, mas os genéricos artigos 20 e 21 do Código Civil. E ainda o fez pela via administrativa, sem devido processo legal e sem contraditório, e fora das hipóteses de exercício do poder de polícia sobre a propaganda eleitoral, já que o vídeo obviamente não configurava propaganda eleitoral.

Diante disso, o Porta dos Fundos propôs Reclamação ao STF<sup>542</sup>, em face da decisão, alegando afronta tanto à decisão proferida na ADI 4.451, quanto à prolatada na ADPF nº 130, que reconheceu a não recepção da Lei de Imprensa e a vedação à censura, ambas revestidas de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. Todavia, o relator, o Ministro Dias Toffoli, negou seguimento à Reclamação, sob o fundamento de que não haveria “*identidade entre o debate travado na presente reclamação e o entendimento vinculante apto a instaurar o exercício da jurisdição, em sede reclamatória*”<sup>543</sup>. Para ele, não teria havido no caso “*censura prévia exercida pelo Judiciário (...) uma vez que o conteúdo da arte já havia sido divulgado antes do ajuizamento da ação*”, e a decisão reclamada estaria fundamentada na “*existência de violação do direito à imagem e da vida privada do candidato a cargo eletivo, nos termos dos arts. 20, caput, e 21 do Código Civil*”, e não no inciso II do artigo 45, que teve sua eficácia suspensa pela ADI 4.451. Entendeu, assim, que não caberia reclamação fora das hipóteses constantes da parte dispositiva da ADPF 130 e da ADI 4.451, caso contrário “*passará o STF a julgar diretamente, afrontando o sistema processual recursal, toda causa cuja matéria seja a liberdade de imprensa ou de expressão*”, o que seria “*uma usurpação de competência às avessas, barateadora do papel desta Suprema Corte*”.

Veja-se, porém, que a tese encampada pelo STF na ADI 4.451 foi a de que manifestações de humor que degradem e ridicularizem candidatos são plenamente protegidas pela liberdade de expressão durante as eleições e, por isso, não podem ser censuradas. A decisão reclamada, por sua vez, promovia justamente inequívoca censura ao humor político

---

<sup>542</sup> O Porta dos Fundos foi representado na reclamação pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, da qual a autora deste trabalho fazia parte à época.

<sup>543</sup> Cf. STF, **Rel. 18.776**, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03.10.2014.

em período eleitoral. De que adianta o Supremo Tribunal Federal proferir uma decisão histórica, reconhecendo a inconstitucionalidade de preceito da Lei das Eleições, por afronta às liberdades comunicativas, e depois simplesmente permitir que qualquer outro dispositivo da legislação eleitoral e até do Código Civil possa ser invocado para suprimir a liberdade de expressão na primeira piada? Isto sim é baratear o papel do Supremo Tribunal Federal, transformando decisões com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes em meras proclamações políticas, em belos enfeites.

Mais do que isso, o instituto da reclamação já vinha e vem sendo amplamente utilizado pela Corte para cassar decisões judiciais que promovam restrições à liberdade de expressão, ainda que não apliquem dispositivos invalidados ou suspensos em sede de controle abstrato de constitucionalidade<sup>544</sup>. É que, em matéria de liberdade de expressão, conforme já foi amplamente demonstrado neste trabalho, percebe-se uma enorme recalcitrância do Poder Judiciário em se adequar aos parâmetros fixados pelo STF. Como defendeu o Professor Daniel Sarmento, nessas hipóteses, a reclamação configura instrumento de *pedagogia constitucional*, voltado a erradicar uma prática proscrita pela Constituição e por precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal<sup>545</sup>.

Tendo o Ministro Dias Toffoli negado seguimento à reclamação proposta, a alternativa que restava ao Porta dos Fundos era tentar, via mandado de segurança, anular a decisão administrativa que havia proibido a veiculação do vídeo. E isso com um agravante. No dia anterior à decisão do Ministro (e já na antevéspera das eleições), a mesma Juíza do TRE-RJ determinou a imediata retirada de um segundo vídeo do Porta dos Fundos, que satirizava o então candidato Anthony Garotinho, pelos mesmos fundamentos da decisão anterior.

No vídeo “Zona Eleitoral”, um eleitor afirmava insistentemente que a sua urna eleitoral estaria com problemas, pois não constava da relação de candidatos nenhum “que preste”. O eleitor, então, tenta diversos meios para “destravar novos candidatos”, passando a digitar no teclado da urna conhecidos comandos utilizados em jogos de videogame. Até que, já nos créditos do vídeo, ao fazer uma última tentativa, ele digita “666” e exclama: “merda, Garotinho, puta que pariu, votei no Garotinho.”

---

<sup>544</sup> STF, **Rcl 18735-MC**, Rel. Min. Gilmar Mendes; **Rcl 186338-MC**, Rel. Min. Luis Roberto Barroso; **Rcl 15681**, Rel. Min. Rosa Weber; **Rcl 18566**, Rel. Min. Celso Mello; **Rcl 18290-MC**, Min. Luiz Fux; e **Rcl 11305**, Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>545</sup> SARMENTO, Daniel. Constituição e Sociedade: reclamação e liberdade de expressão. **Jota**, 01 dez. 2014. Disponível em: <<http://jota.info/constituicao-e-sociedade-reclamacao-e-liberdade-de-expressao>> Acesso em: 20 jul. 2015.

Então, o Porta dos Fundos impetrou mandados de segurança contra as duas decisões da Coordenadora da Fiscalização da Propaganda Eleitoral do TRE-RJ, sob o argumentos principais de que: (i) os vídeos não configuravam propaganda eleitoral, de modo que escapam ao poder de polícia da Justiça Eleitoral, nos termos do artigo 41 da Lei das Eleições; (ii) a magistrada teria cometido abuso de poder, pois atuou para além dos limites de sua competência, que não se estende às críticas e manifestações artísticas sem natureza de propaganda eleitoral, e (iii) a determinação de retirada dos vídeos representava violação à liberdade de expressão, que assegura o direito de criticar figuras públicas, ainda que em tom áspero, irônico ou irreverente. Subsidiariamente, o Grupo alegou que, como o político retratado no vídeo não obteve a votação necessária para ir ao 2º turno, não subsistia qualquer razão a justificar a continuidade de medida restritiva da liberdade de expressão do impetrante, sob o ângulo do poder de polícia eleitoral. O Google, que havia sido notificado pelas decisões para retirar o conteúdo do “Youtube”, também impetrou mandados de segurança seguindo argumentação semelhante.

O relator, o Desembargador Abel Fernandes Gomes, inicialmente indeferiu os pedidos de concessão de liminar. No entanto, exerceu juízo de retratação para conceder a medida liminar pleiteada. Isso não se deu, porém, porque o Desembargador reconheceu que a manifestação humorística estava coberta pela liberdade de expressão e que não configurava propaganda eleitoral negativa, mas simplesmente porque “*o candidato prejudicado foi derrotado no primeiro turno*”<sup>546</sup>. Com isso, entendeu que “*o vídeo não possui mais potencialidade para influir no pleito eleitoral*”, tendo havido “*a perda superveniente do objeto*” das decisões proferidas<sup>547</sup>. Os vídeos puderam então ser veiculados novamente. No entanto, como se vê, o humor continuou sem proteção durante o período eleitoral. Infelizmente, no Brasil, vedar o humor ainda não é uma piada<sup>548</sup>.

---

<sup>546</sup> TRE-RJ, Mandados de Segurança n° 7908-86.2014.6.19.0000, n° 7909-71.2014.6.19.0000, n° 7906-19.2014.6.19.0000 e n° 7907.04.2014.6.19.0000, Rel. Desemb. Eleitoral Abel Fernandes Gomes, j. 15.10.2014.

<sup>547</sup> Ademais, ao término do período destinado à propaganda eleitoral, em decorrência da decisão do pleito majoritário no Estado, em segundo turno, o Desembargador julgou extintos os mandados de segurança, sem resolução de mérito, pela perda superveniente do interesse processual. Opostos embargos de declaração pelo Google, o Desembargador esclareceu que “*com o término do processo eleitoral, a restrição imposta pelo Juízo da Fiscalização da Propaganda Eleitoral não mais subsiste, já que inerente a sua essência a proteção à lisura do pleito e à equidade entre os participantes do certame. Com efeito, os princípios norteadores da decisão, sopesados diante dos direitos a liberdade de manifestação do pensamento, já não mais necessitam da tutela desta Justiça Especializada, o que acaba por fulminar seus efeitos. Qualquer irresignação quanto ao conteúdo do vídeo deve ser alegada em sede própria, que refoge à competência desta Justiça Eleitoral*” (Embargos de Declaração no Mandado de Segurança n° 790704, Des. Relator Abel Fernandes Gomes, j. 12.11.2014).

<sup>548</sup> “Vedar o humor: isso é uma piada”, foi a frase atribuída ao então Presidente do STF, o Ministro Cezar Peluso, no voto proferido pelo Min. Ayres Britto, na ADI 4.451.

## 8 AS CAMPANHAS NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

O debate eleitoral acontece em todos os meios e lugares. Nas emissoras de rádio e televisão, nos jornais e revistas, nos portais da *internet* e nas redes sociais. Ele também ocorre nos comícios, nas ruas, nas casas e na mesa de bar. Os meios de comunicação desempenham diversos papéis essenciais nas eleições: eles atuam como “cão de guarda” (*watchdog*) do sistema político, por meio da fiscalização e escrutínio dos competidores e da gestão da coisa pública; servem como uma das principais plataformas de campanha dos candidatos e partidos; transformam-se em um fórum público de debate, facilitando o engajamento dos cidadãos no pleito; e exercem uma função educacional e informativa, orientando os eleitores sobre o modo de funcionamento e sobre o andamento do processo eleitoral<sup>549</sup>.

No entanto, de acordo com as regras do jogo, o meio de comunicação utilizado faz diferença. A legislação eleitoral submete as mídias a distintos regimes jurídicos, que refletem preocupações específicas com a garantia dos princípios constitucionais eleitorais. O objetivo deste Capítulo 8 é apresentar alguns aspectos da regulação dos meios de comunicação nas eleições e apontar suas repercussões sobre a garantia da liberdade de expressão.

### 8.1 A TV e o Rádio e eleições

As emissoras de televisão e de rádio encontram-se sujeitas ao mais rigoroso regramento em período de eleições. Esses meios já são normalmente objeto de maior regulação, em razão de algumas particularidades. Em primeiro lugar, pelo seu regime de exploração. Nos termos da Constituição, a União é titular dos serviços de radiodifusão, podendo explorá-los diretamente ou por meio de delegação à iniciativa privada (art. 21, XII, CRFB). Assim, a radiodifusão constitui serviço público explorado por particulares, a partir da outorga de concessões, permissões ou autorizações (art. 223, CFRB), o que justifica a incidência de normas administrativas próprias<sup>550</sup>. Em segundo lugar, a regulação mais robusta

---

<sup>549</sup> ACE PROJECT, **Media and Elections**. The ACE Electoral Knowledge, 2013. Disponível em: <[www.aceproject.org](http://www.aceproject.org)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>550</sup> BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, v. 790, n. p. 129-152, 2001.

também se fundamenta na maior intrusão dessas mídias na vida das pessoas e na maior influência que exercem sobre a formação da opinião pública<sup>551</sup>. A ideia é que a imprensa escrita tem menor alcance e exige uma atitude mais proativa do leitor, enquanto que as mensagens difundidas pelo rádio e pela televisão teriam maior abrangência e seriam mais ostensivas, impondo-se a um elevado número de espectadores, sem exigir grande participação.

No direito eleitoral, a regulação desses meios de comunicação é ainda mais reforçada. Isso por dois motivos principais. Primeiro, pela necessidade de garantir a igualdade de oportunidades entre candidatos e partidos políticos e o pluralismo informacional. As emissoras de rádio e televisão são os meios mais eficazes de comunicação política, já que têm penetração nacional e são capazes de alcançar grande público e pautar a opinião pública. Porém, como o acesso a esses veículos envolve vultosos custos, nem todos os competidores têm condições de contratar seus espaços de propaganda. Daí porque uma importante preocupação da legislação eleitoral é garantir a todas as correntes políticas o acesso gratuito a esses meios, como forma de mitigar a influência do poder econômico sobre os resultados do pleito.

A imposição de disciplina normativa mais restritiva também se dá em função da percepção de que a mídia não desempenha meramente o papel de um observador neutro do processo eleitoral, tornando-se muitas vezes um relevante ator da disputa<sup>552</sup>. A capacidade de selecionar os fatos que serão noticiados, bem como a forma de apresentação das informações ao público confere à radiodifusão, em especial à tv, grande poder sobre a realidade que é transmitida ao espectador e sobre a formação da opinião pública. No Brasil, isso se torna ainda mais grave, em razão da concentração de veículos de comunicação social nas mãos de políticos, sobretudo em pequenos municípios. Nesses casos, há um possível conflito de interesses na divulgação de informações, em prejuízo da paridade de armas entre os candidatos. Como resultado, a lei eleitoral brasileira também impõe à radiodifusão algumas obrigações e restrições relativas à sua programação normal e noticiário, buscando garantir a imparcialidade e a equidistância, impedindo que candidatos possam ser beneficiados ou prejudicados pela cobertura midiática.

---

<sup>551</sup>LICHTENBERG, Judith. **Democracy and the mass media**: a collection of essays. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 6; V. STF, **Rel 18687 MC**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 27.12.2014.

<sup>552</sup>**Id.** p. 4.

### 8.1.1 Horário de Propaganda Eleitoral Gratuito

A garantia de acesso gratuito aos meios de comunicação social – também denominado “direito de antena” – constitui uma prestação estatal positiva, voltada a garantir a paridade de armas entre os candidatos e partidos e a própria liberdade de expressão<sup>553</sup>. O horário eleitoral assegura às diferentes correntes políticas a possibilidade de se fazerem visíveis ao eleitorado, impedindo que os competidores mais abastados ou detentores de cargos políticos possam extrair vantagens na disputa pelo acesso privilegiado aos meios de comunicação<sup>554</sup>. Ele funciona, assim, como um reforço do pluralismo e da livre formação da opinião pública durante o período eleitoral<sup>555</sup>.

No Brasil, o horário eleitoral gratuito foi introduzido apenas em 1962. Até a década de 60, o palco principal da disputa era a rua<sup>556</sup>. A competição eleitoral era feita nos comícios, passeatas e palanques, e no corpo a corpo dos candidatos com a população. A imprensa escrita se ocupava basicamente da cobertura das atividades de campanha, mas sem grande penetração<sup>557</sup>. A televisão, introduzida no país em 1950, ainda dava seus primeiros passos. As estações de rádio privadas eram as que tinham maior apelo nos pleitos. Desde o Código Eleitoral de 1950, as rádios eram obrigadas a destinar, durante 90 dias anteriores às eleições, 2 horas à propaganda partidária paga, “sob critério rigoroso de rotatividade” e “mediante tabela

<sup>553</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Op. cit. p. 681-682.

<sup>554</sup> MUÑOZ, Óscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Op. cit. p. 243.

<sup>555</sup> MUÑOZ, Óscar Sánchez. **Modelos de regulación de la comunicación de los actores políticos en las campañas electorales: una visión comparada**. México: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

<sup>556</sup> RUBIM, Antonio; COLLING, Leandro. Mídia, cultura e eleições presidenciais no Brasil contemporâneo. **Comunicação e política**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, p. 11-44, 2005.

<sup>557</sup> Antonio Rubim destaca os dois Brasis existentes em 1960 e 1989: “No país de 1960, apenas 30% da população vivia nas cidades; existiam poucas estradas nacionais, como a Rio-Bahia, recém inaugurada; a precariedade dos transportes e das telecomunicações dificultavam em muito a interação entre cidades e regiões do país; os jornais, o rádio (um pouco menos) e a televisão funcionavam como veículos eminentemente locais; as transmissões televisivas se restringiam a oito capitais (...), com 18 emissoras e “cerca de 100 mil aparelhos no Rio e São Paulo”. Vinte anos depois, em 1980, a população já se tornara majoritariamente urbana (67%). (...). No país existiam agora 235 emissoras de televisão, 25 milhões de receptores, cinco redes nacionais e 94% da população estava potencialmente atingida pela televisão. Pesquisas realizadas em 1989 e 1990, com amostragem nacional, indicavam que 86% e 89% dos entrevistados, respectivamente, tomavam conhecimento dos acontecimentos políticos através da televisão. (...). Em 1960, votaram cerca de 15 milhões de pessoas, na época 20% dos brasileiros, pois analfabetos, soldados e jovens entre 16 e 18 anos não votavam. Em 1989, cerca de 82 milhões foram às urnas, algo em torno de 60% da população, quase dois terços deles semi-analfabetos ou analfabetos”. (RUBIM, Antonio AC; COLLING, Leandro. Mídia, cultura e eleições presidenciais no Brasil contemporâneo. **Op. cit.** p. 8).



de preços iguais para todos”<sup>558</sup>. Somente em 1962, a Lei 4.109 instituiu o programa eleitoral gratuito tanto no rádio, quanto na televisão, durante 60 dias anteriores à antevéspera das eleições, por 2 horas diárias<sup>559</sup>. À época, porém, o horário gratuito coexistia com a possibilidade de propaganda paga, de modo que se mantinha a disparidade de armas entre candidatos mais e menos abastados.

O Código Eleitoral de 1965 manteve o sistema de horário eleitoral gratuito da lei de 1962 e criou, adicionalmente, o tempo de propaganda partidária fora dos períodos eleitorais, de 1 hora por mês<sup>560</sup>. Contudo, durante o regime ditatorial, as eleições eram “fachada”, de modo que o tempo de antena não tinha grande utilidade. Afinal, o palco da política já não era mais a rua, mas os gabinetes e porões, e a comunicação política em todos os meios de comunicação era interdita pela censura e pela repressão<sup>561</sup>. Somente em 1974, durante o governo Geisel e o processo de abertura gradual, foram convocadas eleições diretas para senadores, deputados e vereadores. Para regular a disputa, editou-se, então, a Lei 6.091/1974 (a Lei Etelvino Alves), que regulou o horário eleitoral gratuito e vedou toda a propaganda paga nas emissoras de rádio e tv<sup>562</sup>.

<sup>558</sup> Código Eleitoral de 1950 (Lei 1.164/1950), Art. 130. As estações de rádio, com exceção das referidas no artigo anterior e das de potência inferior e dez kilowatts, nos noventa dias anteriores às eleições gerais de todo o país ou de cada circunscrição eleitoral, reservarão diariamente duas horas à propaganda partidária, sendo uma delas pelo menos à noite, destinando-as, sob rigoroso critério de rotatividade, aos diferentes partidos, mediante tabela de preços iguais para todos.

<sup>559</sup> Art. 13. § 3º As estações de radiodifusão e televisão de qualquer potência, inclusive as de propriedades da União, dos Estados, Distrito Federal e Territórios, Municípios, Autarquias, Sociedades de Economia e Fundações, nos 60 (sessenta) dias anteriores às 48 (quarenta e oito) horas do pleito de cada Circunscrição Eleitoral do País, reservarão diariamente duas (2) horas para propaganda política gratuita, sendo uma delas durante o dia entre as 13 (treze) e as 18 (dezoito) horas e outra à noite entre as 20 (vinte) e as 22 (vinte e duas) horas sob critério de rigorosa rotatividade aos diferentes partidos, e distribuídos entre eles na proporção das respectivas legendas no Congresso Nacional e nas Assembleias Legislativas Estaduais e, Câmaras Municipais.

<sup>560</sup> Código Eleitoral de 1950, Art. 250. Nas eleições gerais, as estações de radiodifusão e televisão de qualquer potência, inclusive as de propriedade da União, Estados, Distrito Federal, Territórios ou Municípios, reservarão duas horas diárias, nos sessenta dias anteriores à antevéspera do pleito para a propaganda eleitoral gratuita, conforme instruções do Tribunal Superior. §1º Fora desse período, reservarão as mesmas estações uma hora por mês, para propaganda permanente do programa dos partidos.

<sup>561</sup> Lei 6.091/1974, Art. 12. A propaganda eleitoral, no rádio e na televisão, circunscrever-se-á, única e exclusivamente, ao horário gratuito disciplinado pela Justiça Eleitoral, com a expressa proibição de qualquer propaganda paga. Parágrafo único. Será permitida apenas a divulgação paga, pela imprensa escrita, do curriculum-vitae do candidato e do número do seu registro na Justiça Eleitoral, bem como do partido a que pertence.

<sup>562</sup> A alteração foi festejada por Fávila Riberito, para quem “No regime instituído pelo Código Eleitoral o horário gratuito tinha o sabor de paliativo, a título de compensação, para que os candidatos de menor lastro econômico encontrassem também oportunidade de acesso aos meios de comunicação, eliminando a grande distância que os separava dos candidatos mais bafejados pela fortuna ou com melhor suporte econômico e apoio. Agora, a situação normativa se completa e se aperfeiçoa, colocando os candidatos em nível comum de disputa, participando todos, igualitária e unicamente, dos programas

gratuitos distribuídos entre os partidos, ficando proibida a propaganda paga, elevando, portanto, o coeficiente democrático do debate eleitoral” (RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 322)

A vitória da oposição no pleito de 1974 provocou, porém, nova onda de repressão da política, com a aprovação da malfadada Lei Falcão (Lei 6.339/1976). A lei determinava que na propaganda eleitoral “*os partidos limitar-se-ão a mencionar a legenda, o currículo e o número do registro dos candidatos na Justiça Eleitoral, bem como a divulgar, pela televisão, suas fotografias, podendo, ainda, anunciar o horário local dos comícios*”. Nas palavras de Ulysses Guimarães, a lei transformava o horário eleitoral em “*um desfile de fotografias com números, como se os candidatos fossem criminosos*”<sup>563</sup>.

As restrições da Lei Falcão somente foram revogadas em 1984, com a liberação da propaganda eleitoral. A partir da redemocratização, o horário de propaganda gratuita na tv e no rádio torna-se “*a vedete e o eixo da campanha, associado às sondagens, ao marketing e aos debates eleitorais*”<sup>564</sup>. Dada a sua relevância para a manutenção e o desenvolvimento dos partidos políticos, o direito de antena ganha inclusive previsão na Constituição Federal (art. 17, § 3º).

Atualmente, o horário gratuito de propaganda política na tv e no rádio é regido pela Lei dos Partidos Políticos e pela Lei das Eleições. Ele se aplica apenas às emissoras de televisão que operam em VHF e UHF e aos canais de televisão por assinatura sob a responsabilidade do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Câmaras Municipais (art. 57, LE)<sup>565</sup>. O direito de antena subdivide-se em duas espécies: o horário de propaganda partidária

<sup>563</sup> PORTO, Walter Costa. Dicionário do voto. 3 ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2013.

<sup>564</sup> RUBIM, Antonio AC; COLLING, Leandro. Mídia, cultura e eleições presidenciais no Brasil contemporâneo. **Op. cit.**

<sup>565</sup> Nos termos do art. 57 da Lei das Eleições, os canais de televisão por assinatura não são obrigados a veicular o horário eleitoral gratuito e estão excluídos da disciplina da lei. Porém, antes mesmo da edição desta lei, o TSE, consultado sobre a possibilidade legal de deferimento dos pedidos de veiculação paga de programas políticos partidários nos canais de prestação eventual de serviços disponíveis nas operadoras de TV a cabo, respondeu negativamente, nos seguintes termos: “Examinando-se a questão verificar-se que os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens (televisão normal) bem como os serviços de telecomunicações (TV a cabo) são, como se vê com uma clareza solar nos incisos XI e XII, alínea “a” do artigo 21 da Carta Magna (...) serviços públicos que, mediante autorização, concessão ou permissão, a União possibilita sejam explorados por particulares, o que, observe-se, não lhes retira a natureza pública. Pode-se argumentar que os serviços de tv a cabo não se enquadram na espécie dos serviços de radiodifusão, ao qual pertencem as transmissões normais de televisão. A assertiva é verdadeira. Em termos de legislação constitucional e infraconstitucional e da normativa do serviço, embora públicos, distinguem-se telecomunicação e radiodifusão. Enquanto os de TV convencional são abertos a todo cidadão do povo (...); os serviços de TV a cabo são, ao contrário, restritos a um ciclo limitado de usuários mediante assinatura e pagamento de taxas. (...). Impende observar que a Carta de 88 (...) tem por princípio objetivo assegurar o exercício da cidadania, e, assim, o pluralismo político. À democracia cumpre manter a normalidade das eleições, garantindo aos candidatos perfeita isonomia (...) Deve-se considerar o objetivo do disciplinamento, a fim de que, como evidente, não se revele um instrumento condutor ou monopolizador de opiniões. Se permitido fosse à TV a cabo veicular matéria eleitoral paga, estar-se-ia, sem dúvida alguma, diante de uma desigualdade dos meios (TV a cabo e TV convencional) que, embora diferentes, acabam por, aos olhos do espectador, ser absolutamente iguais. (...) Com efeito, há de se observar na propaganda eleitoral o princípio da igualdade absoluta (...) igualando-se as fortunas e impedindo-se seja um meio qualquer – de radiodifusão ou telecomunicação – transformado em elemento de batalha eleitoral (...) [O] entendimento no sentido de ser

e o horário de propaganda eleitoral. A propaganda partidária tem como objetivo principal difundir os programas partidários e a posição do partido em relação a temas político-comunitários (art. 45, LP)<sup>566</sup>. Ela é veiculada de forma permanente, sendo vedada apenas no 2º semestre dos anos eleitorais (art. 36, § 2º, LE). Nesse caso, o tempo de tv e rádio é distribuído de forma equitativa entre todos os partidos com funcionamento parlamentar<sup>567</sup>.

Já a propaganda eleitoral, objeto de extensa regulação na Lei 9.504/1997<sup>568</sup>, é veiculada durante 45 dias anteriores à antevéspera do pleito. Seu objetivo, como visto, é a divulgação das candidaturas. A propaganda gratuita no rádio e na tv se dá por meio de dois formatos: (i) em rede ou bloco, com exibição simultânea em todos os canais (formato mais tradicional), e (ii) em *spots*, com inserções diárias nos moldes da propaganda comercial, durante os intervalos da programação normal das emissoras (formato mais eficaz, já que surpreende o eleitor, que não tem tempo para mudar de canal)<sup>569</sup>.

De acordo com a Lei das Eleições, o tempo de antena no formato de bloco, de 100 minutos diários, é dividido entre todas as agremiações partidárias e coligações conforme sua representatividade na Câmara dos Deputados<sup>570-571</sup>. Na redação original do artigo 47, § 2º desta lei, do tempo total reservado à propaganda gratuita no 1º turno, 1/3 era distribuído igualmente entre todos os partidos com candidatos à disputa, e os outros 2/3 eram distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados<sup>572</sup>. A

---

vedada a veiculação de propaganda paga nas emissoras por assinatura coaduna com a orientação contida nas normas que regem as eleições, no que se refere a garantir na propaganda eleitoral o princípio da igualdade absoluta” (Res. TSE 19.714, de 05.09.1996).

<sup>566</sup> Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade: I - difundir os programas partidários; II - transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com este relacionados e das atividades congressuais do partido; III - divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários; e IV - promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento) (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

<sup>567</sup> Nos termos de decisão do TSE, tem funcionamento parlamentar, “o partido com registro definitivo de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral que tenha concorrido ou venha a concorrer às eleições gerais para a Câmara dos Deputados, elegendo, em duas eleições consecutivas, representantes em, no mínimo, cinco estados, obtendo, ainda, um por cento dos votos apurados no País, não computados os brancos e os nulos”. TSE, REspe nº 21.329/2003.

<sup>568</sup> Cfr. Lei das Eleições, arts. 47 – 57.

<sup>569</sup> FILHO, Carlos Neves. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Op. cit. p. 77.

<sup>570</sup> A distribuição do tempo pelos partidos aos seus próprios candidatos tem sido entendida como questão interna corporis, cf. TSE, Ac. MS 2228, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27.09.1994.t

<sup>571</sup> Em todo caso, havendo 2º turno, o tempo diário reservado ao programa eleitoral em bloco e às inserções passa a ser dividido igualmente entre os candidatos concorrentes, iniciando-se após 48 horas da proclamação dos resultados do 1º turno e encerrando-se na antevéspera da votação (art. 49, LE).

<sup>572</sup> Lei das Eleições, art. 47, § 2º (redação original): Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e

mesma distribuição aplicava-se aos *spots* de até 60 segundos, exibidos por 30 minutos diários (arts. 51, I, III e IV e 57, LE). Tais critérios de divisão do tempo foram impugnados perante o Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que violavam a isonomia. No julgamento conjunto das ADIs 4430 e 4795, o STF reconheceu, porém, a constitucionalidade da distribuição do horário de propaganda conforme a representatividade do partido na Câmara dos Deputados. Para os Ministros, o critério adotado para a diferenciação é legítimo, pois espelha a essência do sistema proporcional e as diferentes legitimidades políticas das agremiações partidárias, sem, contudo, desprezar a necessidade de reservar espaço às minorias<sup>573</sup>.

Mais recentemente, porém, a Lei nº 12.875/2013 conferiu nova redação ao artigo 47, §2º, da Lei das Eleições, de modo a reduzir o tempo mínimo a ser dividido igualmente entre os partidos de 1/3 para 1/9<sup>574</sup>. No atual quadro partidário, estima-se que a aplicação da nova fórmula conferiria aos partidos sem representação na Câmara apenas cerca de 5 segundos para veicularem propaganda de seus candidatos a deputado federal<sup>575</sup>. Tais agremiações teriam, assim, a sua visibilidade frente ao eleitorado sensivelmente limitada, quase ao ponto do esvaziamento. Não é difícil perceber que o horário eleitoral gratuito deixa de cumprir sua função quando impõe uma distribuição extremamente assimétrica do tempo (como parecer ser o caso em questão). Nessa hipótese, ao invés de garantir a igualdade de oportunidades entre as

---

representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios: I - um terço, igualmente; II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

<sup>573</sup> STF, **ADI 4430 e 4795**, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 29.06.2012. Veja-se o seguinte trecho da ementa: “Possibilidade constitucional de discriminação entre partidos com e sem representação na Câmara dos Deputados. Constitucionalidade da divisão do tempo de rádio e de televisão proporcionalmente à representatividade dos partidos na Câmara Federal. (...) Não há igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Casa do Povo. Embora iguais no plano da legalidade, não são iguais quanto à legitimidade política. Os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, em consonância com o princípio da democracia e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias e pondo em situação de privilégio não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. O critério de divisão adotado – proporcionalidade à representação eleita para a Câmara dos Deputados – adéqua-se à finalidade colimada de divisão proporcional e tem respaldo na própria Constituição Federal, que faz a distinção entre os partidos com e sem representação no Congresso Nacional, concedendo certas prerrogativas, exclusivamente, às agremiações que gozam de representatividade nacional (...)”.

<sup>574</sup> “Art. 47 (...) § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: I - 2/3 (dois terços) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram; II - do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualmente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram” (NR).

<sup>575</sup> Cf. TSE, Consulta n. **847-42.2013.6.00.0000**, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, j. 27.05.2014.

diferentes correntes políticas, o acesso às mídias atua no sentido de congelar o quadro partidário, em prejuízo de partidos pequenos ou novos<sup>576</sup>. A nova regra foi impugnada perante o STF na ADI 5.159, ainda pendente de julgamento<sup>577</sup>.

Além dos constrangimentos relativos ao tempo, a Lei das Eleições impõe diversas restrições às técnicas empregadas e ao conteúdo da propaganda eleitoral gratuita<sup>578</sup>. Nas propagandas por *spots*, por exemplo, até as eleições de 2014, era proibida “a utilização de gravações externas, montagens ou trucagens, computação gráfica, desenhos animados e efeitos especiais”, permitindo-se apenas a transmissão de imagens gravadas dentro de estúdio (art. 51, IV, LE)<sup>579-580</sup>. A polêmica vedação fundamenta-se na ideia de que o uso de gravações externas e pirotecnias desviaria o foco propositivo dos programas eleitorais e permitiria que os cidadãos fossem manipulados. A medida veicula, porém, uma indevida restrição à liberdade de expressão dos competidores. Não há disputa sobre o fato de que o horário eleitoral gratuito deve se voltar à discussão programática, em torno de ideias e propostas. No entanto, não é razoável inferir que cenas externas e recursos audiovisuais serviriam apenas para ludibriar o eleitor. Afinal, nada mais eficaz para fundamentar a crítica veiculada (por exemplo, do mau funcionamento de um hospital) do que a comprovação das afirmações por imagens<sup>581</sup>.

<sup>576</sup> Não há disputa sobre o fato de que o quadro partidário brasileiro é excessivamente pulverizado. Porém, a adoção de regras que inviabilizem, indiretamente, o funcionamento das pequenas legendas ou as obrigue a fazer coligações, não parece constituir solução adequada para o problema.

<sup>577</sup> STF, ADI 5159, Rel. Min. Cármen Lúcia.

<sup>578</sup> Lei das Eleições, Art. 53. Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos. § 1º É vedada a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sujeitando-se o partido ou coligação infratores à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte. § 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a requerimento de partido, coligação ou candidato, a Justiça Eleitoral impedirá a reapresentação de propaganda ofensiva à honra de candidato, à moral e aos bons costumes.

Art. 55. Na propaganda eleitoral no horário gratuito, são aplicáveis ao partido, coligação ou candidato as vedações indicadas nos incisos I e II do art. 45.

Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: I - transmitir, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados; II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

<sup>579</sup> Lei das Eleições Art. 51. (...) IV - na veiculação das inserções é vedada a utilização de gravações externas, montagens ou trucagens, computação gráfica, desenhos animados e efeitos especiais, e a veiculação de mensagens que possam degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação. (Redação original)

<sup>580</sup> A Lei nº 12.891/2013 excluiu, em boa hora, tais vedações, permitindo montagens externas e demais recursos técnicos, com vigência a partir das eleições de 2016, cf: Art. 51. (...) IV - na veiculação das inserções, é vedada a divulgação de mensagens que possam degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação, aplicando-se-lhes, ainda, todas as demais regras aplicadas ao horário de propaganda eleitoral, previstas no art. 47. (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

<sup>581</sup> FILHO, Carlos Neves. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Op. cit. p. 84.

Portanto, impedir que os candidatos e partidos façam uso de técnicas e recursos capazes de adequar os programas à linguagem televisiva e de atrair a atenção do eleitorado – já tão escassa durante os horários eleitorais –, a pretexto de tutelar o cidadão, constitui uma grave violação à liberdade de expressão.

Não foi este, porém, o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Dispositivo idêntico, contido na Lei nº 8.713/1993, editada para regular a eleição de 1994, foi impugnado perante o STF na ADI 956, mas, por maioria, foi julgado constitucional<sup>582</sup>. Apenas o Ministro Marco Aurélio, em voto vencido, entendeu que a vedação às gravações externas, montagens e trucagens atingia indevidamente a liberdade de expressão, sem promover em contrapartida verdadeiro benefício à paridade de armas. Para Marco Aurélio, a restrição impede “*a possibilidade de um certo partido, um certo candidato, produzir programa que revele, até mesmo, a realidade nacional, os grandes contrastes no campo social que temos no Brasil, alfim, as desigualdades existentes*”, não se podendo afirmar que o dispositivo tem como objetivo “*a preservação do equilíbrio da disputa no certame eleitoral, visto que qualquer dos que se apresentem poderá lançar mão quer de gravações externas, quer de montagens e trucagens*”.

Além da vedação a gravações externas, o TSE, na já comentada decisão que restringiu o horário eleitoral gratuito ao debate propositivo e programático às vésperas do 2º turno da eleição de 2014, fixou duas outras restrições ao conteúdo dos programas<sup>583</sup>. Proibiu a exibição de reportagens de revistas e jornais, assim como a apresentação de entrevistas de terceiros em apoio a críticas ou propostas feitas pelos candidatos. Parece evidente, porém, que mais uma vez instituiu-se uma restrição indevida às liberdades expressivas dos candidatos e partidos, já que estes ficam impedidos de fundamentar com fatos ou declarações de pessoas envolvidas as afirmações e críticas formuladas. E isso a pretexto de proteger o eleitor contra a captação de declarações inautênticas ou inverídicas. Ou seja, proíbe-se o uso de um recurso legítimo de campanha (e também a liberdade de expressão) supostamente para coibir um possível abuso e para tutelar o cidadão, como se ele fosse incapaz de compreender e analisar as mensagens transmitidas. Nada mais contrário à Constituição.

---

<sup>582</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA. ARTIGO 76 DA LEI 8.713/93. ARTIGO 220 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O horário eleitoral gratuito não tem sede constitucional. Ele é a cada ano eleitoral uma criação do legislador ordinário, que tem autoridade para estabelecer os critérios de utilização dessa gratuidade, cujo objetivo maior é igualizar, por métodos ponderados, as oportunidades dos candidatos de maior ou menor expressão econômica no momento de expor ao eleitorado suas propostas. Ação direta julgada improcedente. (STF, **ADI 956**, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 01.07.1994)

<sup>583</sup> TSE, **Rp 1658**, Rel. Min. Admar Gonzaga, j. 16.10.2014.

Somados (i) o curtíssimo tempo de antena dos candidatos de partidos pequenos, em especial aqueles sem representação na Câmara dos Deputados, (ii) a proibição de emprego de recursos técnicos (como montagens e trucagens), (iii) a vedação à exibição de recortes de jornal e revista, e (iv) a vedação de entrevistas, não é difícil chegar à conclusão de que o horário gratuito de propaganda na tv aproxima-se cada vez mais da Lei Falcão. Como já se tem testemunhado, a propaganda eleitoral de boa parte dos candidatos acaba se limitando à exibição do currículo, número de registro, legenda, imagem do candidato, e, quando muito, de algum *slogan* vazio. Longe de cumprir os objetivos de despertar a atenção do eleitorado, aumentar do potencial informativo das campanhas e garantir maior paridade de armas na disputa, o horário gratuito, nesses moldes, produz apenas “tédio”<sup>584</sup>.

### 8.1.2 Cobertura nas campanhas

A programação normal e o noticiário das emissoras de rádio e televisão também sofrem limitações durante os períodos eleitorais. Nos termos do artigo 45 da Lei 9.504/1997 são vedadas: (i) a transmissão de imagens de consulta popular ou pesquisa em que seja possível identificar o entrevistado (inc. I); (ii) o uso de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio que degrade ou ridicularize candidato, partido ou coligação (inc. II), (iii) a veiculação de propaganda política ou a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes (inc. III), (iv) a concessão de tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação (inc. IV); (v) a veiculação de filme, novela, minissérie ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato, mesmo que dissimuladamente (inc. V); e (vi) a transmissão de programa cujo nome seja coincidente com o nome do candidato (ainda quando o programa for preexistente) ou que tenha o candidato como apresentador ou comentarista (inc. VI c/c § 1º).

Conforme exposto no capítulo anterior, na ADI 4.451, o Supremo Tribunal Federal “liberou” o humor nas eleições, suspendendo a eficácia do inciso III do artigo 45 da Lei das

---

<sup>584</sup> Nesse cenário, a previsão do horário eleitoral gratuito acaba reforçando o *status quo*, ao invés de promover maior igualdade de oportunidades na disputa. Alguns estudos apontam, inclusive, que o tempo de propaganda na tv e no rádio tem um impacto decisivo no resultado das eleições, existindo forte associação entre o tempo obtido e a votação dos candidatos. A respeito, cf. BORBA, Felipe; FIGUEIREDO, Marcus. Quanto vale o voto da tv? In: **Revista Insight Inteligência**, jan. - mar., 2014.

Eleições<sup>585</sup>. Mas a ADI não se limitava às manifestações humorísticas. Ela também impugnou o inciso IV deste mesmo artigo 45, o qual vedava “a *veiculação de propaganda política ou a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes*” na programação das emissoras. No caso, a requerente alegou que tal norma produziria um efeito silenciador sobre as emissoras de rádio e televisão, que eram “*obrigadas a evitar a divulgação de temas políticos polêmicos*”.

No julgamento da medida cautelar, o STF suspendeu igualmente a eficácia da 2ª parte do dispositivo, por compreender que a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido e coligação constitui legítimo exercício da liberdade de expressão. Para o Ministro Ayres Britto, “o *dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos (...) não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística*”, apenas impedindo as “*emissoras de radio e televisão [de] encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo*”. A Corte entendeu que somente seria vedada a conduta de tvs e rádios quando a crítica ou matéria jornalística descambasse para a propaganda política, “*passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral*”. De fato, a regra eleitoral impugnada tinha o potencial de criar grave embaraço à atividade jornalística, impedindo a formulação de críticas, comentários e mesmo a divulgação de fatos negativos ocorridos. Nesse sentido argumentou o Ministro Cezar Peluso: “*suponhamos que, entre os candidatos à presidência da república, haja um, por exemplo, que coloque, no seu programa, que o governo e o ordenamento jurídico devem estabelecer restrições pesadas à imprensa. A imprensa não lhe pode fazer crítica?*”. O dispositivo representava, assim, evidente restrição às liberdades de expressão, informação e imprensa durante o processo político.

Nada obstante, não é fora de propósito ressaltar, como fez o STF, que o controle poderá ser exercido no caso de excesso, quando se comprovar que o meio de comunicação agiu com abuso de poder midiático, utilizando a sua programação de forma ostensiva para favorecer ou prejudicar um candidato<sup>586</sup>. Portanto, somente restará configurada a “propaganda

<sup>585</sup> STF, ADI 4.451 MC-Ref, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 02.09.2010.

<sup>586</sup> Sobre o tema, Sérgio Sérulo da Cunha e Roberto Amaral destacam justamente que “O legislador retoma sua preocupação em assegurar um mínimo de igualdade entre os candidatos na disputa eleitoral, pretendendo evitar ou simplesmente minimizar a manifestação das preferências e das ojerizas das empresas controladoras” (AMARAL, Roberto; CUNHA, Sergio Sérulo da. **Manual das Eleições**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 257-260). Igualmente, Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra apontam que “não podem os candidatos ser prejudicados por predileção de proprietário de veículos de comunicação, como já ocorreu em passado não muito distante. O objetivo da Lei Eleitoral não é impedir a liberdade de expressão, mas proibir partidarismo dos meios de comunicação. Assim, as restrições devem ser sabiamente sopesadas para impedir abusos. Não há impedimento algum de que rádio ou canal televisivo divulguem informações sobre irregularidade cometidas pelos candidatos ou ações penais que estejam sendo processadas, desde que lhe faculte direito de se pronunciar sobre elas.” (VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito**



eleitoral” vedada pela 1ª parte do inciso III, do artigo 45, quando a cobertura da mídia puder efetivamente afetar a igualdade de oportunidades na disputa. Em todo caso, deve-se ter a cautela de não criar um espaço muito estreito para a crítica, nem criar restrições desproporcionais à atividade das empresas de radiodifusão, de modo a violar a liberdade de crítica e embaraçar o exercício do jornalismo<sup>587</sup>. O caso das emissoras do Amapá ilustra muito bem essa preocupação.

Nas eleições de 2014, em razão de alegado favorecimento a determinada corrente política, o corregedor eleitoral do TRE-AP determinou a suspensão do sinal e da programação normal de todas as emissoras de rádio e TV do grupo Sistema Beija-Flor de Comunicação<sup>588</sup>. Impetrado mandado de segurança contra a decisão, permitiu-se que as emissoras voltassem ao ar, proibindo-lhes, contudo, de entrevistar, ouvir, debater, comentar ou mesmo citar o nome de qualquer candidato que disputasse a eleição no Amapá. O grupo então ajuizou a Reclamação 18.687, perante o STF, alegando afronta à autoridade da decisão proferida na ADPF 130, já que a decisão do TRE promoveria a censura de toda a cobertura eleitoral no Amapá. Em decisão monocrática, o Ministro Luís Roberto Barroso afastou a desproporcional restrição imposta ao grupo, ressaltando, porém, que as autoridades não deveriam descurar do seu dever de fiscalizar e de coibir direcionamentos indevidos<sup>589</sup>.

A atuação mais incisiva e rigorosa da Justiça Eleitoral estará certamente justificada quando as emissoras forem detidas por candidato ao pleito ou por pessoas a ele ligadas, caracterizando conflito de interesses na cobertura da campanha. Nessas situações, o controle mais estrito torna-se necessário para evitar interferências na liberdade de divulgação de informações, na paridade de armas entre os candidatos e na própria legitimidade do pleito. Em todo caso, porém, tal controle deverá observar o princípio da proporcionalidade, impedindo-se que, a pretexto de garantir a higidez do pleito, não se imponha excessiva restrição às liberdades de imprensa e informação.

---

**eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 216). No mesmo sentido, as seguintes decisões do TSE: **ARP 1169**, Rel. Min. Menezes Direito, j. 26.09.2009; **RP 1256**, Min. Ari Pargendler, 17.10.2006

<sup>587</sup> Sobre o tema, cf. TSE, **Rp 1000**, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.08.2006, assim ementado: “Propaganda eleitoral. Artigo 45, III e V, da Lei nº 9.504/97. Comentário em programa jornalístico. 1. Não malfez a disciplina da Lei nº 9.504/97 a opinião de comentarista político feito em programa jornalístico em tomo de notícia verdadeira alcançando determinado candidato, partido ou coligação. 2. A liberdade de imprensa é essencial ao estado democrático e a manifestação dos jornalistas sobre determinados fatos, comentando as notícias do dia, embora subordinada à liberdade de expressão e a comunicação ao princípio da reserva legal qualificada, não pode ser confundida com o disposto no art. 45, III, da Lei nº 9.504/97. 3. Agravo regimental desprovido.”

<sup>588</sup> Tribunal Regional Eleitoral do Amapá – TRE-AP, **Ação de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE 125.175**, Rel. Desembargados Carlos Tok, j. 28.08.2014.

<sup>589</sup> STF, **Rcl 18.687**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 09.10.2014.

## 8.2 Imprensa escrita e Eleições

A imprensa escrita se submete a uma regulação muito menos rígida do que aquela aplicável ao rádio e à televisão. Em primeiro lugar, nos termos da Constituição, a publicação de veículo impresso independe de prévia licença ou autorização (art. 220, § 6º, CRFB). Em segundo lugar, trata-se de meio de comunicação social com audiência e alcance muito inferiores em relação à radiodifusão. Em razão dessas características, entende-se que os jornais e revistas não se sujeitam ao regime de imparcialidade e isenção durante os pleitos, permitindo-se que adotem uma linha editorial favorável ou contrária a candidatos e partidos<sup>590</sup>. A ideia é que a maior diversidade de veículos de imprensa seria capaz de garantir o pluralismo informacional necessário às campanhas eleitorais, conferindo-se aos cidadãos plena liberdade para optarem pelos jornais ou revistas que preferirem<sup>591</sup>.

Como reflexo deste modelo regulatório de maior liberdade, a Lei das Eleições traz um único dispositivo sobre a propaganda eleitoral na imprensa. Nos termos do art. 43, em sua redação atual dada pela Lei nº 12.034/2009, “*são permitidas, até a antevéspera das eleições, a divulgação paga na imprensa escrita, e a reprodução na internet do jornal impresso, de até 10 anúncios de propaganda eleitoral, por veículo, em datas diversas, para cada candidato, no espaço máximo, por edição, de 1/8 de página de jornal padrão e de 1/4 de página de revista ou tabloide*”. Seu parágrafo § 1º dispõe, ainda, que deverá constar do anúncio o valor pago pela inserção.

Como se vê, ao contrário da propaganda no rádio e na tv, a propaganda na imprensa somente pode ser veiculada de forma onerosa. Isso, é claro, produz reflexos na garantia da igualdade de chances entre as diferentes opções políticas, já que os custos de veiculação de

---

<sup>590</sup> É pacífico no Tribunal Superior Eleitoral o reconhecimento da bipartição de regimes constitucionais aplicáveis aos meios de comunicação social. Confira-se: “I - Justiça Eleitoral: incompetência para impor restrições ou proibições à liberdade de informação e à opinião da imprensa escrita, salvo, unicamente, às relativas à publicidade paga e à garantia do direito de resposta: inadmissibilidade da aplicação analógica aos veículos impressos de comunicação do art. 53, § 29, da L. 9.504/97. II - A diversidade de regimes constitucionais aos quais submetidos, de um lado, a imprensa escrita - cuja atividade independe de licença ou autorização (CF, art. 220, § 6) e, de outro, o rádio e a televisão - sujeitos à concessão do poder público - se reflete na diferença marcante entre a série de restrições a que estão validamente submetidos os últimos, por força da legislação eleitoral, de modo a evitar-lhes a interferência nos pleitos, e a quase total liberdade dos veículos de comunicação escrita”. (TSE, Medida Cautelar - MC 1.241, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.10.2002).

<sup>591</sup> Cf. LANGE, Bernd-Peter; WARD, David (eds.). **The media and elections: a handbook and comparative study** Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates, 2004.

propaganda eleitoral nesses meios costumam ser bastante elevados e proibitivos para os candidatos menos abastados. Nesse sentido, a limitação do número de inserções por veículo (de 10 anúncios) foi introduzida pela minirreforma eleitoral de 2009 supostamente para reduzir os gastos de campanha e a influência do poder econômico<sup>592</sup>. Porém, como não há restrições em relação à quantidade de veículos impressos nos quais se pode contratar os espaços publicitários, a proibição é absolutamente inadequada para as finalidades a que se destina.

Fora as restrições à propaganda eleitoral paga, divulgada por partidos e candidatos, os veículos impressos possuem plena liberdade para se posicionarem politicamente durante as eleições. Por isso, o Tribunal Superior Eleitoral já assentou que “[n]ão caracterizará propaganda eleitoral a divulgação de opinião favorável a candidato, a partido político ou a coligação pela imprensa escrita, desde que não seja matéria paga”<sup>593</sup>. Pelos mesmos motivos, a jurisprudência eleitoral também admite que um candidato ou detentor de cargo eletivo possa manter sua coluna no jornal no período eleitoral, sem qualquer restrição<sup>594</sup>. Essa liberdade não impede, porém, que se constate o uso abusivo deste meio de comunicação. Nesse caso, também o TSE já assentou que “os abusos e os excessos, assim como as demais formas de uso indevido do meio de comunicação, serão apurados e punidos nos termos do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90”<sup>595</sup>.

Portanto, em relação ao controle da imprensa escrita, a Justiça Eleitoral tem somente três competências: (i) realizar o controle dos requisitos e limitações da propaganda paga, (ii) impor o direito de resposta, nos casos em que for veiculado conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica pela imprensa<sup>596</sup>, e

<sup>592</sup> AMARAL, Roberto; CUNHA, Sergio Sérvulo da. **Manual das Eleições**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 377.

<sup>593</sup> Cf. Resolução TSE nº 23.404/2014, Art. 27, § 4º.

<sup>594</sup> Cf. TSE, Consulta 1053, Min. Fernando Neves, de de 21.06.2004.

<sup>595</sup> **Id.** Cfr., ainda, Lei Complementar nº 64/90, “Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político (...) XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar”

<sup>596</sup> Cfr. Lei das Eleições, art. 58: Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou

(iii) apurar eventual abuso de poder econômico ou uso indevido dos meios de comunicação, com possibilidade de declaração de inelegibilidade e cassação do registro ou do diploma do candidato diretamente beneficiado<sup>597</sup>. Na prática, porém, verificam-se abusos, tanto na atuação da Justiça Eleitoral, quanto na cobertura jornalística dos veículos impressos.

O caso da cassação do mandato do Prefeito de Lavras Marcos Cherem é ilustrativo. Durante as eleições de 2012, o jornal “Tribuna de Lavras”, com mais de 45 anos de existência e linha editorial historicamente crítica a um grupo político local, publicou diversas matérias negativas relativas à então Prefeita de Lavras, Jussara Menicucci (que pertencia a esse grupo) e à administração municipal<sup>598</sup>. A Prefeita, que já estava em seu 2º mandato, esteve envolvida em diversos escândalos de corrupção, que foram amplamente noticiados pelo jornal.

Após a eleição, porém, o candidato Silas Pereira, que ficou em segundo lugar disputa e era apoiado pela ex-Prefeita, propôs ação de investigação judicial eleitoral, alegando que a cobertura das eleições pelo jornal teria caracterizado uso indevido dos meios de comunicação e que teria havido abuso de poder econômico, por parte do Prefeito eleito<sup>599</sup>. O TRE-MG, já em grau de recurso, julgou a ação improcedente, assentando, em primeiro lugar, que não havia qualquer prova de transferência de recursos de Marcos Cherem para o jornal e que os anúncios publicados por ele e sua família no “Tribunal de Lavras” respondiam por um pequeno percentual das receitas do veículo, que também havia veiculado anúncios do grupo rival, assim como publicidade institucional da Prefeitura Municipal. Em segundo lugar, o TRE concluiu que não houve uso abusivo das liberdades de expressão, informação e imprensa por parte do jornal. No acórdão, reconheceu-se que o semanário tinha por tradição assumir posições políticas de ferrenha crítica ao governo e, assim, os eleitores de Lavras “*sabiam de antemão que o jornal era de oposição e que as matérias nele veiculadas tinham tendência de criticar a Administração Municipal e seus candidatos*”.

Apesar dessas premissas fáticas, em julgamento do recurso especial interposto contra a decisão, o Tribunal Superior Eleitoral determinou a cassação do mandato e declarou Marcos

---

afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social. V., ainda, TSE, Ac. nº 105, de 15.9.98, rel. Min. Edson Vidigal.

<sup>597</sup> TSE, **MC 1.241**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.10.2002.

<sup>598</sup> Cf. Sustentação oral do advogado Eduardo Mendonça no julgamento do Respe 93.389, j. 05.02.2015.

<sup>599</sup> O processo se iniciou com a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 93.389/2013, proposta pela coligação “Unidos por Lavras”, que obteve em primeira instância a cassação do mandato de Marcos Cherem e de seu vice Aristides Filho.

Cherem e seu vice inelegíveis por oito anos<sup>600</sup>. A Ministra Luciana Lóssio, relatora do caso, considerou que o periódico dedicou-se, durante 6 meses, a desgastar a imagem da corrente política adversária, buscando “*crystalizar nos eleitores o sentimento de que o candidato Marcos Cherem seria o mais apto ao cargo de prefeito*”. Diferentemente do TRE-MG, que levou em conta apenas a tiragem de 2,5 mil exemplares da edição semanal do jornal, a Ministra relatora considerou o montante de 80 mil exemplares distribuídos, resultado do somatório de todas as edições publicadas no ano da eleição (o que não faz qualquer sentido, já que a publicação se destina a um mesmo universo de leitores). Como resultado, ao comparar o quantitativo de 80 mil exemplares com o eleitorado de cerca de 68 mil eleitores, a Ministra concluiu que as publicações do jornal “Tribunal de Lavras” de fato desequilibraram o pleito. Então, o segundo colocado na disputa, eleito com 10% de votos a menos, tomou posse como prefeito de Lavras.

Como se vê, a decisão representa clara violação à liberdade de imprensa do jornal, que não possui nenhum impedimento para adotar linha de oposição ferrenha e para veicular críticas ácidas a determinado grupo político, já que não há dever de neutralidade em relação à mídia impressa. Transportando-se o exemplo para o cenário nacional, seria como se fosse possível cassar o mandato da Presidente Dilma, porque a revista Carta Capital teceu duras críticas ao candidato da oposição, Aécio Neves. Alternativamente, caso Aécio Neves tivesse sido eleito, a decisão equivaleria a cassar o mandato do candidato, em razão de a revista Veja manter linha editorial manifestamente contrária ao governo<sup>601</sup>. Nada mais absurdo. Além de violar de forma patente a liberdade de imprensa de que esses veículos são titulares, a condenação nesse caso acaba violando a própria soberania popular, já que permite que a vontade da maioria da população manifestada nas urnas seja preterida, em razão de críticas realizadas pela imprensa.

### 8.3 Internet e eleições

A internet e as novas mídias em geral desempenham um papel cada vez mais importante durante as eleições. Websites, blogs, redes sociais, sites de compartilhamento de

<sup>600</sup> TSE, REspe MG, Rel. Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Data de Julgamento: 03/02/2015, Data de Publicação: DJE 27/02/2015; TSE, REspe nº 167 MG, Rel. Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Rel. Designado Min. Henrique Neves da Silva, Data de Julgamento: 04/09/2014, Data de Publicação: DJE 29/9/2014.

<sup>601</sup> O exemplo foi extraído da sustentação oral do advogado Eduardo Mendonça, perante o TSE.

vídeos e aplicativos para troca de mensagens, como o *Twitter*, o *Facebook*, o *Youtube* e o *Whatsapp*, transformaram-se em formidáveis plataformas de debate político, ampliando o intercâmbio de informações durante as campanhas. Tais ferramentas passam a ser amplamente utilizadas pelos cidadãos, que deixam de ser apenas consumidores das informações, para assumirem também a posição de produtores de conteúdo. São, ainda, largamente empregadas pelos candidatos e partidos, que se dão conta da crescente importância do contato virtual com os eleitores para a viabilidade de suas campanhas. Como destacou o Ministro Dias Toffoli, a internet passa a ser “*otemplo da liberdade comunicativa, seja por não ter regulação de conteúdo (...), seja por não ter concessionários que controlem seu conteúdo de modo oligopolizado ou monopolizado, seja pela liberdade que cada usuário detém para receber ou emitir suas produções artísticas, culturais ou educacionais*”.

As novas mídias constituem, assim, veículos de comunicação muito diferentes das mídias tradicionais. Elas são marcadas pela interatividade, pela descentralização, pelo funcionamento em tempo real, pela transposição de fronteiras territoriais, pela arquitetura flexível e aberta, e pelos baixos custos de acesso<sup>602</sup>. No mundo virtual, não há escassez de espaços de publicação, não há empresas concessionárias, nem há transmissão forçada das mensagens aos internautas. Todas essas características tornam os sistemas regulatórios aplicáveis às mídias tradicionais, em boa medida, inadequados para as redes<sup>603</sup>.

Do ponto de vista dos interesses em jogo no processo eleitoral, também existem diferenças significativas. Diante do espaço ilimitado e dos baixíssimos custos de publicação na internet, não se justifica a tutela da igualdade de oportunidades entre os candidatos e partidos nos mesmos moldes da radiodifusão. A manifestação de um candidato nas redes sociais não impede nem limita a manifestação de seus concorrentes, de modo que não há, em regra, justificativa para a restrição à liberdade de expressão em prol da paridade de armas. As novas mídias também oferecem aos candidatos a possibilidade de rebaterem instantaneamente eventuais críticas que sejam veiculadas, tornando o direito de resposta muitas vezes desnecessário.

No Brasil, porém, a regulação do uso da internet nas eleições reflete a falta de compreensão sobre a estrutura e o funcionamento da rede. Em verdade, até 2009, não havia lei que regulasse a matéria. A Lei das Eleições previa apenas que os custos de criação de sítios na internet eram gastos eleitorais (art. 26, XV) e conferia o mesmo tratamento legal dado às

---

<sup>602</sup> ACE Project, **The ACE Encyclopaedia: Media and Elections**. ACE Eletoral Knowledge Network, 2012. p. 32.

<sup>603</sup> Cf. Lei nº 12.965/2014, que instituiu o marco civil da internet no Brasil.

emissoras de tv e rádio e à imprensa, aos portais destes veículos na rede mundial de computadores (art. 45, § 3º). No vácuo legal, o Tribunal Superior Eleitoral passou a regulamentar a propaganda na internet por meio de resoluções. Porém, ao invés de garantir a plena liberdade de campanha, o TSE estabeleceu um regime hiper-restritivo, determinado que “*a propaganda eleitoral na internet somente será permitida na página do candidato destinada exclusivamente à campanha eleitoral*”<sup>604</sup>. Impedia-se, assim, que candidatos e partidos utilizassem as novas mídias em suas campanhas, reproduzindo-se de forma inadequada a regulação rígida aplicável aos demais meios de comunicação, em especial a tv e o rádio.

Somente com a edição da Lei 12.034/2009, passou a existir disciplina legal do uso da internet nas campanhas. No art. 57-A da Lei das Eleições, estendeu-se à internet a proibição de propaganda antecipada, somente permitindo a propaganda eleitoral após o dia 5 de julho. Como já se tratou no Capítulo 6, porém, a propaganda antecipada somente tem sentido para proteger a paridade de armas entre candidatos. Na internet, porém, a regra é o livre acesso de todos os internautas em condições de igualdade. Essa ideia veio a ser reconhecida pelo TSE em 2013, que, em importante virada jurisprudencial, decidiu que manifestações políticas veiculadas por meio do *Twitter* não caracterizam propaganda eleitoral antecipada, e, portanto, candidatos e partidos políticos poderão usar a rede social a qualquer tempo<sup>605-606</sup>. Em outras redes sociais, porém, a Justiça Eleitoral continua a entender pela possibilidade de propaganda antecipada.

Além da vedação à propaganda antecipada, no art. 57-B, a Lei das Eleições trouxe um rol ampliado de formas de propaganda permitidas na internet, passando a incluir a propaganda: (i) em sítio do candidato, do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral (inc. I e II); (ii) por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação (inc. III); e (iii) por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural (inc. IV).

---

<sup>604</sup> Cf. TSE, Res. 22.718/2008.

<sup>605</sup> TSE, Rpnº 7464/DF

<sup>606</sup> No caso, o Ministro Dias Toffoli, relator do processo, afirmou que vedar tais manifestações representaria uma afronta à liberdade de expressão, já que “*impedir a divulgação de um pensamento ou opinião, mesmo que de conteúdo eleitoral no período vedado pela legislação eleitoral, em uma rede social restrita como o Twitter é impedir que alguém converse com outrem*”. O Ministro Toffoli destacou, ainda, a impraticabilidade do controle dessas manifestações de milhões de pessoas pela Justiça Eleitoral, que não teria estrutura para intervir em todo caso de propaganda eleitoral antecipada.

Tal qual ocorre na televisão e no rádio, instituiu-se, ainda, vedação à veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet (art. 57-C, LE). Como já se viu, porém, a proibição de publicidade paga nas emissoras justificava-se igualmente para a garantia da paridade de armas entre os competidores. Todavia, em relação às novas mídias, a regra torna-se excessivamente restritiva da liberdade de expressão de candidatos e partidos, impedindo o uso mais eficaz da propaganda *on-line*. Veja-se um exemplo. Para aumentar seus lucros, o *facebook*, uma das redes sociais mais acessadas, resolveu recriar a escassez em sua plataforma, reduzindo o acesso às publicações<sup>607</sup>. Com isso, as postagens de um candidato ou de uma pessoa qualquer em suas páginas não se tornam visíveis imediatamente para todos os seus seguidores ou amigos, mas apenas para cerca de 1 em cada 20 deles. Para que todas as pessoas tenham acesso às publicações, deve-se pagar por isso (são os chamados “posts patrocinados”). Os valores para a publicidade são reduzidos (a partir de R\$ 20,00) e conferem uma visualização amplificada às publicações, alcançando um número muito maior de pessoas. Com a restrição da legislação eleitoral à propaganda paga na internet, os candidatos perdem, portanto, um modo barato e eficaz de transmitirem sua candidatura, programas e propostas para os eleitores.

A Lei das Eleições também assegurou na internet o direito de resposta nos mesmos moldes dos veículos de comunicação social tradicionais (art. 57-D)<sup>608</sup>. Exige-se, por exemplo, que a resposta seja feita em igual tamanho e horário (art. 58, LE)<sup>609</sup>. Isso, é claro, faz pouco sentido na internet, já que a possibilidade de pronta réplica é parte da lógica de funcionamento dessa mídia<sup>610</sup>. Nas eleições de 2014, por exemplo, uma candidata ao senado obteve direito de

<sup>607</sup> HARTMANN, Ivar A. Política Patrocinada. O Estado de S. Paulo. São Paulo, 4 ago. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/conexao-eleitoral/politica-patrocinada/>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>608</sup> Cf. Art. 57-D. É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores - internet, assegurado o direito de resposta, nos termos das alíneas a, b e c do inciso IV do § 3o do art. 58 e do 58-A, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica.

<sup>609</sup> Cfr: Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social. (...)

§ 3º Observar-se-ão, ainda, as seguintes regras no caso de pedido de resposta relativo a ofensa veiculada: (...)

IV - em propaganda eleitoral na internet: (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

a) deferido o pedido, a divulgação da resposta dar-se-á no mesmo veículo, espaço, local, horário, página eletrônica, tamanho, caracteres e outros elementos de realce usados na ofensa, em até quarenta e oito horas após a entrega da mídia física com a resposta do ofendido;

b) a resposta ficará disponível para acesso pelos usuários do serviço de internet por tempo não inferior ao dobro em que esteve disponível a mensagem considerada ofensiva

c) os custos de veiculação da resposta correrão por conta do responsável pela propaganda original.

<sup>610</sup> MAGRANI, Eduardo. Eleições do Spam. O Estado de S. Paulo. São Paulo, 5 ago. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/conexao-eleitoral/eleicoes-do-spam/>>. Acesso em: 20 jul. 2015.



resposta no *Facebook*, em razão, não de alguma postagem, mas de um mero compartilhamento de notícia contrária a ela pelo seu oponente<sup>611</sup>.

A nova regulamentação não serviu, porém, para impedir a censura e as restrições indevidas à liberdade de expressão nas novas mídias. A Lei 9.504/1997 conferiu, em verdade, diversos instrumentos para a censura de manifestações espontâneas nas redes sociais. O art. 57-I, por exemplo, prevê que “*a requerimento de candidato, partido ou coligação (...) a Justiça Eleitoral poderá determinar a suspensão, por vinte e quatro horas, do acesso a todo conteúdo informativo dos sítios da internet que deixarem de cumprir as disposições desta Lei*”, com a possibilidade de duplicar o período de suspensão a cada reiteração de conduta.

Como resultado, a *internet* tem sido o alvo preferencial de processos judiciais durante os pleitos. Decisões judiciais determinam a remoção de *posts*, notícias, fotomontagens e vídeos, a veiculação de respostas e até determinam a edição dos textos publicados ou a alteração dos títulos de matérias<sup>612</sup>. Em caso emblemático, o diretor-geral do Google no Brasil teve contra si ordem de prisão e chegou a ser detido durante as eleições de 2012<sup>613</sup>. Isso em razão do descumprimento de determinação do TRE de Mato Grosso do Sul para que o Google retirasse vídeo do Youtube que veiculava críticas a candidato à disputa para a Prefeitura de Campo Grande.

Atualmente, o maior problema é que a Justiça Eleitoral continua entendendo que manifestações críticas de cidadãos, jornalistas e blogueiros na rede podem constituir propaganda eleitoral, quando se voltarem contra a imagem e a reputação de candidatos e partidos. O resultado disso é uma enxurrada de processos de políticos e candidatos descontentes com as críticas veiculadas, que ensejam a remoção dos conteúdos, multas e, em casos extremos, até condenações criminais. Para os cidadãos comuns, esse entendimento é especialmente pernicioso. Na maioria dos casos, estes não dispõem de fundos para contratar advogados, nem lucram com as manifestações na rede<sup>614</sup>. Assim, as decisões da Justiça Eleitoral exercem um poderoso efeito silenciador de seu discurso, levando-os a não publicar manifestações políticas, com medo da responsabilização. A violação à liberdade de expressão é patente. E mais, a impraticabilidade do controle da Justiça Eleitoral sobre todas as

---

<sup>611</sup> TRE-MS, REPRESENTAÇÃO nº 90138, Acórdão nº 8439 de 11/09/2014, Rel. Emerson Cafure, j. 11.09.2014.

<sup>612</sup> TRE-BA, **Rp 7630**, Rel. Juíza Eleitoral Maria Fátima Monteiro Vilas Boas, j. 01.09.2012.

<sup>613</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-27/chefe-google-brasil-detido-desobedecer-juiz-solto-seguida>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>614</sup> HARTMANN, Ivar A. A lei eleitoral e a liberdade de expressão na internet. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 7 out. 2012. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/a-lei-eleitoral-e-a-liberdade-de-expressao-na-internet/>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

manifestações na internet faz com que a atuação mais rígida nos casos que chegam à Justiça Eleitoral produza uma violação à paridade de armas entre os candidatos. O controle e a punição são impostos de forma necessariamente seletiva, beneficiando os candidatos e partidos que ingressam com mais ações judiciais.

Em 2013, como forma de conter o enorme volume de processos no período eleitoral para discutir o uso das redes sociais, a Lei 12.891/2013 introduziu o inciso V no art. 36-A na Lei das Eleições, que dispõe que “*a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais*”. Em razão do princípio da anualidade, essa nova regra não se aplicou ao pleito de 2014. No entanto, a norma veio em boa hora, assegurando que as opiniões críticas dos eleitores não sejam erroneamente qualificadas como propaganda eleitoral negativa, em consonância com a liberdade de expressão e a própria democracia.

## 9 O DINHEIRO E AS CAMPANHAS ELEITORAIS

A relação entre dinheiro e eleições é bastante intrincada. De um lado, recursos financeiros são essenciais para viabilizar as campanhas eleitorais. A propaganda, os atos de campanha e boa parte das atividades de proselitismo eleitoral envolvem o dispêndio de recursos. Nesse sentido, o dinheiro possui uma dimensão instrumental diretamente ligada à liberdade de expressão, servindo para a produção e para a divulgação do discurso. De outro lado, porém, o dinheiro tem a possibilidade de afetar negativamente o processo eleitoral democrático. Isto pode se dar por diversas formas: pela compra de votos; pelo acesso desigual a recursos pelos diferentes candidatos e partidos, em violação à paridade de armas; pela influência indevida do poder econômico sobre os resultados do pleito; pelo abuso de recursos estatais por competidores que detenham cargos públicos; pelo fluxo de fundos ilícitos (“caixa 2”); entre muitas outras<sup>615</sup>.

Para enfrentar o uso abusivo dos recursos financeiros no âmbito eleitoral, todos os países democráticos adotam alguma regulação direcionada a limitar o papel do dinheiro nas eleições – ainda que as formas de regulação variem de forma significativa entre eles<sup>616</sup>. As principais opções regulatórias são: (i) a vedação de doações por parte de algumas entidades (*i.e.*, entidades estrangeiras, empresas, empresas com contratos com o governo, sindicatos, entidades públicas); (ii) a imposição de limites a doações a candidatos e partidos; (iii) a concessão de recursos públicos, em acréscimo aos recursos privados; (iv) a vedação a determinados gastos (*i.e.*, gastos com compra de votos, compra de espaço publicitário na televisão); (v) a limitação de gastos de candidatos e partidos; (vi) a limitação de gastos eleitorais independentes por terceiros, como pessoas e associações; e (vii) a exigência de prestação de contas sobre os recursos arrecadados e gastos<sup>617</sup>.

Nesse tema, o Brasil não é, ao menos à primeira vista, um ponto fora da curva. Há, na legislação eleitoral, diversas regras supostamente destinadas a afastar do processo político a indevida influência do poder econômico. Elas decorrem, inclusive, de um comando constitucional expreso. A Constituição, ao definir os princípios que devem guiar a legislação

---

<sup>615</sup> Cfr. FALGUERA, Elin; JONES, Samuel; OHMAN, Magnus. **Funding of Political Parties and Election Campaigns**. A handbook on political finance. IDEA - International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2014. p. 21.

<sup>616</sup> **Ibid.** p. 21.

<sup>617</sup> **Ibid.** p. 21-30.

infraconstitucional eleitoral, aponta a necessidade de proteger-se “*a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico*” (art. 14, § 9º). Na prática, porém, o modelo de financiamento eleitoral vigente no Brasil tem atuado justamente na contramão do que postula a Constituição. Como se verá ao longo deste capítulo, a regulação adotada tem potencializado todos os males que buscava combater. Não por outro motivo, a questão da influência do dinheiro nas eleições tem ganhado crescente importância no debate público nacional, impulsionada, ainda, pelos cada vez mais frequentes escândalos de corrupção ligados ao financiamento das campanhas. A insatisfação generalizada dos cidadãos com a política é, assim, muito vinculada à percepção de que o dinheiro – e não o voto – tem sido o protagonista nas campanhas eleitorais.

Em linha com a relevância da questão, pretendo, neste último capítulo, explorar as regras sobre os gastos eleitorais e sobre as doações aos candidatos e aos partidos políticos. No entanto, de forma coerente com os propósitos deste trabalho, esses dois tópicos serão analisados a partir de uma ótica incomum na doutrina nacional: a ótica da liberdade de expressão. Meus objetivos serão, assim, avaliar os efeitos de tais regulações sobre o discurso político-eleitoral, e analisar se tais regulações são constitucionalmente legítimas, à luz da liberdade de expressão e também dos demais princípios constitucionais eleitorais.

## 9.1 Dinheiro é discurso?

“Dinheiro é discurso?” Esta pergunta é a chave para compreender as relações entre a regulação dos gastos e das doações em campanha e a liberdade de expressão. Por isso, antes de ingressar na análise das regras eleitorais sobre financiamento de campanhas propriamente ditas, tentarei respondê-la parcialmente, buscando apontar possíveis interações entre a utilização de recursos financeiros e a livre expressão política.

No campo da regulação do financiamento de campanhas, há duas posições extremadas sobre a questão. De um lado, há quem equipare dinheiro a discurso: “Money talks”, dizem seus defensores<sup>618</sup>. Segundo essa concepção, as doações e gastos eleitorais consistem em atividades essencialmente protegidas pela liberdade de expressão. As contribuições de campanha seriam um meio pelo qual doadores manifestariam suas opiniões políticas e seu

---

<sup>618</sup> SMITH, Bradley A. Money Talks: Speech, Corruption, Equality, and Campaign Finance. **Georgetown Law Journal**. v. 86, n. 45, 1997.

apoio a determinado candidato, partido ou ideia. Já os dispêndios seriam um instrumento para que candidatos e partidos pudessem difundir suas mensagens ao eleitorado. Nesse caso, toda regulação do financiamento eleitoral representaria uma limitação ilegítima à liberdade de expressão.

De outro lado, há quem defenda simplesmente que dinheiro não é discurso. James Skelly Wright, notável juiz federal norte-americano, afirmou que limites a contribuições e gastos em campanhas eleitorais não restringem a liberdade de expressão, mas apenas o direito de propriedade (a liberdade econômica dos financiadores), tendo efeitos apenas incidentes sobre o discurso<sup>619</sup>. Para ele, o dinheiro seria meramente um veículo para a expressão política, e não expressão em si.No mesmo sentido, a afirmação do Justice Stevens, da Suprema Corte dos Estados Unidos, de que “*dinheiro é propriedade, não é expressão*”, proferida em opinião dissidente no caso *Nixon v. Shrink Mo. Gov’t PAC*<sup>620</sup>. Segundo essa corrente, dizer que uma pessoa não pode usar seu dinheiro para cobrir os custos de campanha de um determinado candidato levantaria questões que não são relacionadas à expressão, mas apenas à liberdade econômica dessa pessoa de usar seu dinheiro como lhe aprouver.

Sem dúvida, o caminho mais fácil para defender a legitimidade de leis que regulam o financiamento eleitoral seria dizer que dinheiro *nunca* tem a ver com discurso. Nesse caso, a questão da liberdade de expressão sequer se colocaria no âmbito do financiamento de campanhas eleitorais. O argumento é sedutor, mas falho, por desconsiderar aspectos importantes da equação dinheiro-discurso. Problemas conexos à proteção da liberdade de expressão podem surgir a partir da regulação do financiamento eleitoral precisamente porque dinheiro e discurso se relacionam de algumas maneiras.

Em primeiro lugar e de forma mais óbvia, o dinheiro é usado para *incentivar* ou *viabilizar* o discurso<sup>621</sup>. Nessa perspectiva, apesar de o dinheiro não *ser* expressivo de nenhuma ideia em particular, ele é instrumental para a produção, divulgação e disseminação das ideias (*dimensão instrumental*). Se o governo pretendesse limitar a quantidade de gastos que um jornal pode efetuar com a compra de papel ou de tinta, não se teria dúvida em afirmar que esta regulação produziria uma restrição às liberdades de expressão, informação e

<sup>619</sup>WRIGHT, J Skelly. Money and the Pollution of Politics: Is the First Amendment an Obstacle to Political Equality. *Columbia Law Review*, v. 82, n. 4, p. 609-645, 1982.

<sup>620</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Nixon v. Shrink Mo. Gov’t PAC**, 528 U.S. 377, 398 (2000). No original: “Money is property; it is not speech.”

<sup>621</sup>HELLMAN, Deborah. Money Talks but It Isn’t Speech. *Minnesota. Law Review*, v. 95, p. 953, 2010; SMITH, Bradley A. Money talks: Speech, corruption, equality, and campaign finance. **Op. cit.**; BEVIER, Lillian R. Money and Politics: A Perspective on the First Amendment and Campaign Finance Reform. *California Law Review*, p. 1045-1090, 1985; EUA, Suprema Corte, Caso **Buckley v. Valeo**, 424 U.S. 1 (1976).

imprensa. De modo semelhante, caso uma lei definisse que os partidos de oposição somente podem dispendir em campanhas metade dos recursos que dispendem os partidos da situação, a medida afetaria indubitavelmente a comunicação política daqueles partidos.

Contudo, o fato de que o uso do dinheiro é capaz de facilitar a comunicação, não significa que ele estará isento de qualquer regulação ou que haja um direito ilimitado à arrecadação e ao uso de recursos, sobretudo nas campanhas eleitorais<sup>622</sup>. Ninguém ousaria argumentar, por exemplo, que a cobrança do imposto de renda viola a liberdade de expressão das pessoas e empresas, na medida em que reduz sua disponibilidade financeira para que possam se expressar ou acessar informação. Em verdade, o dinheiro viabiliza o exercício de muitos direitos fundamentais, mas isso não torna a possibilidade de gastar ou arrecadar dinheiro juridicamente limitada<sup>623</sup>. Os cidadãos tem o direito de votar, mas não lhes é lícito vender ou comprar votos, por exemplo.

Já em uma segunda relação, o ato de dar ou de gastar dinheiro pode ser, em si, um discurso, *i.e.*, uma forma usada pelo agente para manifestar seus próprios interesses, convicções e preferências (*dimensão expressiva ou comunicativa*). Nesse caso, o uso do dinheiro constituiria uma “conduta expressiva”, tal qual a profanação da bandeira ou a realização de uma passeata. Como se mencionou na Parte I deste trabalho, um dos elementos essenciais para que condutas sejam expressivas é que a sua prática se dê com a clara finalidade de transmissão de uma mensagem. Nesse sentido, Eric Barendt definiu as condutas expressivas ou simbólicas como aquelas formas de conduta praticadas “*com a intenção pelos atores de comunicar opiniões e assim compreendidas pelos demais*”<sup>624</sup>. Assim, o ato de passar um cheque em uma transação comercial não tem nenhuma significação expressiva. No entanto, escrever um cheque para doação em um evento de caridade pode representar uma “expressão simbólica de apoio” do doador.

No contexto do financiamento de campanhas eleitorais, como se verá adiante, nem sempre as contribuições financeiras de atores privados são veiculadas como uma conduta simbólica, destinada a expressar seus posicionamentos políticos. A experiência demonstra que, muitas vezes, as doações de campanha objetivam influenciar, de forma indevida, os candidatos e partidos políticos, que dependem de grandes contribuições para sua eleição. Todavia, ainda quando o ato de dar dinheiro não for capaz de comunicar preferências de seus

---

<sup>622</sup>SMITH, Bradley A. **Unfree Speech**: the folly of campaign finance reform. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 114-115.

<sup>623</sup>HELLMAN, Deborah. Money Talks but It Isn't Speech. **Op. cit.**

<sup>624</sup>BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 88-89.

doadores (*dimensão expressiva*), o dinheiro servirá como instrumento para a produção e divulgação do discurso dos candidatos e partidos políticos (*dimensão instrumental*)<sup>625</sup>.

Portanto, não ignoro que o ato de *dar* ou *gastar* dinheiro pode, eventualmente, expressar preferências e posições políticas daqueles que assim procedem. Tampouco suponho que o dinheiro não contribua, de nenhuma forma, para a ampla divulgação de ideias e de pontos de vista durante as campanhas eleitorais. Porém, entendo que ambas as conexões entre dinheiro e discurso não são suficientes para que se diga que restrições ao uso do dinheiro nas eleições devem ser tratadas como restrições à liberdade de expressão ou para afastar de plano a regulação do financiamento de campanhas<sup>626</sup>. Desse modo, a questão que se coloca não é se o dinheiro tem relação com a liberdade de expressão, mas *se, quando e em que condições* a regulação do dinheiro nas campanhas restringe de forma ilegítima a liberdade de expressão. Esse ponto será analisado nos itens a seguir. A conclusão a que chegarei é que nem sempre o dispêndio de recursos em eleições estará contido no âmbito de proteção ou terá o condão de restringir a liberdade de expressão. No caso da regulação das campanhas brasileiras, ao contrário, pretendo demonstrar que a imposição de tetos de gastos aos candidatos e partidos, e o estabelecimento de tetos de doações podem inclusive ser benéficas à livre circulação de ideias e informações político-eleitorais.

## 9.2 A regulação dos gastos em campanha e a liberdade de expressão

O estabelecimento de limites absolutos de gastos para os diferentes cargos em disputa é uma das principais formas de garantir a igualdade de oportunidades entre os candidatos e partidos, evitando que o dinheiro tenha papel decisivo nos resultados eleitorais e, assim, favorecendo a legitimidade do pleito<sup>627</sup>. Na medida em que se restringe a capacidade de

---

<sup>625</sup> Nesse sentido, argumenta Owen Fiss que: “o ato de gastar dinheiro é uma atividade tão expressiva quanto realizar uma passeata, e um método de promover valores políticos tão importantes quanto ler um livro. Pessoas às vezes dão dinheiro a candidatos ou gastam dinheiro em favor de uma causa como um meio de comunicar alguma coisa sobre si mesmas ou sobre suas crenças. Mas mesmo quando gastos em política são puramente instrumentais, eles podem ainda ter um apelo à Primeira Emenda. Os instrumentos necessários para tornar a mensagem do agente discursivo efetiva e para levar suas ideias ao público são protegidos pela Primeira Emenda, embora talvez de forma não tão intensa como o próprio discurso” (**A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45).

<sup>626</sup> Este ponto é desenvolvido com precisão em HELLMAN, Deborah. Money Talks but It Isn't Speech. **Minnesota. Law Review**, v. 95, n. p. 953, 2010.

<sup>627</sup> Cfr. MUÑOZ, Óscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Op. cit. p. 196-199.

dispêndio de recursos por parte dos competidores, submetendo todos a um mesmo teto de gastos, produz-se um maior equilíbrio entre as diferentes correntes e opções políticas, que terão chances mais equânimes de se tornarem visíveis ao eleitorado<sup>628</sup>. A imposição de um teto de gastos também atua diretamente no sentido de impedir o crescimento exponencial dos custos das campanhas, que é tido como algo capaz de minar a confiança do público no sistema político-eleitoral (sobretudo em países com níveis extremos de pobreza)<sup>629</sup>. Inversamente, a possibilidade de dispêndio ilimitado de recursos permite que partidos e candidatos economicamente mais favorecidos possam extrair vantagens competitivas do seu acesso ao poder econômico, faz com que boa parte dos esforços dos competidores se concentre na obtenção de fundos – e não no convencimento do eleitor –, e torna os políticos excessivamente dependentes de grandes doadores.

A imposição de limites aos gastos dos partidos e candidatos pode vir a impactar, ainda que indireta e remotamente, a liberdade de expressão. Não há disputa sobre o fato de que quanto maior o volume de recursos arrecadados por um candidato, maior será a possibilidade de divulgação de suas ideias. Na medida em que a quase totalidade das propagandas eleitorais e dos atos de campanha envolve custos, a imposição de um teto de dispêndios influencia a quantidade de propaganda que os candidatos e partidos são capazes de veicular. O dinheiro assume nessa hipótese uma dimensão instrumental, viabilizando o discurso político. No entanto, tal fato não concede ao candidato um direito ilimitado a angariar recursos.

O impacto que tal regulação terá sobre a liberdade de expressão dependerá, em verdade, do nível em que o teto for fixado. Limites muito baixos podem prejudicar todos os candidatos e o próprio conteúdo informacional das campanhas, de modo a provocar uma restrição ilegítima da comunicação política. Já limites muito elevados, acima da quantidade de recursos regularmente dispêndida, além de não afetarem efetivamente a liberdade de expressão, acabam por não promover os objetivos de aumentar a igualdade de chances e diminuir a influência do poder econômico sobre as eleições e os eleitos. São, assim, inúteis. Em um espaço intermediário entre esses extremos, porém, o teto de gastos impele os candidatos a gerenciar os recursos escassos, escolhendo os meios e espécies de propaganda que serão utilizados, de modo a não ultrapassar o teto fixado. Impõe, assim, uma restrição leve à liberdade de expressão, que é compensada pelos benefícios que gera para a igualdade

---

<sup>628</sup> **Ibid.** p. 199.

<sup>629</sup> FALGUERA, Elin; JONES, Samuel; OHMAN, Magnus. **Funding of Political Parties and Election Campaigns**. Op. cit. p. 28.



de chances e para a legitimidade do processo eleitoral. Trata-se, portanto, de uma questão de proporcionalidade.

No Brasil, disposições sobre limites de gastos em campanhas foram introduzidas pela primeira vez no Brasil no Código Eleitoral de 1950, instituído pela Lei nº 1.164. Seu artigo 143, inciso I, previa que os partidos políticos deveriam estabelecer nos seus estatutos os preceitos “*que os obriguem e habilitem a fixar e apurar as quantias máximas que os seus candidatos podem, em cada caso, despende pessoalmente com a própria eleição*”. Tratava-se, portanto, de um falso limite, já que os próprios partidos definiam os tetos de gastos a que seus candidatos estariam sujeitos. Essa ideia de “auto-regulação” do limite de gastos foi, porém, mantida até os tempos atuais.

Hoje as regras sobre limites de dispêndios encontram-se previstas na Lei 9.504/97 (Lei das Eleições). Em sua redação original, esta lei atribuía exclusivamente aos partidos a fixação de teto para os gastos eleitorais dos candidatos nos diversos cargos em disputa, seguindo o modelo vigente no Código Eleitoral de 1950. No art. 18, determinava apenas que “*juntamente com o pedido de registro de seus candidatos, os partidos e coligações comunicarão à Justiça Eleitoral os valores máximos de gastos que farão por candidatura em cada eleição em que concorrerem*”. Por óbvio, esse dispositivo não instituía limite nenhum. Como bem observou Bruno Speck, a regra é totalmente ilógica e sua eficácia “*poderia ser comparada com uma regra de trânsito que sugerisse a cada motorista declarar, com um adesivo no carro, a qual limite de velocidade quer se submeter*”<sup>630</sup>. E o pior: o Tribunal Superior Eleitoral tem permitido, sem fundamento legal, que os limites registrados pelos partidos sejam alterados durante o pleito, por solicitação justificada<sup>631</sup>. Na linha do exemplo de Speck, seria como se as regras de trânsito permitissem que o condutor, não só fixasse o próprio limite de velocidade, mas também, sempre que estivesse prestes a ultrapassá-lo, pudesse simplesmente se impor nova velocidade máxima.

---

<sup>630</sup> SPECK, Bruno. Três ideias para oxigenar o debate sobre dinheiro e política no Brasil. In: **Em Debate**, Belo Horizonte, v.2, n.3, p. 6-13, mar. 2010.

<sup>631</sup> Cfr. Resolução TSE nº 23.406/2014: Art. 4º Até 10 de junho de 2014, caberá à lei a fixação do limite máximo dos gastos de campanha para os cargos em disputa (Lei nº 9.504/97, art. 17-A).

§ 1º Na hipótese de não ser editada lei até a data estabelecida no caput, os partidos políticos, por ocasião do registro de candidatura, informarão os valores máximos de gastos na campanha, por cargo eletivo (Lei nº 9.504/97, art. 17-A). (...)

§ 6º Depois de registrado, o limite de gastos dos candidatos só poderá ser alterado com a autorização do Relator do respectivo processo, mediante solicitação justificada, com base na ocorrência de fatos supervenientes e imprevisíveis, cujo impacto sobre o financiamento da campanha eleitoral inviabilize o limite de gastos fixado previamente, nos termos do § 1º. (...)

§ 10. Não será admitida a alteração do limite após a realização do pleito, salvo em decorrência da realização de segundo turno.

Em 2006, porém, o Congresso acenou para a modificação do nosso ineficaz sistema de auto-regulação de gastos, com a aprovação da Lei nº 11.300, considerada a primeira minirreforma eleitoral. Essa reforma incluiu o art. 17-A na Lei das Eleições, determinando que, *“a cada eleição caberá à lei, observadas as peculiaridades locais, fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa”*. Porém, o mesmo dispositivo previu que *“não sendo editada lei até a data estabelecida, caberá a cada partido político fixar o limite de gastos, comunicando à Justiça Eleitoral, que dará a essas informações ampla publicidade.”* Até hoje essa lei jamais foi editada. Logo, na prática, os partidos políticos continuam com total autonomia para fixar os tetos de gastos que lhes serão aplicáveis (e também para alterá-los) durante a campanha eleitoral. Disso resulta a total inexistência de limites absolutos aos dispêndios em campanha.

Em que pese a ausência de tetos de gastos, de forma absolutamente contraditória, ao longo dos anos, verificou-se uma tendência de multiplicação de regras restritivas de meios, espécies ou formas de propaganda política, aprovadas com o suposto intuito de reduzir o volume de dinheiro dispendido nas campanhas, tornar a competição mais isonômica e menos sujeita a abusos do poder econômico, e conferir uma resposta às insatisfações da população brasileira com a corrupção e os ilícitos relacionados ao financiamento de campanha.

Na minirreforma de 2006 (Lei nº 11.300), por exemplo, eliminou-se a possibilidade de realização de *showmícios* e eventos para a promoção de candidatos e apresentação de artistas, ainda que não remunerada (art. 49, § 7º, LE), assim como proibiu-se gastos com cachê de artistas ou animadores de eventos eleitorais (art. 26, XI, LE) e com confecção, aquisição e distribuição de camisetas, chaveiros e outros brindes de campanha (art. 26, XIII). Na exposição de motivos do projeto de lei que deu origem a esta lei, explica-se justamente que a proposição *“é uma tentativa – a que concebemos como possível dentro da moldura fático-política que se desenha – de enfrentamento dos problemas gerados pela arrecadação, gerenciamento e aplicação dos recursos de campanha, através da redução dos seus custos”*, diante dos *“constantes e cada vez mais violentos açoitamentos das ilegalidades que brotam das práticas correntes do financiamento de campanhas”*<sup>632</sup>.

A minirreforma de 2009 (Lei nº 12.034) introduziu novas restrições à Lei das Eleições: (i) limitou ao tamanho máximo de 4m<sup>2</sup> a propaganda em faixas, placas, cartazes, pinturas e inscrições em bens particulares (art. 37, § 2º); (ii) proibiu a realização de propaganda fixa em bens públicos (art. 37, §§ 6º e 7º); (iii) vedou a utilização de trios

---

<sup>632</sup> Cfr. Projeto de Lei do Senado n. 6.685/2005.

elétricos, exceto para a sonorização de comícios (art. 39, § 10); e (iv) limitou a divulgação de anúncios de propaganda eleitoral pagos na imprensa escrita a apenas 10 anúncios por veículo em datas diversas (art. 43). A justificativa do projeto de lei mencionava também a necessidade de controle do abuso do poder econômico<sup>633</sup>.

Já a minirreforma de 2013 (Lei nº 12.891) desceu ainda mais a minúcias. Ela instituiu, entre outros: (i) a definição de dimensão máxima dos adesivos de campanha, de 50x40cm; (ii) a proibição de “envelopamento” de veículos, com exceção de adesivos micro perfurados no para-brisa traseiro até sua extensão total, ou, em outras posições, desde que com a dimensão máxima de 50x40cm (art. 38, § 4º, LE); (iii) limites para gastos de campanha com alimentação de pessoal (até 10%), aluguel de veículos (até 20%) e para gastos com contratação de pessoal e contratação de cabos eleitorais (art. 100-A, LE). Sua exposição de motivos, mais uma vez, apontou como objetivo da norma a diminuição do custo das campanhas eleitorais brasileiras, as quais segundo afirma o próprio texto “*estão entre as mais caras do mundo*” e “*não se justificam em face da realidade de precariedade e privação que ainda persistem em vastas áreas de nosso país*”<sup>634</sup>.

Estes são apenas alguns exemplos das diversas limitações e proibições a espécies de propaganda e atividades de campanha previstas na legislação eleitoral. Parece claro que essas restrições pontuais aos meios de campanha são muito mais gravosas à liberdade de expressão política dos competidores do que a imposição de um teto geral de gastos, já que impedem que os candidatos selecionem quais os meios entendem mais efetivos para transmitir as suas mensagens e propagandas aos eleitores. Por outro lado, tais medidas são totalmente ineficazes para a restrição dos custos de campanha e para a promoção da paridade de armas entre os competidores. Isso porque a proibição de gasto em uma determinada espécie de propaganda ou evento de campanha, como *showmícios* ou envelopamento de veículos, apenas promove a transferência do uso dos recursos para outras espécies de propaganda ou eventos de campanha. Com o dinheiro da contratação de artistas, o candidato poderá, por exemplo, veicular mais anúncios em jornais revistas. Com o dinheiro do envelopamento de um carro,

---

<sup>633</sup> Projeto de Lei da Câmara de Deputados n. 5.498/2009.

<sup>634</sup> Projeto de Lei do Senado n. 441/2012. Cfr.: “Encerrando mais um ciclo eleitoral em nosso país com a divulgação dos resultados das eleições municipais de 2012, é inescapável a conclusão de que nossas campanhas eleitorais estão entre as mais caras do mundo. Vários são os fatores que contribuem para que a cada dois anos constatemos que cifras astronômicas foram gastas nessas campanhas. O projeto de lei que ora submeto (...) tem o objetivo declarado – expresso em seu art. 1º – de tentar contribuir para a minimização desses altos custos, que não se justificam em face da realidade de precariedade e privação que ainda persistem em vastas áreas de nosso país. (...) Uma terceira ordem de alterações providas no texto da lei (...) tem o objetivo primordial de promover a redução dos custos das campanhas eleitorais, proibindo a colocação de placas e pintura de muros em propriedades imóveis particulares, assim como a proibição do ‘envelopamento’ de carros, bens particulares móveis”

ele poderá colocar adesivos no para-brisa traseiro de 10 outros veículos. Enfim, não há nenhum incentivo real para que os candidatos e partidos invistam menos em suas campanhas e nenhuma restrição para que candidatos e partidos mais abastados possam dispendir grandes quantias de dinheiro, em posição de vantagem em relação aos demais concorrentes.

Há, inclusive, prova empírica da ineficácia dessas regras. A aprovação das minirreformas eleitorais em 2006, 2009 e 2013 não conseguiu frear a escalada dos custos das campanhas brasileiras. Ao contrário, a ausência de previsão de um teto absoluto de gastos somada à fixação de limites permissivos de doações têm permitido que as campanhas eleitorais brasileiras alcancem custos cada vez mais estratosféricos. De 2002 até 2014, o financiamento eleitoral passou de cerca de R\$ 800 milhões a quase R\$ 5 bilhões<sup>635</sup>. Em valores corrigidos monetariamente, isso representa um crescimento de mais de 190%<sup>636</sup>.

Portanto, a forma mais adequada de garantir a paridade de armas entre os candidatos e a diminuição dos gastos eleitorais – e também menos restritiva à liberdade de expressão – é por meio da imposição de um teto de gastos absoluto por cargo em disputa. No caso brasileiro, essa medida permitiria excluir muitas das limitações diretas à liberdade de expressão contidas na legislação eleitoral em vigor e, assim, concederia aos candidatos e partidos maior liberdade para decidir as estratégias de aplicação do dinheiro arrecadado, considerando aquelas formas de comunicação e propaganda que consideram mais eficazes junto ao seu eleitorado. Poderiam, por exemplo, concentrar gastos em determinados veículos de comunicação (como *outdoors*, anúncios na imprensa, carros de som, placas em imóveis particulares e *showmícios*), ou repartir seus recursos entre as mais diferentes formas de propaganda. Tudo isso, porém, dentro dos limites estabelecidos de forma uniforme para todos os competidores.

Aliás, com essa estratégia, a fiscalização dos gastos poderia se tornar mais eficiente e até mais simples. Se todos os candidatos estiverem sujeitos a um mesmo limite, diferenças gritantes entre a quantidade de divulgação e de propaganda entre os candidatos enviarão um sinal claro de que há extrapolação de gastos por parte de um ou alguns competidores. No sistema atual, a legislação sobre a propaganda eleitoral é, na feliz expressão do Ministro Luís Roberto Barroso, “um imenso varejo de miudezas”. Como resultado, boa parte dos esforços desta Justiça especializada é consumida para lidar com propaganda irregular, como placas que ultrapassaram 4m<sup>2</sup>, adesivos acima dos 50x40cm, *outdoors*, e a colocação de cavaletes,

---

<sup>635</sup> Disponível em: <<http://www.asclaras.org.br/>>. Acesso em 20 jul., 2015.

<sup>636</sup> Cálculo elaborado a partir dos dados contidos no website “Às Claras”. Disponível em: <<http://www.asclaras.org.br/>>. Acesso em 20 jul., 2015.

placas, faixas e cartazes em locais e bens públicos. Muito tempo, energia e recursos humanos e materiais escassos são desperdiçados para autuar e reprimir descumprimentos de preceitos pouco relevantes (e mesmo ilegítimos) da legislação eleitoral. Enquanto isso, escapam da fiscalização graves abusos de poder econômico e político, compras de voto, e outras condutas com efetivo potencial de desequilibrar a disputa e macular a legitimidade do pleito. Por isso, ainda que, em tese, seja mais fácil ou “prático” para a Justiça Eleitoral exercer o poder de polícia e verificar o descumprimento da legislação eleitoral em relação a essas miudezas, este caminho certamente não é o mais eficaz. Tais medidas têm surtido pequeno ou nenhum resultado para a efetiva redução de gastos e para a garantia de maior equilíbrio na disputa. Portanto, em nosso sistema, a imposição de limites absolutos de dispêndios permitiria mais igualdade e também mais liberdade de expressão<sup>637</sup>.

### 9.3 A regulação do financiamento de campanhas e a liberdade de expressão

De forma semelhante à limitação dos gastos, a regulação do financiamento das campanhas eleitorais tem como finalidade garantir a igualdade de oportunidades entre os partidos e, ainda, assegurar a legitimidade do processo eleitoral, mediante a contenção da influência indevida e abusiva do poder econômico e o combate à corrupção e à criação de relações antirrepublicanas entre os poderes econômico e político durante as campanhas. Quando o financiamento privado de campanhas não está sujeito a nenhum limite, alguns candidatos e partidos mais próximos aos interesses de grupos econômicos e de elites financeiras, ou aqueles que ocupem o poder, são favorecidos com um maior volume de aporte de fundos privados, de modo que passam a dispor de mais possibilidades de obter visibilidade junto ao eleitorado. Com isso, os candidatos mais abastados ou mais abastecidos de dinheiro acabam tendo campanhas mais viáveis (*i.e.*, com probabilidades mais elevadas de vitória). Outra consequência da correlação entre dinheiro e chances de eleição dos candidatos é que os

---

<sup>637</sup>Em julho de 2015, a discussão de uma ampla reforma eleitoral no Congresso Nacional trouxe esperanças de que os tetos de dispêndios de campanha fossem ser finalmente estabelecidos. Porém, o texto que foi aprovado na Câmara dos Deputados e seguiu para deliberação no Senado Federal é mais uma falsa reforma. O projeto propõe que o limite de gastos nas campanhas eleitorais seja um percentual elevado (que varia de 50% a 70%, podendo chegar a 100% em alguns casos) do *maior* gasto declarado para o cargo na circunscrição eleitoral na eleição imediatamente anterior à promulgação da Lei. Ou seja, na prática, não se propõe verdadeira redução. De um lado, as últimas eleições tiveram custos estratosféricos. De outro, o limite de gastos eleito pelo projeto é aquele do candidato que mais dispendeu recursos, de modo que os tetos ficariam inflados. Cfr. Projeto de Lei da Câmara 2.259/2015.

interesses desses financiadores acabam angariando um espaço privilegiado na representação política. Desse modo, a ampla liberdade de financiamento privado passa a afetar também a igualdade política entre cidadãos, permitindo que os interesses de alguns setores da população sejam sobre-representados no governo.

É certo que os diferentes tipos de regulação do financiamento eleitoral, como a imposição de limites à quantidade que os doadores podem contribuir para campanhas, e a proibição de doações por parte de algumas entidades (como entidades estrangeiras, instituições públicas, empresas, sindicatos e ONGs), podem produzir consequências para a liberdade de expressão. Em uma primeira vertente, a imposição de limites às doações privadas produz efeitos incidentais e indiretos sobre a propaganda e a comunicação política dos candidatos e partidos, já que, em tese, reduz o fluxo de dinheiro para as campanhas. Novamente, não há dúvida de que quanto maior for a arrecadação das diferentes correntes políticas, também maior será a facilidade para elas se fazerem visíveis aos cidadãos. Aqui estamos falando, portanto, da *dimensão instrumental* do dinheiro para a liberdade de expressão. Nesse caso, porém, instituir um teto para as contribuições privadas apenas restringiria indevidamente as liberdades comunicativas dos competidores, caso este teto fosse tão baixo a ponto de não assegurar meios para que possam obter os recursos necessários para participarem do pleito eleitoral. Fora dessa situação extrema, parece-me que o grande efeito da imposição de limites às doações seria apenas o de obrigar os atores políticos a buscar o apoio financeiro de um maior número de doadores<sup>638</sup>.

Já em uma segunda vertente, as contribuições de campanha podem se relacionar ao discurso dos doadores, constituindo condutas expressivas ou simbólicas, utilizadas para sinalizar o apoio político a determinados candidatos, partidos e correntes políticas. Nessa *dimensão expressiva*, a questão é um pouco mais complexa. Isso porque é difícil distinguir as contribuições financeiras de atores privados veiculadas como uma conduta simbólica (ou seja, com a intenção de manifestar posicionamentos e apoio), daquelas utilizadas para “comprar” acesso, influência e favores junto a candidatos e partidos políticos, que dependem de grandes contribuições para sua eleição. Alguns comentários sobre esse tema são, então, necessários.

Em primeiro lugar, ainda que doações possam ter alguma dimensão comunicativa e, logo, envolver o direito à liberdade de expressão (o que, como se verá, nem sempre acontece), a inexistência de limite às doações afeta de forma severa outros princípios constitucionais

---

<sup>638</sup> Cfr. FALGUERA, Elin; JONES, Samuel; OHMAN, Magnus. **Funding of Political Parties and Election Campaigns**. A handbook on political finance. IDEA - International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2014. p. 22.

eleitorais. Grandes quantias doadas e grandes doadores distorcem a representação, porque (i) permitem que os candidatos ligados ao poder econômico sejam mais facilmente eleitos, enquanto que os candidatos menos abastados fiquem sem incentivos para concorrer, de modo a afetar a paridade de armas entre os competidores; (ii) permitem que o resultado das eleições seja mais determinado pela quantidade de doações e, assim, pelas ideias dos grandes doadores, do que pelo apoio popular a determinadas correntes políticas e candidatos, subvertendo a igualdade política entre os cidadãos; e (iii) viabilizam a formação de laços de dependência entre candidatos e seus doadores, de modo que, uma vez eleitos, tais representantes passam a ser mais responsivos às preferências de seus doadores, abrindo caminho para a corrupção e para favorecimentos indevidos e, logo, afetando a legitimidade do pleito<sup>639</sup>. Assim, nesse caso, mesmo que se admitisse que as contribuições de campanha estão incluídas no âmbito de proteção da liberdade de expressão, haveria uma colisão com todos os demais princípios constitucionais eleitorais.

Em segundo lugar, a imposição de um limite máximo de doações apenas imporiria uma restrição leve à liberdade de expressão. Afinal, o ato de contribuir com uma pequena quantidade de dinheiro – mesmo 1 real – à campanha de um candidato ou partido, já permite a expressão simbólica de apoio a esse candidato ou partido. Nessa hipótese, alguém poderia argumentar que a imposição de limites quantitativos continuaria a ter um efeito sobre a liberdade de expressão, pois doações maiores serviriam para demonstrar a intensidade do apoio. Segundo o raciocínio, uma pessoa que doasse R\$ 1 milhão expressaria maior convicção naquele candidato do que quem doasse R\$ 1 mil. Porém, tendo em vista as disparidades socioeconômicas, parece evidente que o tamanho das contribuições em campanha não é um bom termômetro da magnitude das convicções e preferências do doador. Um homem abastado pode doar uma quantidade muito maior de dinheiro a um candidato do que um homem pobre, sem que isto signifique que aquele acredite mais no candidato alvo da sua doação do que este. Ademais, ainda que se admitisse que a imposição de limites aos montantes doados atinge a “expressão simbólica de apoio” contida no ato de *doar* dinheiro, todas as demais formas de discurso continuariam sendo livres. Assim, como tais limites não geram interferência no debate público, os doadores e demais cidadãos permaneceriam com a possibilidade de expressar seus pontos de vistas e apoios. E isso de forma até mais eficaz, já que as doações podem, no máximo, constituir uma expressão *genérica* de apoio, incapaz de

---

<sup>639</sup> OSORIO, Aline; SARMENTO, Daniel. Eleições, Dinheiro e Democracia: A ADI 4.650 e o Modelo Brasileiro de Financiamento de Campanhas Eleitorais. **Op. cit.**

veicular alguma mensagem mais elaborada (*e.g.*, o ato de doar não permite a expressão dos motivos específicos do apoio conferido).

Por tudo isso, não me parece que a regulação das doações de campanha implique, por si, uma restrição ilegítima à liberdade de expressão. Antes, porém, de analisar de forma específica a regulação do financiamento eleitoral no Brasil, parece-me relevante investigar, ainda que brevemente, como o tema tem sido tratado na jurisprudência de dois países com tradições diversas de proteção da liberdade de expressão, os Estados Unidos e o Canadá. Os Estados Unidos, de um lado, adotam uma concepção denominada *libertária* da liberdade de expressão, que, em breve síntese, pretende garantir a maior liberdade possível à circulação de ideias e é refratária à intervenção estatal na regulação da liberdade de expressão<sup>640</sup>. O Canadá, de outro, perfilha uma concepção que tem sido designada democrática<sup>641</sup>, mas que prefiro chamar de *igualitária*, já que ela confere à regulação estatal um papel proeminente na tarefa de garantir a formação de um debate público robusto, admitindo a intervenção do Governo sobre a liberdade de expressão, com o objetivo de reduzir o efeito da distribuição desigual de riquezas sobre a possibilidade de expressão dos cidadãos<sup>642</sup>.

Meu objetivo não é o de fazer um estudo abrangente da jurisprudência desses países sobre o financiamento eleitoral, mas o de abordar algumas decisões paradigmáticas proferidas pelas suas Supremas Cortes, que expõem, de forma clara, os pontos comuns (e também) as divergências entre esses países de tradição tão diversa na proteção das liberdades comunicativas. Com isso, o leitor poderá ter uma melhor compreensão a respeito da interação entre a liberdade de expressão e os demais valores em jogo na regulação das doações de campanha.

### 9.3.1 O financiamento de campanhas e a liberdade de expressão e nos EUA e no Canadá

<sup>640</sup> Cf. FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Op. cit.; POST, Robert. **Constitutional domains**: democracy, community, management. Op. cit.

<sup>641</sup> Cfr. FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Op. cit. p. 28-31. Daniel Sarmento, por sua vez, optou pelo rótulo “ativista” para designar esta corrente que aceita intervenções estatais visando a fortalecer o debate público, sob o argumento de que há adeptos da teoria oposta – a libertária – que sustentam que ela estaria exatamente a serviço da democracia (Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *In*: **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Op. cit. p. 266).

<sup>642</sup> Cfr. SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *In*: **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.



### 9.3.1.1 *Estados Unidos*

Os Estados Unidos, como se viu na Parte I deste trabalho, conferem uma proteção reforçada à liberdade de expressão e são avessos a interferências estatais no discurso. No campo do financiamento de campanhas, há, porém, uma ampla regulação estatal das doações privadas e da forma como o dinheiro pode ser utilizado por candidatos, partidos e terceiros durante o pleito. Tais regras já foram questionadas perante a Suprema Corte dos EUA em inúmeras ocasiões. Um dos mais importantes e famosos julgados sobre o tema é o *Buckley v. Valeo*<sup>643</sup>, de 1976. Nessa decisão, a Corte norte-americana analisou a constitucionalidade da Lei Federal de Campanhas Eleitorais de 1971 (o *Federal Election Campaign Act – FECA*), e das emendas introduzidas na lei eleitoral em 1974 (*Election Act Amendment*), em resposta aos escândalos de Watergate<sup>644</sup>.

Em suma, o FECA, com as alterações promovidas pelo Election Act Amendment, estabeleceu um regime de regulação de campanhas eleitorais, que previa: (i) obrigações de divulgação de informações sobre os montantes arrecadados; (ii) financiamento público da corrida presidencial, no modelo de contrapartidas (*matching funds*)<sup>645</sup>; (iii) teto para contribuições de indivíduos a candidatos no valor de U\$ 1 mil, limitado a U\$ 25 mil por ciclo eleitoral; (iv) teto para contribuições de Comitês de Ação Política (os *political action committees* ou PACs<sup>646</sup>) a candidatos no valor de U\$ 5 mil; (v) teto para gastos independentes feitos por indivíduos que fossem “relacionados a um candidato claramente identificado” no valor de U\$ 1 mil; e, ainda, (vi) limites totais de gastos por candidatos às duas casas do Congresso estadunidense, no valor de U\$ 75 mil para a Casa dos Representantes e em valores variáveis a partir de U\$ 250 mil para o Senado. Portanto, uma extensa e rígida regulação.

Para os fins deste estudo, nos interessa especialmente o entendimento da Suprema Corte com relação aos limites às doações individuais a candidatos (item *iii*) e aos gastos

---

<sup>643</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Buckley v. Valeo**, 424 U.S. 1 (1976).

<sup>644</sup> O caso Watergate foi uma série de escândalos políticos ocorridos nos Estados Unidos entre 1972 e 1974, e que, envolveu denúncias de contribuições ilegais de mais de U\$ 11 milhões para a campanha do Presidente Nixon.

<sup>645</sup> Segundo a regra, candidatos que arrecadassem, pelo menos, U\$ 5 mil em contribuições de U\$ 250 ou menos receberiam por cada dólar arrecadado de entes privados outro dólar proveniente de fundos públicos. Cfr. Federal Election Campaign Act – FECA, de 1971.

<sup>646</sup> Tratam-se de organizações não-governamentais que permitem que, de forma indireta, empresas, sindicatos e outros grupos de interesse doem recursos a candidatos e partidos políticos. Esses comitês apenas podem receber contribuições de pessoas físicas, que são obrigadas a informar sua ocupação, a fim de que seja possível a identificação do grupo de interesse. Todavia, na prática, os PACs se vinculam, na maioria dos casos, a grupos de interesse, que, além fundarem o PAC, auxiliam na arrecadação de recursos de seus sócios, diretores, empregados ou afiliados.

independentes realizados em campanha (item v). No julgamento, o Tribunal, declarou a constitucionalidade do teto estabelecido para as *doações* diretas a candidatos, mas entendeu que limitações quanto a *gastos* independentes em campanhas eleitorais eram inconstitucionais, sob o fundamento de que violariam a liberdade de expressão.

Para julgar o caso, a Corte partiu da premissa de que preencher um cheque e entregar diretamente a um candidato é diferente de publicar um anúncio no jornal em favor desse mesmo candidato, quando feito de forma independente (*i.e.*, sem consultar o candidato ou seu comitê de campanha)<sup>647</sup>. Na hipótese de *contribuições diretas a campanhas*, a Suprema Corte entendeu que a limitação à quantidade de dinheiro que uma pessoa pode doar a um candidato é legítima, pois envolve uma limitação apenas marginal na sua expressão política e serve ao ideal de reduzir a corrupção, real ou aparente. Para a Corte, a limitação estabelecida permite a expressão simbólica de apoio ao candidato traduzida no ato de doar (e que independe do valor da doação, se de U\$10 ou de U\$10.000), sem afetar a liberdade do doador de se engajar no debate público, expondo suas opiniões sobre candidatos e programas políticos<sup>648</sup>. Ainda, a Corte entendeu que o teto imposto (de U\$ 1 mil por candidato) era legítimo, pois serve ao interesse estatal de prevenir a corrupção e a aparência da corrupção gerada pela influência, real ou imaginária, das grandes contribuições financeiras sobre a eleição dos candidatos e sobre suas ações após serem eleitos.

Além do fundamento primário de redução da corrupção, a Comissão Federal Eleitoral e demais defensores da constitucionalidade dos dispositivos impugnados, alegaram que o teto para doações previsto pela Lei seria justificado por dois interesses governamentais subsidiários: (i) a equalização da capacidade relativa de todos os cidadãos para afetar o resultado das eleições (ou seja, a igualdade política dos cidadãos); e (ii) a necessidade de frear o custo exorbitante das campanhas eleitorais e, assim, permitir a candidatura daqueles que não têm acesso a fontes de grandes quantias de dinheiro (ou seja, a paridade de armas

---

<sup>647</sup> HOLMES, Stephen. “Liberal Constraints on Private Power?: Reflexions on the origins and rationale of access regulation”, in: LICHTENBERG, Judith. **Democracy and the Mass Media**: A Collection of Essays. Cambridge University Press, 1990. p. 38.

<sup>648</sup> Nessa ocasião, a Corte asseverou, adicionalmente, que “A contribuição serve como uma expressão geral de apoio ao candidato e aos seus pontos de vista, mas não exprime qual seria o fundamento de tal apoio. A quantidade de expressão pelo doador não aumenta sensivelmente com o tamanho de sua contribuição, uma vez que a expressão se dá exclusivamente em função do ato simbólico e indiferenciado de contribuir. No máximo, o volume da contribuição fornece um índice muito grosseiro da intensidade do apoio daquele doador ao candidato.” Livre tradução. Caso **Buckley v. Valeo** 424 U.S. 1 (1976). No original: “A contribution serves as a general expression of support for the candidate and his views, but does not communicate the underlying basis for the support. The quantity of communication by the contributor does not increase perceptibly with the size of his contribution, since the expression rests solely on the undifferentiated, symbolic act of contributing. At most, the size of the contribution provides a very rough index of the intensity of the contributor's support for the candidate.”

entre candidatos e partidos). No entanto, a Corte, sem refutar explicitamente os argumentos subsidiários, afirmou que seria “*desnecessário olhar além objetivo principal da Lei – limitar a corrupção real ou aparente resultante de grandes contribuições financeiras individuais – a fim de encontrar uma justificação constitucionalmente suficiente para a limitação a contribuições de U\$ 1.000*”, pois “*na medida em que as grandes contribuições são dadas para garantir um quid pro quo político por candidatos ou atuais detentores de cargos políticos, a integridade de nosso sistema de democracia representativa é prejudicada.*”<sup>649</sup>

Nessa análise, o Tribunal também reconheceu que, do ponto de vista dos candidatos, as doações recebidas inevitavelmente permitem a ampliação de sua expressão política. De fato, quanto maior o volume de dinheiro que um candidato angariar, maior será a possibilidade de ele divulgar suas ideias. No entanto, entendeu que, como as contribuições envolvem o discurso de alguém que não o doador, os tetos estabelecidos só feririam a liberdade de expressão política dos candidatos, caso fossem de tal modo restritivos que impedissem que eles obtivessem os recursos necessários para a disputa eleitoral. No caso concreto, porém, a Corte afirmou que o limite de U\$ 1 mil para as doações por pessoas naturais previsto no FECA não teria qualquer efeito adverso sobre a arrecadação de fundos: o efeito seria meramente o de “*exigir que os candidatos e comitês políticos angariem fundos de um número maior de pessoas*”.<sup>650</sup> Assim, concluiu que o relevante interesse de impedir a corrupção que é promovido pela restrição do tamanho das doações a candidatos é suficiente para justificar a restrição à liberdade de expressão causada pelo teto de contribuições de U\$ 1 mil por candidato<sup>651</sup>.

---

<sup>649</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Buckley v. Valeo**, Op. cit. Livre tradução. No original: “It is unnecessary to look beyond the Act's primary purpose -- to limit the actuality and appearance of corruption resulting from large individual financial contributions -- in order to find a constitutionally sufficient justification for the \$1,000 contribution limitation. Under a system of private financing of elections, a candidate lacking immense personal or family wealth must depend on financial contributions from others to provide the resources necessary to conduct a successful campaign. The increasing importance of the communications media and sophisticated mass-mailing and polling operations to effective campaigning make the raising of large sums of money an ever more essential ingredient of an effective candidacy. To the extent that large contributions are given to secure a political quid pro quo from current and potential office holders, the integrity of our system of representative democracy is undermined.

<sup>650</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Buckley v. Valeo**, Op. cit. Livre tradução. No original: The over-all effect of the Act's contribution ceilings is merely to require candidates and political committees to raise funds from a greater number of persons and to compel people who would otherwise contribute amounts greater than the statutory limits to expend such funds on direct political expression, rather than to reduce the total amount of money potentially available to promote political expression.

<sup>651</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Buckley v. Valeo**, Op. cit. Livre tradução. No original: We find that, under the rigorous standard of review established by our prior decisions, the weighty interests served by restricting the size of financial contributions to political candidates are sufficient to justify the limited effect upon First Amendment freedoms caused by the \$1,000 contribution ceiling.

Igualmente, a Corte entendeu pela constitucionalidade do limite agregado de U\$ 25 mil, imposto para as contribuições de indivíduos aos candidatos durante o ano-calendário. Nos termos da Lei Eleitoral, cada indivíduo somente poderia doar, no máximo, U\$ 1 mil por candidato, mas poderia fazer contribuições totais de U\$ 25 mil para vários candidatos. Para a Suprema Corte, tal limite global não imporiria uma restrição quanto ao número de candidatos e comitês que um indivíduo pode apoiar, mas “*essa modesta restrição à atividade política protegida serve para prevenir a evasão da limitação de contribuições de U\$ 1 mil*”, sendo, portanto, “*nada mais que um corolário da limitação individual de contribuição que foi julgada constitucionalmente válida*”<sup>652</sup>.

Já com relação a *limitações de gastos independentes* (i.e., sem coordenação com o candidato ou seu comitê), o Tribunal entendeu que os tetos estabelecidos impunham barreiras diretas e substanciais à quantidade de expressão política dos atores privados. O efeito direto de tais restrições seria o de impedir que indivíduos e grupos manifestassem suas opiniões em meios que custassem mais de U\$ 1 mil, em nítida posição de desvantagem quanto a candidatos, partidos políticos e a imprensa, que poderiam gastar muito mais para divulgar seus posicionamentos políticos na mídia. Segundo o Tribunal, a Primeira Emenda garante aos indivíduos e grupos plena liberdade para gastar quanto dinheiro quiserem para promover candidatos e suas opiniões, desde que isso seja feito de forma independente. Nas palavras da Suprema Corte norte-americana:

A restrição da quantidade de dinheiro que uma pessoa ou grupo pode gastar em comunicação política durante uma campanha reduz necessariamente a quantidade de expressão, por restringir o número de questões discutidas, a profundidade de sua exploração, e o tamanho do público atingido. Isto porque praticamente todos os meios de comunicação de ideias na sociedade de massa de hoje exigem o gasto de dinheiro. A distribuição do mais humilde panfleto implica custos de impressão, papel, e de circulação. (...). A crescente dependência do eleitorado da televisão, rádio e outros meios de comunicação de informações e notícias fez com que esses caros meios de comunicação se tornassem instrumentos indispensáveis para a comunicação política eficaz. As limitações de gastos previstos na Lei representam substancial, ao invés de meramente teórica, restrição à quantidade e diversidade do discurso político. O teto de U\$ 1.000 para gastos “em relação a um candidato claramente identificado”, (...) parece excluir todos os cidadãos e grupos, exceto

---

<sup>652</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Buckley v. Valeo**, Op. cit. Livre tradução. No original: The over-all \$25,000 ceiling does impose an ultimate restriction upon the number of candidates and committees with which an individual may associate himself by means of financial support. But this quite modest restraint upon protected political activity serves to prevent evasion of the \$1,000 contribution limitation by a person who might otherwise contribute massive amounts of money to a particular candidate through the use of unearmarked contributions to political committees likely to contribute to that candidate, or huge contributions to the candidate's political party. The limited, additional restriction on associational freedom imposed by the over-all ceiling is thus no more than a corollary of the basic individual contribution limitation that we have found to be constitutionally valid.

candidatos, partidos políticos e a imprensa institucional, de qualquer uso significativo dos mais eficazes modos de comunicação<sup>653</sup>.

Quanto a esse ponto, os juízes entenderam que o interesse governamental em prevenir a corrupção ou a sua aparência não justificaria os tetos impostos para gastos independentes em campanha, pois, nesse caso, não se estabeleceria uma relação direta (bilateral) entre o doador e o candidato que pudesse dar causa a arranjos *quid pro quo* (o nosso “*toma lá, dá cá*”). Então, confrontada com o argumento de que a norma em questão objetivava equalizar a capacidade de indivíduos e grupos influenciarem o resultado das eleições, reduzindo a relevância do poder econômico, a Suprema Corte respondeu, na frase mais célebre da decisão, que “*o conceito de que o Governo possa restringir a expressão de alguns elementos da sociedade visando a promover a voz relativa de outros é absolutamente estranho à Primeira Emenda.*”<sup>654-655</sup>

Duras críticas principais foram dirigidas à *Buckley v. Valeo*<sup>656</sup>. Em primeiro lugar, os críticos alegaram a fragilidade da distinção entre contribuições e gastos<sup>657</sup>. Admitir que

---

<sup>653</sup> Livre tradução. No original: A restriction on the amount of money a person or group can spend on political communication during a campaign necessarily reduces the quantity of expression by restricting the number of issues discussed, the depth of their exploration, and the size of the audience reached. This is because virtually every means of communicating ideas in today's mass society requires the expenditure of money. The distribution of the humblest handbill or leaflet entails printing, paper, and circulation costs. (...) The electorate's increasing dependence on television, radio, and other mass media for news and information has made these expensive modes of communication indispensable instruments of effective political speech. The expenditure limitations contained in the Act represent substantial, rather than merely theoretical, restraints on the quantity and diversity of political speech. The \$1,000 ceiling on spending "relative to a clearly identified candidate," (...), would appear to exclude all citizens and groups except candidates, political parties, and the institutional press from any significant use of the most effective modes of communication.

<sup>654</sup> Livre tradução. No original: The concept that government may restrict the speech of some elements of our society in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the First Amendment.

<sup>655</sup> O mesmo argumento foi usado pela Corte para derrubar os limites de recursos próprios que os candidatos poderiam usar em suas campanhas. O Juiz White defendeu, em opinião dissidente, que não há um direito constitucional à compra de um cargo político e que o teto para gastos de recursos próprios por candidatos ajudaria a evitar a impressão de que eleições são “*pura e simplesmente uma função do dinheiro.*” Cfr. EUA, Suprema Corte, Caso **Buckley v. Valeo**, Op. cit.

<sup>656</sup> Cf. PINAIRE, Brian K. **The constitution of electoral speech law: the Supreme Court and freedom of expression in campaigns and elections.** Stanford: Stanford Law Books, 2008; SULLIVAN, Kathleen M. **Political Money and Freedom of Speech.** **UC Davis Law Review**, v. 30, n. p. 663, 1996; POST, Robert. **Citizens divided: campaign finance reform and the constitution.** Op. cit.; SMITH, Bradley A. **Unfree Speech: the folly of campaign finance reform.** Op. cit.; WRIGHT, J Skelly. **Money and the Pollution of Politics: Is the First Amendment an Obstacle to Political Equality.** **Columbia Law Review**, v. 82, n. 4, p. 609-645, 1982.

<sup>657</sup> No julgamento do caso, o juiz Burger e o juiz White proferiram votos dissidentes nos quais concordavam sobre um ponto, o de que contribuições e gastos são dois lados da mesma moeda, mas discordavam sobre tudo mais. Burger defendia uma posição ainda mais libertária do que aquela adotada pela Corte: a derrubada dos limites impostos tanto para gastos, quanto para doações. Para ele, limitar o influxo de dinheiro na política, seja por meio de gastos, seja através de doações, é restringir a liberdade de expressão *tout court*, porque independentemente de quem pronuncia as palavras (o doador ou o candidato), quem doa ou gasta dinheiro tem o mesmo objetivo: comunicar ideias. Já o juiz White defendia uma posição mais ativista, que mantivesse ambos os tetos. Segundo o juiz, não faz qualquer sentido que se limite o montante que um indivíduo possa dar a um

indivíduos e grupos abastados possam gastar milhões para promover um candidato, sob o argumento de que a ausência de coordenação/bilateralidade afastaria o risco de corrupção e influências indevidas, é, no mínimo, ingênuo. Não é crível que empresas custeiem propagandas bilionárias em favor de candidatos, sem esperar nada em troca: gastos “independentes” podem inspirar tanta “gratidão” quanto contribuições diretas a um candidato<sup>658</sup>. Mas a objeção mais contundente à decisão foi, sem dúvida, a crítica à rejeição da igualdade política como fundamento para a imposição de limites aos gastos eleitorais.

Kathleen Sullivan sublinha, com razão, que *Buckley* envolveu uma escolha entre as duas tradições mais poderosas nos Estados Unidos: a igualdade na esfera do regime democrático e a liberdade na esfera do discurso político<sup>659</sup>. No caso, a Suprema Corte teve de decidir se o dinheiro desembolsado no âmbito de campanhas eleitorais estaria relacionado ao direito de voto, regido pela regra “*one person, one vote*” ou ao debate político, regido, nos Estados Unidos, pela ideia de liberdade negativa. Entretanto, a Corte preferiu adotar uma solução de compromisso: de um lado, entendeu que as doações de campanha estavam mais diretamente relacionadas à igualdade política, admitindo maior intervenção do Estado, e, de outro, que os gastos eleitorais independentes estariam mais relacionados à liberdade de expressão, não admitindo intervenção.

O grande problema, porém, foi que, muito embora a ideia de igualdade política estivesse implícita na diferenciação entre doações e gastos, a Suprema Corte escolheu não reconhecer expressamente tal fundamento. Sua opinião sobre a constitucionalidade dos limites às doações a candidatos se concentra inteiramente no interesse de eliminar a corrupção ou sua aparência. No único momento em que a Corte menciona a igualdade, ela o faz apenas para dizer que o objetivo de equalização do discurso é totalmente estranho à liberdade de expressão. Assim, a decisão permite a sobrevivência de uma concepção plutocrática da política, que favorece invariavelmente as ideias dos ricos e poderosos, que podem gastar milhões em anúncios de tv para defenderem suas posições, em detrimento do restante da população. O reconhecimento deste problema não deve, contudo, ofuscar o fato de que, em *Buckley*, reconheceu-se que, ainda que as contribuições feitas diretamente a candidatos possam ser consideradas condutas expressivas – e, logo, protegidas pela liberdade de

---

candidato, mas se deixe de limitar os valores que podem ser dispendidos em seu interesse. Para ele, o ato de dar ou gastar dinheiro em campanhas não é um ato expressivo, mas uma compra de influência, uma forma de corrupção, ainda que possa ter efeitos incidentes sobre a liberdade de expressão. Assim, o Governo poderia legitimamente estabelecer restrições a doações e gastos, porque a corrupção constitui ameaça à democracia. V. EUA, Suprema Corte, Caso **Buckley v. Valeo**, Op. cit.

<sup>658</sup>SULLIVAN, Kathleen M. Political Money and Freedom of Speech. **UC Davis L. Rev.**, v. 30, p. 663, 1996.

<sup>659</sup>**Id.**

expressão –, elas podem ser limitadas, diante da necessidade de prevenir a corrupção ou a aparência de corrupção capaz de minar a capacidade dos cidadãos de acreditarem no sistema político.

Em decisões posteriores, a Corte deu sinais de que reconheceria também o valor da igualdade. Algumas decisões passaram a identificar um interesse estatal de “*não distorção*” do jogo político que justificaria a limitação do discurso, até mesmo com relação a gastos independentes em campanha<sup>660-661</sup>. Em *Austin v. Michigan State Chamber of Commerce*, por exemplo, a Corte analisou caso em que a Câmara de Comércio de Michigan usou fundos próprios para colocar um anúncio de jornal em apoio a um candidato, quando a lei estadual de Michigan proibia que empresas realizassem gastos para apoiar ou se opor a candidatos a cargos políticos estaduais<sup>662</sup>. A Suprema Corte julgou constitucional a restrição direta sobre os gastos eleitorais realizados de forma independente por sociedades empresariais, sob o argumento de que haveria um interesse governamental relevante em reduzir os “*efeitos corrosivos e deformadores das imensas quantidades de dinheiro que são acumuladas com a ajuda de corporações e que tem pouca ou nenhuma correlação com o apoio público às ideias políticas manifestadas pelas empresas.*”<sup>663</sup>

Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana admitiu que, muito embora a lei estadual tivesse atingido a liberdade de expressão da Câmara de Comércio, tal restrição se justificaria, pois os recursos arrecadados com a ajuda de corporações não refletem as preferências dos eleitores (mas interesses econômicos de investidores) e, assim, levam à deturpação da representação política. Bem compreendido, o argumento de “*não distorção*” utilizado pela Corte nada mais é do que uma variante do argumento de igualdade política entre os cidadãos: seu racional é que os gastos astronômicos de empresas em campanhas não podem ser admitidos, pois, ao permitirem a disseminação de ideias de quem não tem voto, interferem no processo de tradução das preferências em cargos políticos.

---

<sup>660</sup> A título exemplificativo, cf.: EUA, Suprema Corte, Caso *FECv.MassachusettsCitizensforLife*, 479 US 238, 257 (1986); Caso *Austin v Michigan State Chamber of Commerce*, 494 US 652 (1990); Caso *Nixonv.ShrinkMissouriGovernmentPAC*, 528 US 377 (2000); Caso *McConnell v FEC*, 540 US 93 (2003).

<sup>661</sup> DAWOOD, Yasmin. Democracy and the Freedom of Speech: Rethinking the Conflict between Liberty and Equality. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. XXVI, n. 2, p. 293-311, 2013. p. 301.

<sup>662</sup> EUA, Suprema Corte, Caso *Austin v Michigan State Chamber of Commerce*, 494 US 652 (1990).

<sup>663</sup> EUA, Suprema Corte, Caso *Austin v Michigan State Chamber of Commerce*, Op. cit. Livre tradução. No original: “the corrosive and distorting effects of immense aggregations of wealth that are accumulated with the help of the corporate form and that have little or no correlation to the public's support for the corporation's political ideas”.

No entanto, em *Citizens United v. Federal Electoral Commission*, o pêndulo voltou a pender para uma concepção menos igualitária<sup>664</sup>. *Citizens United*, uma associação sem fins lucrativos quase inteiramente financiada por contribuições de indivíduos, elaborou um filme que retratava a então senadora Hillary Clinton de forma muito negativa. A associação desejava distribuir o filme em canais “*video-on-demand*” e transmitir propagandas para promover o filme em rede nacional. No entanto, tendo em vista que, em 2002, o Congresso havia editado a Lei de Reforma da Campanha Bipartidária (o *Bipartisan Campaign Reform Act*, também conhecido como *McCain-Feingold Act* ou pela sigla “BCRA”), que proibiu sociedades e sindicatos de fazerem propaganda eleitoral na televisão durante um período de 30 dias anteriores às primárias e 60 dias anteriores às eleições, *Citizens United* solicitou à Corte que se pronunciasse sobre a legalidade da distribuição do filme *on demand*.

Em 2010, ao julgar o caso, a Suprema Corte foi além do pedido e declarou a inconstitucionalidade da Lei, por 5 votos a 4. A decisão, redigida pelo juiz Kennedy, entendeu que os gastos políticos independentes efetuados por empresas em campanhas eleitorais não podem ser limitados, pois isso equivaleria a suprimir sua liberdade de expressão política. Para a maioria da Corte, a norma em questão representava a criminalização do discurso político<sup>665</sup>. Para a minoria, porém, a decisão preconizada pela maioria ameaçaria a integridade das instituições norte-americanas, por permitir que as empresas divulguem seus pontos de vista, criando a impressão de que tais ideias apresentam mais apoio político na sociedade do que realmente possuem. Assim, nesse precedente, a Corte expressamente superou o entendimento manifestado em *Austin*, ao afirmar que nenhum interesse em elevar o nível do discurso, em não distorcer a representação política ou em equalizar o acesso pode superar a garantia à liberdade de expressão<sup>666</sup>.

A decisão é, sem dúvida, uma das mais criticadas da história da Suprema Corte norte-americana. Ao compará-la com *Buckley*, porém, pode-se ficar com a impressão de que o posicionamento vencedor não representou grande novidade. Afinal, em *Buckley*, a Corte já havia afirmado que não era possível estabelecer limites a gastos independentes em campanha, sob pena de violar a liberdade de expressão. Mas a grande questão é que *Buckley* tratava apenas dos limites aplicáveis a indivíduos e a decisão em *Citizens United* simplesmente

---

<sup>664</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Citizens United v. Federal Electoral Commission**, 558 U.S. 310 (2010).

<sup>665</sup> Nesse sentido, é eloquente o trecho do voto redigido por Kennedy: “Os governos são muitas vezes hostil à expressão, mas sob nossa lei e nossa tradição parece mais estranho que ficção que o nosso Governotorne este discurso político crime. No entanto, este é o propósito e o desenho deste estatuto”. Livre tradução. No original: *Governments are often hostile to speech, but under our law and our tradition it seems stranger than fiction for our Government to make this political speech a crime. Yet this is the statute’s purpose and design.*”

<sup>666</sup> EUA, Suprema Corte, Caso **Citizens United v. Federal Electoral Commission**, 558 U.S. 310 (2010).



conferiu idêntica proteção às empresas. Como observou Ronald Dworkin, a grande falha da decisão foi permitir a perpetuação de um entendimento superficial e simplista da Primeira Emenda, que ignora o mais básico fundamento da liberdade de expressão: a proteção à democracia e a igualdade política<sup>667</sup>. Porém, a decisão em nada afetou as contribuições diretas de campanha, que continuavam restritas a pessoas físicas e sujeitas aos limites julgados constitucionais em *Buckley v. Valeo*.

Mais recentemente, porém, a Suprema Corte dos EUA conferiu espaço ainda mais amplo ao “Big Money” nas campanhas, a pretexto de proteger a liberdade de expressão. E o fez, desta vez, em caso que envolvia doações de pessoas físicas a candidatos – e não gastos independentes. Trata-se do caso *McCutcheon v. Federal Election Commission*, decidido em 2014<sup>668</sup>. McCutcheon, um rico ativista republicano do Alabama, acionou a Suprema Corte contra o limite agregado de doações por pessoas naturais previsto na legislação. A lei eleitoral norte-americana prevê diversos tipos de tetos de doações de campanha. Por exemplo, nas eleições de 2013-2014, um indivíduo poderia doar, no máximo, U\$ 2,6 mil para cada candidato (limite individual), sendo que as contribuições feitas para vários candidatos não poderiam ultrapassar U\$ 48,6 mil (limite agregado)<sup>669</sup>. De acordo com essas regras, um cidadão que pretendesse doar o valor máximo para cada candidato, somente poderia contribuir para campanhas de 18 competidores por pleito. McCutcheon, porém, desejava apoiar mais candidatos, sustentando que a previsão legal de limites agregados violava seu direito à liberdade de expressão.

Por 5 votos a 4, a Suprema Corte deu razão à McCutcheon. A decisão da maioria entendeu que os limites agregados (tanto para contribuições aos candidatos, quanto para as contribuições a partidos e aos PACs, estas de até U\$ 74,6 mil) violavam a liberdade de expressão, pois, de um lado, não servem para prevenir a corrupção (*quid pro quo*) ou a aparência de corrupção, e, de outro, restringem severamente a participação no processo democrático<sup>670</sup>. A Corte, pelo voto do Justice Roberts, afirmou que “*contribuir com dinheiro para um candidato é um exercício do direito individual de participar do processo eleitoral*”, e, por isso, a imposição de restrições a quantos candidatos e comitês um indivíduo pode apoiar constitui um limite significativo à liberdade de expressão e à participação eleitoral. Por outro lado, a Suprema Corte asseverou que o interesse de prevenir a corrupção *quid pro quo* –

<sup>667</sup>DWORKIN, Ronald. The “devastating” decision. *New York Review of Books*, 25 fev., 2010.

<sup>668</sup> EUA, Suprema Corte, Caso *McCutcheon v. Federal Election Commission*, 572 U.S. \_\_\_\_ (2014).

<sup>669</sup> Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2013/10/08/supreme-court-takes-up-the-sequel-to-citizens-united/>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>670</sup> EUA, Suprema Corte, Caso *McCutcheon v. Federal Election Commission*, Op. cit.

único interesse que, nos termos da sua jurisprudência, legitima restrições à expressão – não estaria em jogo no caso. Isso porque, segundo argumentou, o limite individual foi fixado pelo Congresso supondo que contribuições até esse montante não produziriam o risco de corrupção. Assim, não faria sentido dizer que doações a 18 candidatos não teriam risco de arranjos antirrepublicanos, mas que a contribuição dos mesmos valores para um maior número de candidatos seria capaz de criar corrupção, real ou aparente.

Em opinião dissidente, o Justice Breyer manifestou profundo desacordo e lamentou a decisão, a qual, segundo ele *“deixa de reconhecer a diferença entre a influência que repousa sobre a opinião pública e a influência comprada pelo próprio dinheiro sozinho; que subverte um precedente chave; que cria enormes brechas na lei; que mina, talvez devasta, o que resta da reforma do financiamento de campanha”*<sup>671</sup>. Para o juiz, esta decisão, em conjunto com a *Citizens United*, *“eviscera leis de financiamento de campanha da nossa nação, deixando remanescente incapaz de lidar com os graves problemas de legitimidade democrática que essas leis eram destinadas a resolver”*<sup>672</sup>. Após esta decisão, portanto, não há mais nenhum impedimento para que uma pessoa doe recursos para todos os competidores, desde que respeitado o limite individual em relação a cada candidato. O efeito direto de *McCutcheon* é, logo, o de permitir o aumento da influência dos cidadãos mais ricos sobre as eleições, que poderão adquirir “acesso” junto a um maior número de candidatos. Ainda assim, permanece em vigor uma restrição razoável de doações para um mesmo candidato.

Portanto, nos Estados Unidos, nem a adoção de uma concepção libertária da liberdade de expressão, nem o reconhecimento de que as contribuições de campanha constituem uma conduta expressiva, impediram uma ampla regulação do uso do dinheiro nas eleições, com a adoção de limites de contribuições individuais e a proibição de doação direta a candidatos por pessoas jurídicas. Ainda assim, o país mantém várias brechas em sua legislação eleitoral (como os PACs e a permissão de gastos independentes ilimitados), permitindo que o poder econômico continue a influenciar os resultados eleitorais. A regulação das campanhas norte-americanas tem sido suficiente para reduzir o papel do dinheiro na política ou a grande dependência de partidos e candidatos em relação aos grandes doadores.

<sup>671</sup> EUA, Suprema Corte, Caso *McCutcheon v. Federal Election Commission*, 572 U.S. \_\_\_\_ (2014). Livre tradução. No original: “[This is] a decision that substitutes judges’ understandings of how the political process works for the understanding of Congress; that fails to recognize the difference between influence resting upon public opinion and influence bought by money alone; that overturns key precedent; that creates huge loopholes in the law; and that undermines, perhaps devastates, what remains of campaign finance reform”

<sup>672</sup> EUA, Suprema Corte, Caso *McCutcheon v. Federal Election Commission*, Op. cit. Livre tradução. No original: “Taken together with *Citizens United v. Federal Election Comm’n*, 558 U. S. 310 (2010), today’s decision eviscerates our Nation’s campaign finance laws, leaving a remnant incapable of dealing with the grave problems of democratic legitimacy that those laws were intended to resolve.”

### 9.3.1.2 *Canadá*

A tradição canadense sobre a liberdade de expressão é oposta à norte-americana, já que confere à igualdade política um papel proeminente na regulação do financiamento de campanhas. O sistema de financiamento de eleições no Canadá é um dos mais restritivos do mundo. A legislação eleitoral do Canadá fixa limites tanto às contribuições diretas a candidatos e partidos, quanto aos gastos independentes de terceiros (*i.e.*, cidadãos, grupos de interesse e empresas). Somente são admitidas contribuições diretas de indivíduos, que devem respeitar o teto de \$ 1 mil por ano. Empresas e associações não podem fazer quaisquer doações<sup>673</sup>. Também há limitações com relação a contribuições de candidatos para suas próprias campanhas e a gastos feitos de forma independente por indivíduos com propagandas ou mensagens políticas.

Um importante decisão da Suprema Corte canadense quanto ao tema foi *Libman v. Quebec*<sup>674</sup>. A questão submetida à apreciação da Corte dizia respeito aos limites de gastos efetuados por terceiros em referendo que ocorreria no Quebec. De acordo com a lei que regulava os referendos (o *Quebec's Referendum Act*), seriam organizados dois comitês, um pelo “sim” e outro pelo “não”, e qualquer indivíduo que quisesse realizar contribuições para defender tais posições deveria se afiliar a um dos dois comitês. Ocorre que o Presidente do Partido da Igualdade, Robert Libman, queria conduzir uma campanha pela abstenção, mas a lei não permitia que ele dispendesse recursos sem estar afiliado a um dos comitês. Libman, então, levou o caso à Corte, argumentando que tais restrições violariam sua liberdade de expressão e o direito à igualdade.

No julgamento do caso, o Tribunal canadense derrubou a restrição a gastos eleitorais por quem não fizesse parte dos comitês pelo “sim” e pelo “não”, entendendo que ela representaria grave cerceamento da liberdade de expressão dessas pessoas. Apesar disso, na fundamentação da decisão, a Corte canadense adotou expressamente uma concepção igualitária da liberdade de expressão<sup>675</sup>. Ela defendeu que mesmo que, *in casu*, o limite imposto tenha se mostrado inconstitucional, a imposição de limites a contribuições, em

---

<sup>673</sup>DAWOOD, Yasmin. Democracy, power, and the Supreme Court: Campaign finance reform in comparative context. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 2, p. 269-293, 2006. p. 275.

<sup>674</sup>Canadá, Suprema Corte, Caso *Libman v Quebec* (AG) [1997] 3 SCR 569.

<sup>675</sup>DAWOOD, Yasmin. Democracy, power, and the Supreme Court: Campaign finance reform in comparative context. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 2, p. 269-293, 2006. p. 275.

abstrato, é um meio legítimo e vital para a promoção da igualdade política, já que seria importante impedir que “*o debate no referendo fosse dominado pelos membros mais afluentes da sociedade*”. Do mesmo modo, argumentou que a Lei “*promovia o voto informado, ao assegurar que alguns pontos de vista não sejam enterrados por outros*”, o que seria um “*objectivo altamente louvável*”, destinando-se a garantir maior equidade em referendo sobre temas de interesse público, de importância substancial para uma sociedade democrática<sup>676</sup>.

O caso mais importante envolvendo a questão do financiamento de campanhas eleitorais no Canadá foi *Harper v. Canada*<sup>677</sup>, julgado em 2004. Discutia-se, no caso, se o dispositivo da Lei das Eleições canadense (o *Canada Elections Act* de 2000) que impunha um teto para os gastos de indivíduos ou grupos com propaganda no curso de campanhas eleitorais (de \$3 mil por distrito e \$150 mil nacionalmente) violaria o direito à liberdade de expressão. Mais uma vez, o questionamento recaía sobre os limites de gastos de terceiros, e não sobre as limitações das doações diretas aos partidos.

Nesse caso, a Suprema Corte canadense considerou que os limites estabelecidos eram constitucionais, por entender que o que estava realmente em jogo não era a liberdade de expressão, mas os direitos políticos de votar de forma informada e de participar efetivamente do processo eleitoral. Segundo a Corte, o direito de voto pressupõe que os eleitores sejam capazes “*de ouvir todos os pontos de vista*”, sem que as vozes dos mais abastados dominem o discurso político e excluam as demais vozes<sup>678</sup>. O Tribunal entendeu, portanto, que a garantia da igualdade no discurso político é um requisito para a participação efetiva no processo eleitoral<sup>679</sup>.

Ainda assim, a Suprema Corte canadense advertiu que os limites impostos à expressão de posicionamentos políticos devem ser cuidadosamente ajustados para garantir que candidatos, partidos e terceiros sejam *efetivamente* capazes de transmitir suas ideias e posicionamentos políticos. Caso sejam excessivamente restritivos, tais limites podem comprometer o componente informacional do direito de voto e violar, a um só tempo, o direito de voto e a liberdade de expressão.

---

<sup>676</sup> Canadá, Suprema Corte, Caso **Libman v Quebec** (AG) [1997] 3 SCR 569. No original: In its egalitarian aspect, the Act is intended to prevent the referendum debate being dominated by the most affluent members of society. At the same time, the Act promotes an informed vote by ensuring that some points of view are not buried by others. This highly laudable objective, intended to ensure the fairness of a referendum on a question of public interest, is of pressing and substantial importance in a democratic society”.

<sup>677</sup> Canadá, Suprema Corte, Caso **Harper v. Canada** [2004] 1. S.C.R. 827.

<sup>678</sup> No Canadá, vários fundamentos são aceitos como legítimos para justificar a limitação de gastos durante campanhas eleitorais, dos quais se destaca: (i) a promoção da igualdade no discurso político; (ii) a proteção da integridade financeira dos candidatos; e (iii) a garantia da confiança dos eleitores no processo eleitoral.

<sup>679</sup> Canadá, Suprema Corte, Caso **Harper v Canada**, Op. cit., p. 72.

Aliás, no caso, os juízes McLachlin e Major, em voto dissidente, discordaram dos demais juízes justamente quanto à medida da restrição à liberdade de expressão: eles entenderam que os limites previstos no *Canada Elections Act* eram excessivamente restritivos, impedindo atores privados de divulgar de forma eficaz suas concepções políticas aos demais cidadãos durante campanhas eleitorais. Para sustentar sua posição, eles argumentaram que o teto proposto para os gastos apenas permitiria que cidadãos colocassem propagandas em jornais locais e distribuíssem panfletos, sem comportar o acesso a canais de televisão e rádios com abrangência nacional. No entanto, mesmo discordando com relação à proporcionalidade dos limites impostos, os juízes reconheceram expressamente que a imposição de limites à expressão no âmbito das eleições é justificada pela necessidade de preservar a legitimidade do processo político.

Como os casos acima demonstram, tanto a Suprema Corte do Canadá, quanto a Suprema Corte dos Estados Unidos abordam o debate sobre a regulação do financiamento de campanha como uma escolha entre, de um lado, a prevenção dos efeitos deformadores que o dinheiro produz sobre o processo eleitoral e, de outro, a liberdade de expressão<sup>680</sup>. Em relação aos gastos independentes realizados pela sociedade civil e por empresas, o Canadá dá prioridade à proteção da higidez do processo eleitoral, evitando que o dinheiro possa distorcer o debate, enquanto que os Estados Unidos privilegiam a liberdade de expressão, ainda em prejuízo de uma maior equidade no discurso. Porém, em relação às contribuições diretas, ambos os países demonstram preocupação com a legitimidade das eleições, e permitem a imposição de limites às doações privadas, inclusive com a proibição de doações diretas por empresas. Mesmo a Suprema Corte dos EUA, que adota uma visão mais libertária da liberdade de expressão, considera legítima a ampla regulação estatal do financiamento de campanhas eleitorais. Compromissos com a liberdade e a igualdade estão, assim, presentes em ambos os países.

### 9.3.2 O financiamento de campanhas e a liberdade de expressão no Brasil

#### 9.3.2.1 *Quadro normativo*

---

<sup>680</sup>DAWOOD, Yasmin. Democracy, power, and the Supreme Court: Campaign finance reform in comparative context. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 2, p. 269-293, 2006.

No Brasil, o financiamento das eleições encontra-se regulamentado tanto na Lei das Eleições (Lei 9.504/97) quanto na Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/96). As regras vigentes estabelecem um modelo de financiamento misto de campanhas eleitorais, formado por recursos públicos, provenientes do fundo partidário e do custeio da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, e por recursos privados, provenientes de recursos próprios dos candidatos e de doações de pessoas naturais e jurídicas<sup>681</sup>.

Em relação aos recursos privados, há previsão legal de tetos de contribuições. Os candidatos somente podem usar recursos próprios até o valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido (art. 23, § 1º, II, LE). Já as pessoas físicas podem fazer doações em dinheiro até o limite de 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição, ou fazer doações “estimáveis em dinheiro” relativas à utilização de bens móveis e imóveis do doador cujo valor não ultrapasse R\$ 50 mil (art. 23, *caput* e §§ 1º, I, e 7º, LE). Por fim, a legislação eleitoral autoriza que pessoas jurídicas façam doações a candidatos e a partidos políticos em valores que representem até 2% do seu faturamento no ano anterior ao da respectiva eleição (art. 81, LE).

A Lei das Eleições também introduz proibições subjetivas de doações. Ela veda expressamente que partidos e candidatos recebam doações provenientes: (i) de entidade ou governo estrangeiro; (ii) de órgãos da Administração Pública; (iii) de concessionários ou permissionários de serviço público; (iv) de praticamente todas as entidades sem fins lucrativos; e (v) de entidades de classe ou sindical. Como resultado, apenas as empresas privadas são autorizadas a contribuir a campanhas políticas (art. 24, LE).

### 9.3.2.2 *Consequências do quadro normativo*

De modo semelhante ao que ocorre com os gastos eleitorais, é evidente que os limites impostos às doações privadas pela legislação eleitoral são falsos limites. No caso do uso de recursos próprios, como visto no item anterior, estabelecer como teto o valor máximo de gastos fixado pelo partido equivale na prática à ausência de qualquer limite. Assim, ao invés de garantir a paridade de armas entre candidatos, a legislação atua no sentido de possibilitar a

<sup>681</sup> Cf. OSORIO, Aline; SARMENTO, Daniel. Eleições, Dinheiro e Democracia: A ADI 4.650 e o Modelo Brasileiro de Financiamento de Campanhas Eleitorais. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 26, p. 15-38, 2014.

conversão de desigualdade econômica em desigualdade política, conferindo vantagem desproporcional a candidatos com melhores condições financeiras, em detrimento dos demais<sup>682</sup>.

No caso de contribuições de pessoas físicas, a eleição de um percentual dos rendimentos auferidos como limite às doações é uma regra absolutamente contraditória com os objetivos que inspiram a criação de tetos de doações, quais sejam, a promoção da igualdade política entre os cidadãos e garantia da legitimidade do pleito. Tal regra, na verdade, viola a igualdade política entre os cidadãos, ao permitir que os cidadãos abastados possam contribuir com mais recursos que os cidadãos menos favorecidos e, assim, obter maior influência no resultado das eleições. A título ilustrativo, a aplicação de referida regra às eleições de 2010 permitiu que um conhecido empresário doasse exatos R\$ 6,05 milhões a diversos candidatos e partidos<sup>683</sup>. No entanto, a mesma regra proibia que qualquer cidadão que recebesse salário mínimo (i.e., 32,7% da população, segundo o IBGE) contribuísse com mais do que R\$ 604,50 a qualquer campanha<sup>684</sup>. A regra também atua contrariamente à garantia da legitimidade do pleito, já que, ao autorizar contribuições milionárias, das quais os candidatos tornam-se dependentes, permite que o financiamento de campanhas seja utilizado para comprar acesso ou favores políticos, facilitando a corrupção e a criação de relações antirrepublicanas entre grandesdoadores e candidatos durante as campanhas. Uma vez proclamados os resultados das eleições, a desigualdade entre os eleitores ricos e pobres se mantém, na medida em que os eleitos terão maior interesse em beneficiar cidadãos cuja cooperação se demonstra essencial à sua reeleição do que cidadãos cujo apoio pouco signifique.

Cenário semelhante, mas ainda mais grave, se dá no caso das contribuições de empresas. O teto de doações de 2% do faturamento anual possibilita que quantias milionárias sejam despejadas nas campanhas. Nas eleições de 2014, somente uma empresa doou mais de R\$ 300 milhões a candidatos, dos quais quase R\$ 110 milhões foram destinados apenas à disputa presidencial<sup>685</sup>. Em verdade, as empresas são responsáveis pela absoluta maioria das contribuições privadas de campanha. Em 2010, as doações por parte de empresas

---

<sup>682</sup> OSORIO, Aline; SARMENTO, Daniel. Eleições, Dinheiro e Democracia: A ADI 4.650 e o Modelo Brasileiro de Financiamento de Campanhas Eleitorais. Op. cit.

<sup>683</sup> Dados extraídos do banco de dados do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <<http://spce2010.tse.jus.br/spceweb.consulta.receitasdespesas2010/abrirTelaReceitasCandidato.action>> Acesso em 29 ago. 2013.

<sup>684</sup> Em 2009, o salário mínimo vigente era de R\$ 465,00, o que multiplicado por 13 (12 meses somado ao 13º salário), equivale a R\$ 6.045,00 de renda bruta anual.

<sup>685</sup> Informações obtidas por meio da base de dados do website “Às Claras”. Disponível em: <<http://www.asclaras.org.br/>>. Acesso em 20 jul., 2015.

corresponderam a aproximadamente 90% das receitas totais das eleições, excluídas as doações realizadas pelos próprios candidatos. O mesmo padrão se reproduziu nas eleições de 2012, ainda de forma mais aguda, quando as doações de pessoas jurídicas foram responsáveis por mais de 95% das receitas eleitorais<sup>686</sup>. E ao contrário do que se possa imaginar, são poucas as empresas doadoras<sup>687</sup>. Nas eleições gerais de 2010, por exemplo, apenas 1.900 empresas contribuíram com cerca de 90% do valor total das doações<sup>688</sup>.

Nesse quadro, os limites propostos para as doações por empresas minam a igualdade de oportunidades entre os candidatos, já que aqueles mais próximos do poder econômico tendem a receber maiores somas de dinheiro<sup>689</sup>. Como resultado, há o desestímulo a candidaturas de indivíduos desprovidos de recursos próprios e de “contatos” com o mundo empresarial, por meio dos quais possam arrecadar os fundos necessários para entrar na disputa. Por essa lógica, cidadãos comuns simplesmente não têm condições de se eleger. E como o volume de recursos arrecadado influi diretamente sobre as chances de eleição, os candidatos que representam os interesses do empresariado e das classes mais elevadas têm uma vantagem desproporcional na corrida eleitoral e na representação política.

Além disso, tais limites variáveis potencializam a influência do poder econômico sobre a política e criam um ambiente fértil para troca de favores e para a corrupção, de modo incompatível com o princípio constitucional republicano<sup>690</sup>. É que o modelo vigente torna os candidatos e partidos políticos fortemente dependentes de poucas empresas para sua candidatura. E não se deve esperar que o *almoço seja grátis*. Pelo contrário, os interesses dos doadores passam a pautar decisivamente a atuação dos políticos eleitos com a sua ajuda. Desejosos de contar com tais fundos para uma futura reeleição, os representantes tendem a se empenhar na defesa dos interesses e projetos dos seus principais doadores, valendo-se dos mais diversos expedientes, como o favorecimento em licitações e contratos públicos, a concessão de incentivos fiscais e a edição de regulações favoráveis. Tal cenário é mais do que

---

<sup>686</sup> Informações obtidas por meio das bases de dados do Tribunal Superior Eleitoral e do website “Às Claras”. Disponível em: <<http://www.asclaras.org.br/>>. Acesso em 20 jul., 2015.

<sup>687</sup> A concentração de recursos também se verifica quanto aos destinatários das contribuições financeiras. De acordo com dados do Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições de 2010, o PT, o PSDB e o PMDB receberam aproximadamente 60% do total dos recursos doados. Os dez maiores doadores, por sua vez, concentraram quase 70% das suas doações em tais partidos. Se incluirmos nessa lista o PSB, o DEM, o PP, o PDT, o PTB, o PR e o PSC, esse percentual chega a 89% do total das contribuições (Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social e Transparency International. **A responsabilidade das empresas no processo eleitoral**. Ed. 2012. p. 39).

<sup>688</sup> Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social e Transparency International. **A responsabilidade das empresas no processo eleitoral**. Op. cit. p. 34.

<sup>689</sup> OSORIO, Aline; SARMENTO, Daniel. Eleições, Dinheiro e Democracia: A ADI 4.650 e o Modelo Brasileiro de Financiamento de Campanhas Eleitorais. **Op. cit.**

<sup>690</sup> **Id.**



propício ao estabelecimento de relações antirrepublicanas entre candidatos e seus doadores. O campo empírico fornece exemplos eloquentes de que os frequentes e lastimáveis casos de corrupção no país têm origem, em grande parte, no contexto do financiamento privado de campanhas. As relações promíscuas nascidas neste ambiente têm sido fonte abundante de graves desvios éticos e de corrupção, como revela, por exemplo, o julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal<sup>691</sup> e a Operação Lava Jato do Ministério Público Federal – o maior esquema de corrupção já desvendado no país. Não por caso, dados demonstram que as empreiteiras investigadas na Lava Jato foram responsáveis, em média, por 40% das contribuições aos três maiores partidos brasileiros entre 2007 e 2013<sup>692</sup>.

Também há evidências de que, com as doações, os *big donors* não objetivam apenas ser beneficiados por medidas e políticas públicas especiais, mas também, por vezes, evitar “represálias” políticas<sup>693</sup>. De acordo com a pesquisa “*Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado*”, mais de 25% das empresas entrevistadas alegaram terem sido coagidas a fazerem doações a campanhas e, destas, a metade relatou terem sido prometidos favores em troca da contribuição<sup>694</sup>.

Além de antidemocrática e antirrepublicana, a regulação de contribuições por pessoas jurídicas na Lei das Eleições é ideologicamente parcial. Não faz qualquer sentido, de um lado, permitir doações a campanhas por parte de empresas (mesmo as que têm contratos com o governo), e de outro, proibir que a representação dos trabalhadores (sindicatos) possa contribuir para campanhas políticas. Tampouco é razoável que organizações não-governamentais que recebam recursos públicos não possam doar – sobretudo, quando se tratarem de associações expressivas, constituídas para apoiar determinada causa –, enquanto que as empresas privadas, cujo objetivo é sempre o lucro, são autorizadas a fazer doações. Este modelo confere, em verdade, privilégios injustificáveis ao capital no processo eleitoral, em detrimento da representação da cidadania, e promove uma discriminação odiosa contra os interesses dos trabalhadores e da sociedade civil organizada.

Portanto, o atual quadro normativo – que envolve limites ao uso de recursos próprios, às doações por pessoas físicas e às doações por pessoas jurídicas –, atua na contramão dos

<sup>691</sup> STF, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2012.

<sup>692</sup> O Estado de São Paulo. Alvos da Lava Jato bancam 40% das doações privadas a PT, PMDB e PSDB, de 29 mar., 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,alvos-da-lava-jato-bancam-40-das-doacoes-privadas-a-pt-pmdb-e-psdb,1659827>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>693</sup> OSORIO, Aline; SARMENTO, Daniel. Eleições, Dinheiro e Democracia: A ADI 4.650 e o Modelo Brasileiro de Financiamento de Campanhas Eleitorais. **Op. cit.**

<sup>694</sup> Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/perspec-privado-2003.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

objetivos da regulação do financiamento eleitoral. Ao invés de promover a igualdade de oportunidade entre os candidatos, torna ainda mais desigual a disputa, conferindo aos candidatos e partidos ligados ao poder econômico larga vantagem. Ao invés de promover a igualdade política entre os cidadãos, tal modelo permite que as chances de vitória e a viabilidade das correntes políticas dependam mais da quantidade de recursos que conseguem angariar do que do genuíno apoio popular. E, finalmente, ao invés de promover a lisura na política representativa, acaba criando um ambiente institucional propício à corrupção e ao estabelecimento de relações antirrepublicanas entre candidatos e seus doadores. O atual modelo de financiamento privado de campanhas vai, assim, de encontro às diretrizes do processo eleitoral previstas na Constituição, concedendo ao poder econômico um papel central na vida política, antes e depois das eleições.

Tudo isso contribui, ainda, para a crise de representação e para o afastamento dos cidadãos da política. Afinal, os candidatos passam a depender mais de seus doadores do que dos cidadãos. O esquema de arrecadação de fundos diminui, assim, a capilaridade do sistema representativo. Como ressaltou Michael Walzer, *“a forma mais comum de impotência (...) decorre da dominação do dinheiro na esfera política. (...) Cidadãos sem dinheiro compartilham uma profunda convicção de que a política não lhes oferece nenhuma esperança”*<sup>695</sup>.

### 9.3.2.3 Caminhos de mudança e possíveis retrocessos

Em 2013, tal modelo de financiamento de campanha foi impugnado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal<sup>696</sup>. Ação direta de inconstitucionalidade nº4.650 proposta pela OAB busca a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação eleitoral que: (i) instituem um limite às doações de pessoas naturais baseado em percentual de seus rendimentos, (ii) não definem limites para o uso de recursos próprios por candidatos e (iii) admitem doações de pessoas jurídicas<sup>697</sup>. Em síntese, os pedidos formulados na ADI foram: (i) a adoção de um limite *per*

<sup>695</sup> No original: *“the most common form of powerlessness (...) derives from the dominance of money in the sphere of politics. The endless spectacle of property/power, the political success story of the rich, enacted and re-enacted on every social stage, has over time a deep and pervasive effect. Citizens without money come to share a profound conviction that politics offers them no hope at all.”* WALZER, Michael. **Spheres of Justice: A defense of Pluralism and Equality**. New York: Basic Books, 1983. p. 310-311.

<sup>696</sup> A representação ao Conselho Federal da OAB, que gerou a propositura da ADI 4650 no STF, é de autoria dos Professores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto.

<sup>697</sup> Cfr. STF, **ADI 4.650**, Rel. Min. Luiz Fux.

*capita* uniforme para doações por pessoas físicas, a ser fixado pelo Congresso Nacional, em patamar baixo o suficiente para não violar a igualdade entre os eleitores; (ii) a adoção de um teto para o uso de recursos próprios por candidatos em suas campanhas, a ser também fixado pelo Congresso Nacional, em patamar baixo o suficiente para que não seja violada a paridade de armas entre os candidatos; e (iii) a proibição de doações por pessoas jurídicas a campanhas e partidos políticos<sup>698</sup>.

O processo já conta com os votos de 7 ministros, mas o julgamento encontra-se suspenso desde o início de abril de 2014, em decorrência de pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes<sup>699</sup>. Os Ministros Luiz Fux (relator), Joaquim Barbosa, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski julgaram a ação integralmente procedente, reconhecendo que o atual regime de financiamento privado de campanhas não se presta a coibir a influência indevida do poder econômico sobre a política e, nesse sentido, viola os princípios da democracia (art. 1º, *caput* e parágrafo único, CFRB), da igualdade política (arts. 5º e 14, CFRB) e da República (art. 1º, *caput*, CFRB). Com exceção de Luís Roberto Barroso, todos os demais ministros entenderam que a participação de empresas nas eleições por meio de doações viola a Constituição. Já o Ministro Barroso adotou posição ligeiramente diversa. Apesar de condenar o modelo em vigor, o Ministro afirmou não condenar, *a priori*, e em toda circunstância, a participação de pessoas jurídicas – o que, para ele, pode ser admissível em um outro modelo que o Congresso Nacional vier a formatar.

Já o Ministro Marco Aurélio julgou a ação parcialmente procedente. De um lado, entendeu que o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas é, em si, inconstitucional, por violar os princípios da democracia, da igualdade, da república e da proporcionalidade. De outro, apesar de reconhecer que o financiamento por pessoas naturais exige restrições mais significativas e critérios lineares, deixou de declarar a inconstitucionalidade dos limites legais previstos, pois, em coerência com decisões anteriores, rejeita a modulação pleiteada. Apenas o Ministro Teori Zavascki entendeu que as normas impugnadas eram constitucionais. Em seu voto-vista, o ministro defendeu que a Constituição Federal não traz disciplina específica sobre a matéria, de modo que a formação do modelo de financiamento passa a ser prerrogativa típica do Poder Legislativo, não podendo o STF extrair de princípios de grande amplitude semântica interpretações que limitem as alternativas oferecidas ao legislador. Para Teori, as contribuições de pessoas jurídicas não podem ser consideradas incompatíveis com a

<sup>698</sup> OSORIO, Aline; SARMENTO, Daniel. Eleições, Dinheiro e Democracia: A ADI 4.650 e o Modelo Brasileiro de Financiamento de Campanhas Eleitorais. Op. cit.

<sup>699</sup> Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4136819>>. Acesso em: 20 jul., 2015.

Constituição, a ponto de impedir que sejam autorizadas, ainda que limitadamente, pelo legislativo. Ademais, o Ministro argumentou que a fonte dos abusos de poder econômico e da corrupção política está mais no desrespeito das normas e na impunidade do que no atual marco normativo. Ainda, segundo afirmou, o antídoto para os excessivos custos das campanhas não seria a declaração de inconstitucionalidade das fontes de financiamento, mas a imposição de limites de gastos. Apesar da divergência do Ministro Teori, como se vê, já há votos de 6 ministros – e, portanto, maioria – pela inconstitucionalidade das regras atuais que permitem a doação de pessoas jurídicas a campanhas.

O julgamento, porém, permanece suspenso. Enquanto isso, e em resposta à posição já majoritária no Supremo Tribunal Federal, em julho de 2015, a Câmara dos Deputados avançou na aprovação de proposta de emenda à constituição que prevê a inclusão, no texto constitucional, da permissão de doações de empresas para partidos – mas não diretamente para candidatos<sup>700</sup>. Em votação marcada por polêmicas e manobras regimentais, o texto da PEC foi aprovado em 1º e 2º turnos e seguiu para apreciação do Senado Federal<sup>701</sup>. Porém, mesmo que a PEC seja aprovada, há grandes chances de que o STF possa ainda assim continuar o julgamento, já que a permissão de doações por empresas não implica necessariamente a constitucionalidade do modelo normativo de financiamento de campanhas previsto na legislação eleitoral.

#### 9.3.2.4 *O financiamento de campanhas no Brasil e a liberdade de expressão*

No Brasil, à diferença dos EUA e do Canadá, o argumento da violação à liberdade de expressão dos doadores pela regulação do financiamento de campanhas não foi sequer alegado. No julgamento (ainda inconcluso) da ADI 4.650 e também nas discussões travadas sobre o tema no parlamento, não houve quem afirmasse que as contribuições de campanha

---

<sup>700</sup> Cfr. Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 182/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373327>>. Acesso em: 20 jul., 2015.

<sup>701</sup> Em 26.05.2015, o Plenário da Câmara dos Deputados havia rejeitado emenda aglutinativa que pretendia dar nova redação ao § 5º do art. 17 da Constituição, para incluir a possibilidade de pessoas jurídicas doarem para candidatos e partidos. Diante da derrota, no dia seguinte, foi levada a votação e aprovada nova emenda aglutinativa, sobre o mesmo tema, mas que somente possibilitava que pessoas jurídicas doassem aos partidos políticos, e não aos candidatos. Então, 61 deputados de 6 partidos (PT, PSOL, PSB, PPS, PCdoB e PROS) ajuizaram no STF mandado de segurança para suspender a tramitação da PEC 182/2007, alegando que a votação em dias sucessivos viola o artigo 60, § 4º, da Constituição, que veda a apreciação de matéria constante de emenda rejeitada ou tida como prejudicada na mesma sessão legislativa. Também foi alegado que a emenda aglutinativa teria sido subscrita sem a observância do número mínimo de proponentes. Porém, a Ministra Rosa Weber, relatora do processo, indeferiu o pedido de liminar (MS 33630 MC, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 16/06/2015).

representariam legítimo exercício da liberdade de expressão. Diante desse fato no mínimo curioso, para encerrar este capítulo, pretendo analisar brevemente a questão.

Conforme exposto, a liberdade de expressão protege também as condutas expressivas, que são aquelas praticadas “*com a intenção pelos atores de comunicar opiniões e assim compreendidas pelos demais*”<sup>702</sup>. Nesse sentido, se poderia argumentar que o estabelecimento de um teto fixo e em valor reduzido para doações de pessoas naturais e a proibição de doações de pessoas jurídicas violariam a liberdade de expressão, já que tais contribuições constituiriam uma manifestação simbólica de apoio, utilizada pelos doadores para expressarem suas preferências político-ideológicas. Porém, no Brasil, parece evidente que as doações de campanha não são encaradas pelos doadores ou pelo restante da população como condutas simbólicas, mas, sim, como uma forma de obter acesso e influência junto a candidatos e partidos políticos. Em regra, os principais doadores de campanha contribuem para partidos e candidatos rivais, que não guardam nenhuma identidade programática ou ideológica entre si. A título ilustrativo, a análise dos destinatários das contribuições dos maiores financiadores de campanha nas eleições brasileiras de 2010 evidencia que as empresas investem normalmente em todos os candidatos com chance de vitória, independentemente da corrente política que representam<sup>703</sup>. Confira-se:

Gráfico 1 – Destinatários das maiores contribuições nas Eleições 2010<sup>704</sup>

Dez maiores doadores (Eleições 2010)	Volume doado, em R\$ milhões	Destinatários das contribuições							
		Dilma	Serra	PT	PMDB	PSB	PSDB	DEM	PCdoB
Construtora Andrade Gutierrez S.A.	64,6	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Construtora Queiroz Galvão	61,1	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Banco Alvorada S.A. (Bradesco)	54,1			✓	✓	✓	✓	✓	✓
Construções e Comércio Camargo Corrêa SA	52,5	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Jbs S/A	35,0	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Construtora OAS Ltda	27,7	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Contax S. A.	26,0			✓	✓	✓	✓	✓	✓
Banco Bmg SA	21,1		✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Gerdau Comercial de Aços S/A.	19,9		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Levyroz de Caxias Ind. Com. e Log LTDA.	19,3		✓	✓	✓	✓	✓	✓	

<sup>702</sup> BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 88-89.

<sup>703</sup> OSORIO, Aline; SARMENTO, Daniel. Eleições, Dinheiro e Democracia: A ADI 4.650 e o Modelo Brasileiro de Financiamento de Campanhas Eleitorais. **Op. cit.**

<sup>704</sup> Dados obtidos por meio das bases de dados do Tribunal Superior Eleitoral e do website “Às Claras”.

Comoboa parte das doações efetuadas é incapaz de expressar preferências políticas dos doadores, é difícil concebê-las como exercício da liberdade de expressão. Na maioria dos casos, elas são antes ações pragmáticas, investimentos financeiros, e não discurso. Esse quadro empírico não pode ser ignorado na análise de eventual violação à liberdade de expressão. Interpretar a Constituição pressupõe também a consideração da realidade empírica sobre a qual as suas normas incidem, já que não se trata de mero exercício de especulação intelectual, mas de atividade prática, voltada ao equacionamento de questões relevantes em determinado contexto sócio-político<sup>705</sup>. No caso brasileiro, a realidade demonstra que as doações de campanha, especialmente as realizadas por pessoas jurídicas, não constituem expressão de ideologia ou de preferências políticas. Não devem, portanto, ser consideradas como exercício da liberdade de expressão.

Contudo, ainda que se entendesse que há alguma dimensão comunicativa nas doações, a imposição de tetos a doações de pessoas naturais e a vedação a doações de pessoas jurídicas seriam legítimas. Isso porque, por um lado, os princípios constitucionais eleitorais – a igualdade política entre cidadãos, a paridade de armas entre candidatos e a legitimidade do pleito – e os bens jurídicos a eles subjacentes – igualdade, democracia, República – são de máxima importância em nosso sistema constitucional, e vêm sendo severamente comprometidos pelas regras atuais sobre o financiamento eleitoral. Por outro, a restrição à liberdade de expressão pela regulação do financiamento eleitoral seria muito reduzida e estaria longe de atingir o núcleo essencial deste importante direito fundamental.

Em relação aos cidadãos, a liberdade de expressão não seria efetivamente afetada pelos limites defendidos, já que seria mantida a possibilidade de que pessoas naturais possam contribuir para campanhas com pequenas quantias. Apenas o critério de discriminação adotado atualmente pelo legislador para definição dos limites de doação – renda do doador – se afigura ilógico e desarrazoado. Porém, a permissão de doações de eleitores, em valores uniformes e reduzidos, é tida como um aspecto relevante do direito à participação política e como sinal de saudável engajamento cívico dos cidadãos e de vitalidade da democracia e, logo, está em perfeita consonância com a Carta de 1988. Assim, cidadãos continuariam desfrutando da possibilidade de expressão simbólica de apoio contida no ato de *doar* a candidatos ou partidos, assim como da plena liberdade para manifestarem seus posicionamentos políticos na arena pública.

---

<sup>705</sup> OSORIO, Aline; SARMENTO, Daniel. Eleições, Dinheiro e Democracia: A ADI 4.650 e o Modelo Brasileiro de Financiamento de Campanhas Eleitorais. Op. cit.

Já em relação às empresas, a proibição das doações de campanha tampouco constituiria limitação à sua liberdade de expressão. Na verdade, entendo que, ainda que as contribuições eleitorais possam ter uma dimensão comunicativa, elas constituem antes de tudo um aspecto do direito à participação política. Este direito, porém, somente é titularizado por cidadãos. As pessoas jurídicas, entidades artificiais às quais o direito empresta personalidade jurídica, não são titulares dos mesmos direitos atribuídos a pessoas naturais. A elas não se aplicam, como é intuitivo, os direitos políticos, que somente são assegurados aos cidadãos como corolário da soberania popular<sup>706</sup>. Por isso, a meu ver, a vedação às doações de pessoas jurídicas é uma decorrência direta e necessária do princípio democrático. Isso não significa que a pessoa jurídica não seja titular de liberdade de expressão. O fato de empresas não poderem contribuir a campanhas não as impede de manifestar suas preferências e posicionamentos políticos na arena do debate público. Tampouco veda que seus sócios, acionistas e dirigentes doem, como pessoas naturais, a campanhas daqueles candidatos ou partidos que são mais próximos aos seus interesses. Por isso, ainda que se pudesse argumentar que há alguma restrição à liberdade de expressão das empresas pela proibição das doações, se trataria de uma restrição leve, que, além de decorrer logicamente do princípio democrático, é amplamente compensada pelos benefícios que promove ao princípio republicano.

Em verdade, pode-se dizer que a regulação do financiamento de campanha, nos moldes propostos na ADI 4650, ao invés de restringir, até mesmo promoveria os valores subjacentes à liberdade de expressão, voltando-se contra o “efeito silenciador do discurso”<sup>707</sup>. No contexto atual, os grandes doadores de campanhas acabam abafando a voz de eleitores. Ao inundarem as campanhas com recursos econômicos, estes doadores retiram a importância prática das pequenas contribuições. As modestas doações ao alcance do cidadão comum –

---

<sup>706</sup> Nesse sentido, Gustavo Tepedino defende que “as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos (...) dotadas de capacidade de direito e de capacidade postulatória, no plano processual (...) Todavia, a fundamentação constitucional dos direitos da personalidade, no âmbito dos direitos humanos, e a elevação da pessoa humana ao valor máximo do ordenamento não deixam dúvidas sobre a preponderância do interesse que a ela se refere, e sobre a distinta natureza dos direitos que têm por objeto bens que se irradiam da personalidade humana em relação aos direitos (em regra patrimoniais) da pessoa jurídica, no âmbito da atividade econômica privada”. (A Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral no Novo Código Civil**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 2 ed., p. XXVII-XXVIII.)

<sup>707</sup> A questão do “efeito silenciador do discurso” no caso do financiamento de campanhas foi desenvolvida por Owen Fiss. Segundo ele, a atuação regulatória do Estado atua muitas vezes a favor, e não contra a liberdade de expressão, impedindo que o discurso dos mais poderosos possa silenciar e abafar as demais manifestações. Veja-se, a propósito, FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão**: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. [Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto]. Op. cit., p. 33-65. No mesmo sentido, cf. SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the Problem of Free Speech**. Op. cit., p. 94-101. Ver, ainda, OSORIO, Aline; SARMENTO, Daniel. Eleições, Dinheiro e Democracia: A ADI 4.650 e o Modelo Brasileiro de Financiamento de Campanhas Eleitorais. Op. cit.

estas sim, de caráter eminentemente expressivo— tornam-se assim irrelevantes, diante da magnitude dos recursos arrecadados dos detentores do poder econômico. Portanto, ao impor novas restrições às doações de campanha, se promoveria a liberdade de expressão, contribuindo para o debate público e permitindo que as vozes da imensa maioria da população possam ser efetivamente ouvidas e consideradas pelos representantes políticos. Aliás, como se viu, este é o modelo imposto no Canadá e também nos Estados Unidos, que instituíram tetos para doações de pessoas físicas e vedaram as contribuições diretas de pessoas jurídicas para os candidatos nas eleições.

Conclui-se, portanto, que restrições ao financiamento de campanhas promovem tanto o direito fundamental à liberdade de expressão, quanto os princípios constitucionais que demandam que o processo eleitoral seja igualitário e legítimo. Elas atendem, ainda, à legítima demanda da sociedade civil por uma política mais democrática e republicana, em que o “grande eleitor” seja o cidadão, e não o dinheiro.



## CONCLUSÃO

### Proposições conclusivas

As eleições marcam um momento especial da vida política. O que diferencia a fase de campanhas eleitorais dos demais períodos é justamente a especial significância que esse momento de participação e de seleção de representantes assume para a soberania popular e para a democracia representativa. No Brasil, porém, o direito eleitoral – que cuida justamente das regras desse jogo – não tem merecido a devida atenção pela doutrina. O propósito fundamental deste estudo foi oferecer uma contribuição inicial para a revitalização deste ramo do direito, por meio da releitura de seus institutos, princípios, regras e lógica estruturante à luz do sistema constitucional da liberdade de expressão. Trata-se de um primeiro passo no sentido de um mais amplo e necessário movimento de *constitucionalização* do direito eleitoral. Para encerrar o trabalho, resumo, a seguir, as mais relevantes premissas, ideias e propostas desenvolvidas ao longo da dissertação.

A liberdade de expressão na Constituição de 1988: Sistema constitucional de proteção e cosmopolitismo. Há, no país, uma forte cultura de desprezo pelas liberdades comunicativas, sobretudo quando seu exercício se volta contra autoridades e detentores de poder. A censura e restrições indevidas a este direito proliferam-se na legislação, em atos da administração pública e, sobretudo, em decisões judiciais. Esta cultura manifesta-se especialmente nos casos em que a livre circulação de informações e opiniões é mais importante: nos discursos de conteúdo político – como críticas a funcionários públicos e denúncias relacionadas à coisa pública –, e tornam-se ainda mais frequentes durante os períodos eleitorais. Seu efeito direto e imediato é, assim, a sonegação de informações fundamentais para que as pessoas possam participar da vida pública, selecionar os governantes e fiscalizar a sua atuação.

Esse cenário não se deve à ausência de proteção constitucional, nem tampouco à omissão do Supremo Tribunal Federal na defesa deste direito. Muito pelo contrário. A Constituição prevê um robusto sistema de proteção da liberdade de expressão. O STF, de sua parte, tem proferido decisões emblemáticas sobre o tema, afastando a censura e demais restrições indevidas. A persistência desta cultura censória é agravada pela ausência de um marco teórico da liberdade de expressão que seja amplamente aceito no cenário nacional e

capaz de traçar, de forma clara, os contornos desse direito e de formular parâmetros uniformes e coerentes para o equacionamento dos conflitos com outros direitos fundamentais.

A proteção da liberdade de expressão: fundamentos, dimensões e posição preferencial.

A extensão da proteção assegurada à livre circulação de informações, opiniões e ideias e o lugar privilegiado que ocupa nas ordens interna e internacional têm a sua razão de ser. Eles decorrem das funções desempenhadas pelo bem liberdade de expressão em um Estado democrático. A livre discussão e contraposição de ideias permite: (i) a busca da verdade, (ii) a a garantia democracia e a autodeterminação coletiva, e (iii) a dignidade humana. Além disso, as liberdades expressivas: (iv) viabilizam o exercício dos demais direitos fundamentais, (v) a proteção do patrimônio cultural, histórico e científico da sociedade, e (vi) se fundamentam na histórica desconfiança no governo. Entre esta multiplicidade de interesses e valores constitucionais, é incontestável que a proteção da democracia constitui um dos mais importantes objetivos, senão o mais importante.

Há pouco consenso sobre o que a democracia encerra ou exige. Um desses raros consensos é justamente a *liberdade de expressão*. Modelos clássicos, elitistas, agregativos, participativos, deliberativos e agonísticos, todos concordam que o livre fluxo de ideias e informações é essencial ao autogoverno democrático. A análise desses modelos democráticos permite extrair algumas proposições instrumentais à regulação do direito eleitoral. São elas: democracia é, essencialmente, autogoverno; e sendo autogoverno, é representação e participação; é governo da maioria, sem excluir a minoria e com proteção de direitos fundamentais; é disputa eleitoral e é deliberação pública a partir de razões e cooperação, mas também de confronto entre grupos e interesses, com paixão e competição. Essas proposições reforçam a essencialidade da liberdade de expressão no regime democrático e trazem consequências normativas para a regulação do direito eleitoral.

Se democracia envolve tanto a representação política, como a ampla participação no debate público, a liberdade de expressão deve proteger tanto as manifestações expressivas que ocorrem durante o pleito, quanto aquelas que ocorrem fora dos períodos eleitorais. Se a democracia é governo da maioria, sem excluir a minoria, é absolutamente indispensável viabilizar a inclusão de todos os indivíduos e grupos da sociedade nos fóruns de discussão e decisão política, formais e informais, para que suas necessidades, interesses e opiniões possam se manifestar nas decisões políticas. Por fim, se a democracia é deliberação pública a partir de razões e cooperação, mas também de confronto entre grupos e interesses, com paixão e competição, isso significa, de um lado, que devem ser tutelados e estimulados os processos e canais pelos quais pessoas e grupos cooperam e se unem para promover suas posições ou

para deliberar a respeito de temas de interesse público, e as regras e desenhos institucionais que favoreçam o oferecimento de justificativas e razões públicas para as decisões. De outro lado, também devem ser protegidas a possibilidade de que as pessoas e grupos possam manifestar interesses conflitantes e competir com aqueles que têm visões opostas, e a possibilidade de que a expressão dos pontos de vista e a tentativa de convencimento seja feita, não apenas com razões, mas também de forma emocionada, apaixonada e mesmo fora dos padrões socialmente aceitos de civilidade. Todas essas são exigências da democracia.

A multiplicidade de funções desempenhadas pela liberdade de expressão e as exigências da ordem democrática têm sido invocadas no sistema constitucional brasileiro para justificar a atribuição de uma posição preferencial à liberdade de expressão, que lhe confere uma proteção reforçada contra restrições. A doutrina da posição preferencial das liberdades comunicativas foi inicialmente desenvolvida na jurisprudência norte-americana, mas experimentou grande desenvolvimento no direito internacional, tendo sido reconhecida, a título exemplificativo, pela Corte Interamericana e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, assim como pelas cortes constitucionais da Espanha, da Colômbia, do México e do Brasil. A proteção das liberdades expressivas como direitos preferenciais pressupõe a existência de mecanismos que garantam tal lugar especial, mas ainda há pouco desenvolvimento sobre o tema no Brasil. Defende-se que a posição preferencial envolve o estabelecimento de três consequências: (i) a presunção de primazia da liberdade de expressão no caso de colisões; (ii) o abrandamento da presunção de constitucionalidade das medidas restritivas, e (iii) a presunção de vedação à censura.

O direito à liberdade de expressão: conteúdo e restrições. A liberdade de expressão é de *titularidade universal*, sendo detida por toda e qualquer pessoa, em condições de igualdade e sem qualquer discriminação, abrangendo, ainda, as pessoas jurídicas e coletividades, e é de *titularidade complexa ou bidirecional*, eis que envolve tanto os interesses privados do emissor, quanto dos receptores da comunicação. A liberdade de expressão tem, assim, uma *dupla dimensão individual e coletiva*.

Há uma presunção de que todas as formas de expressão estariam incluídas no âmbito de proteção do direito constitucional, independentemente de seu conteúdo. Em relação à *forma*, parece óbvio que o conteúdo do direito à liberdade de expressão deve incluir a linguagem convencional, oral e escrita, compreendendo, assim, o que é falado e escrito, inclusive por códigos. Estão igualmente contidos neste direito imagens, a faculdade de não falar, a arte, e até condutas (as condutas expressivas ou simbólicas), quando estas forem praticadas com a intenção de transmitir uma mensagem, crítica ou opinião. Contudo, como a

liberdade de expressão não vai ao extremo de proteger “*quem dá alarme falso de fogo em um teatro lotado*”, condutas violentas, a apologia ao ódio que constitua incitação à violência, e a pornografia infantil estão claramente excluídas do âmbito de incidência deste direito.

Em relação aos *tipos* de expressão protegidos, as liberdades comunicativas incluem a expressão de ideias, pensamentos, opiniões, juízos de valor, informações, e quaisquer outros. E não só são tuteladas as manifestações majoritárias, socialmente aceitas, inofensivas ou neutras, mas também aquelas minoritárias, contrárias às crenças estabelecidas, ofensivas e negativas. Em relação às *espécies de conteúdo*, a liberdade de expressão abrange todos os diferentes discursos humanos, os políticos, culturais, artísticos, religiosos, acadêmicos, científicos, comerciais, entre outros. Muito embora todos sejam objeto de proteção, há algumas categorias de discurso especialmente protegidas. Entre elas, é unânime que a expressão de conteúdo político é aquela que deve receber o maior nível de proteção.

O “discurso político” tem merecido um tratamento especial e mais rigoroso em boa parte dos países do ocidente, mesmo naqueles que não conferem à liberdade de expressão uma posição preferencial, como a Alemanha, em razão de sua íntima relação com a democracia. O conceito compreende não apenas a comunicação no âmbito eleitoral, mas toda forma de debate e intercâmbio de ideias necessária à formação da opinião pública sobre temas relacionados à vida política do país. Em síntese, deve envolver (i) os discursos políticos, eleitorais e demais assuntos de interesse público, e (ii) os comentários sobre candidatos a cargos públicos, agentes públicos, outras autoridades, o Estado e suas instituições. Tal proteção especial se reflete na existência de um menor âmbito de proteção da honra, da reputação e da privacidade de agentes públicos e candidatos a cargos públicos, em relação aos demais indivíduos. Isto é, os funcionários públicos devem ter uma “pele mais espessa” (*thick-skinned*) para tolerar críticas. A tutela mais robusta dos discursos sobre temas de interesse público e os agentes estatais, ainda que sejam ofensivos e eventualmente causem danos a alguma reputação, representa uma garantia institucional da democracia, encorajando, e não reprimindo, a deliberação.

Apesar do reconhecimento desse vasto conteúdo e de sua posição preferencial, a liberdade de expressão não é um direito absoluto. Como qualquer outro direito fundamental, ela submete-se a limites que decorrem da necessidade de harmonizá-la com outros valores e direitos constitucionalmente tutelados conflitantes. Muito embora o texto da Constituição de 1988 não traga um elenco de hipóteses de restrição, reconhece-se que a validade constitucional de qualquer limitação estará condicionada à observância de determinados limites formais e materiais, denominados pela doutrina de “*limites dos limites*” e, no direito

internacional, como “teste tripartite”. Entre eles, destaca-se: (i) o respeito ao *princípio da reserva legal*, (ii) o objetivo de proteção de outros interesses e valores constitucionalmente tutelados de elevado valor axiológico, e (iii) a observância do *princípio da proporcionalidade*.

Na última parte do teste, a ponderação entre os objetivos em conflito deve considerar tanto a posição preferencial que ostentam as liberdades comunicativas no sistema constitucional brasileiro, quanto, se for o caso, a especial proteção que merecem os discursos políticos. Isso trará as seguintes consequências para o intérprete: (i) a presunção de primazia da liberdade de expressão; (ii) o escrutínio estrito das medidas restritivas, justificando a inversão da presunção de constitucionalidade; e (iii) a presunção de vedação à censura. Nos casos em que estiverem em jogo discursos que digam respeito a temas político-eleitorais e a candidatos, políticos e funcionários públicos em geral, a análise da proporcionalidade deve ser ainda mais rigorosa. Mesmo quando o exercício da liberdade de expressão for abusivo, os remédios devem ser *posteriori*, com preferência pelo direito de resposta/retificação, e, somente quando este for insuficiente, a responsabilidade civil, sempre em valores moderados e estritamente proporcionais. Na dúvida, sempre deve prevalecer a liberdade de expressão.

Direito Eleitoral, liberdade de expressão e Constituição: um diagnóstico. O direito eleitoral constitui um campo particularmente importante de incidência da liberdade de expressão. Em regimes representativos, o voto e a liberdade de expressão configuram dois importantes instrumentos de legitimação da democracia, permitindo que os interesses e as opiniões dos cidadãos sejam considerados na formação do governo e na atuação dos representantes. No entanto, eles não bastam. É necessária a criação de *regras do jogo eleitoral* que assegurem tanto a liberdade de expressão, quanto a garantia de um processo competitivo, justo e legítimo. O direito eleitoral é justamente o ramo do Direito Público que se dedica ao estudo do conjunto de normas – as *regras do jogo* – que regulam a eleição dos órgãos representativos.

No Brasil, esta disciplina ainda se encontra em sua infância. A dogmática eleitoral experimenta um grave subdesenvolvimento teórico, que se reflete em três principais deficiências. Em primeiro lugar, ainda não se formulou um catálogo de princípios substantivos específicos eleitorais que derivem da Constituição e sejam capazes de conferir unidade e coerência à disciplina. Como resultado, há uma dificuldade de identificação e de equacionamento dos conflitos entre valores e interesses em jogo, que se reflete, sobretudo na contumaz negligência a respeito da proteção da liberdade de expressão. Em segundo lugar, o direito eleitoral estrutura-se a partir de fundamentos teóricos inconsistentes e contraditórios com o ideal democrático. A disciplina se funda em uma *concepção asséptica* do processo

político, pretendendo suprimir as paixões e os conflitos que são de sua essência; em uma *concepção elitista* da política, que tem como ideal a marginalização e a diminuição da temperatura da política; em uma *concepção paternalista*, que pressupõe a ausência de capacidade de discernimento dos cidadãos para tomar decisões políticas; e em uma *concepção autoritária*, comprometida, não com os ideais democráticos da Carta de 1988, mas com a asfixia da liberdade de expressão e da participação política que marcou os períodos ditatoriais no Brasil. Em terceiro lugar, este ramo do direito possui uma regulação excessiva, assistemática, muitas vezes contraditória e casuística. A legislação eleitoral brasileira é uma das mais extensas e restritivas no mundo, tem sido objeto de constantes reformas, carentes de coerência e de sistematização. A partir desse diagnóstico, conclui-se que o direito eleitoral ainda não foi *constitucionalizado*, tendo se estruturado sem suficiente irradiação dos valores e normas constitucionais, em especial da liberdade de expressão.

Valores e Interesses Constitucionais em jogo no Processo Eleitoral. Muito embora a Constituição não tenha trazido um catálogo expresso de princípios eleitorais e não haja consenso sobre o tema na doutrina e na jurisprudência, é possível extrair da Carta de 1988 quatro diretrizes básicas para a regulação do processo político-eleitoral. As regras do jogo devem garantir: (i) a igualdade política entre os cidadãos; (ii) a igualdade de oportunidades ou paridade de armas aos candidatos e partidos; (iii) a legitimidade do processo eleitoral, e (iv) a liberdade de expressão político-eleitoral. Estas diretrizes serão chamadas de princípios constitucionais eleitorais.

O princípio da igualdade política entre os cidadãos tem dois conteúdos básicos: (i) a *igualdade de valor do voto*, mandado dirigido às instituições eleitorais, que devem garantir a maior extensão do sufrágio e a maior equidade possível quanto ao peso atribuído a cada voto na distribuição dos mandatos, e (ii) a *igualdade de possibilidade de participação*, relacionada à liberdade de expressão, que pressupõe que todos possuam iguais oportunidades para participar dos processos de deliberação coletiva e para influenciar o resultado do pleito. Por sua vez, o princípio da igualdade de oportunidades compõe-se: (i) da *igualdade de acesso à competição eleitoral*, de modo a assegurar que todas as ideias políticas presentes na sociedade possam participar da disputa por cargos políticos, e (ii) da *igualdade de oportunidades de visibilidade* junto ao eleitorado, que exige a garantia da ampla liberdade de expressão e a contenção do abuso dos poderes econômico, midiático e político, de modo que haja uma real competitividade na disputa. Já o princípio da legitimidade do pleito abrange (i) a *autenticidade do voto*, obtida por meio da garantia de que os cidadãos sejam livres e independentes para formular seus julgamentos e para expressar nas urnas suas conclusões e

convicções, sem vícios na formação e na declaração de vontade do eleitor, e, ainda, (ii) a *veracidade do escrutínio*, que impõe que o resultado final das eleições espelhe a vontade popular depositada nas urnas e não seja falseado ou fraudado. Finalmente, a liberdade de expressão político-eleitoral constitui princípio tão essencial no processo eleitoral que compõe o conteúdo de todos os demais princípios substantivos estruturantes do direito eleitoral.

Além dos princípios constitucionais eleitorais, outros princípios constitucionais têm sido invocados correntemente para justificar a restrição da liberdade de expressão nas eleições, como a proteção ao meio ambiente, o cumprimento de posturas municipais e a proteção aos direitos da personalidade dos candidatos. Em relação a esses interesses, a liberdade de expressão assume um status preferencial em caso de colisão. Por isso, sua limitação será, em regra, indevida. Finalmente, algumas considerações empíricas e institucionais, que devem ser consideradas na regulação do direito eleitoral. Entre elas, destacam-se: (i) a *extensão continental do país* e a existência de *múltiplas realidades* locais, (ii) a dificuldade de estruturação e atuação eficaz da Justiça Eleitoral em todo o país, (iii) a *definitividade* dos resultados das urnas, e (iv) a cultura censória em que estão inseridos legisladores, juízes e a sociedade em geral. Todas essas considerações práticas e institucionais devem ser sopesadas com os demais interesses em jogo no processo eleitoral.

O tempo das campanhas eleitorais. *Duração das campanhas e propaganda eleitoral extemporânea.* As campanhas têm, em regra, duração de cerca de 3 meses, iniciando-se após o dia 5 de julho do ano eleitoral. Toda a propaganda eleitoral veiculada fora do prazo legal – *i.e.*, 6 de julho – é considerada antecipada (ou extemporânea) e, logo, irregular. Não há, porém, uma definição clara do que seja propaganda antecipada. As definições existentes parecem se confundir com a própria essência da política, restringindo desproporcionalmente as liberdades comunicativas desses atores. Em verdade, a limitação da duração das campanhas eleitorais e a vedação à propaganda veiculada antecipadamente têm como fundamento o princípio da igualdade de oportunidades entre partidos e candidatos.

Portanto, propõe-se dois parâmetros para caracterizar a propaganda eleitoral extemporânea. Um primeiro é o exposto pedido de votos para si ou contra possível adversário. Nenhum pré-candidato pode fazer um pedido exposto de votos antes do início da campanha. Caso o faça, estará “queimando” a largada oficial do pleito. O segundo critério, a ser utilizado quando não há postulação explícita de voto, é o potencial efetivo da mensagem para desequilibrar a disputa, o que deve ser aferido não apenas pelo conteúdo da propaganda, mas especialmente a partir da consideração de elementos como o meio de comunicação ou veículo utilizado, os custos incorridos para a veiculação, o alcance e a repetição da

mensagem, a possibilidade de outros pré-candidatos divulgarem mensagem semelhante, em igualdade de condições, o emissor, a data da sua divulgação e o tempo de permanência, entre outras circunstâncias. Quando a mensagem não puder promover um desequilíbrio na competição eleitoral, especialmente quando se tratar de manifestação espontânea da cidadania, a atuação da Justiça Eleitoral configurará grave violação à liberdade de expressão.

*Período de reflexão calma ou silêncio eleitoral.* Além das restrições à propaganda divulgada anteriormente ao início das campanhas, a legislação eleitoral brasileira estabelece uma série de restrições temporais à veiculação de propaganda e aos demais atos de campanha, nos dias imediatamente anteriores ao pleito, criando o chamado “período de reflexão calma” ou “silêncio eleitoral”. Seu suposto objetivo é o de garantir aos eleitores um período ao final da campanha para refletirem de forma calma e tranquila sobre suas escolhas políticas, longe das interferências, paixões e confusões que marcam as campanhas eleitorais e a cobertura midiática (para garantir a *autenticidade do voto*) e em um clima de ordem e sem tumultos no dia do pleito (para garantir a *averacidade do escrutínio*). Porém, esses objetivos não são efetivamente alcançados pelo estabelecimento do período de reflexão nos moldes da legislação brasileira e acabam restringindo de forma desproporcional a liberdade de expressão.

Em relação à *autenticidade do voto*, não se pode considerar que o calor e a agitação que são produzidos pelas campanhas e pela veiculação da propaganda eleitoral sejam capazes de viciar a manifestação de vontade dos eleitores, impedindo-os de fazer uma escolha de voto informada ou “racional”. Já em relação à *veracidade do escrutínio*, é possível defender que a garantia de um nível mínimo de ordem e tranquilidade nas sessões eleitorais seja uma medida *adequada* à manutenção de ambiente que proteja a liberdade de voto e a legitimidade do pleito. Nesse caso, porém, somente se justificaria a proibição no dia do pleito e nas imediações das sessões eleitorais.

*Limites Temporais à divulgação de Pesquisas Eleitorais.* A proibição da divulgação dos resultados de pesquisas de intenção de voto nos dias precedentes à realização da votação tem como alegada finalidade impedir que eventuais falhas nos seus resultados possam influenciar e falsear a vontade dos eleitores, assim como evitar a manipulação dos resultados dos resultados. Sob essa ótica, tais regulações serviriam para garantir a legitimidade do processo eleitoral e a autenticidade do voto. Porém, tais limitações temporais são *inadequadas* para estes fins, já há como impedir que o eleitor seja influenciado pelos fatos que o cercam. O que se deve evitar é que o eleitor seja *indevida e dolosamente* influenciado por pesquisas falsas e manipuladas. Nesse caso, a medida não seria *necessária*, pois a própria legislação já



positivou meios menos gravosos à liberdade de expressão, como a obrigação de registro na Justiça Eleitoral. A vedação à divulgação de pesquisas nos 15 dias anteriores ao pleito foi declarada inconstitucional perante o STF. Permanece em vigor, sem qualquer questionamento, a proibição à divulgação de pesquisas de boca de urna até o encerramento da votação em toda a circunscrição do cargo desejado, instituída pela Res. TSE nº 23.400/13. O dispositivo não se coaduna com a liberdade de expressão: viola o princípio da reserva legal, e limita desproporcionalmente este direito, já que o cidadão tem o direito de ser informado sobre os resultados das pesquisas realizadas no dia da eleição.

O conteúdo das campanhas eleitorais. As regras do jogo eleitoral, além de regularem o tempo das campanhas, propõem uma série de limitações ao conteúdo das mensagens que serão transmitidas. As intervenções no conteúdo das manifestações políticas são sempre as mais drásticas, pois excluem do debate público ideias e informações. Nas campanhas brasileiras, porém, elas são muito frequentes. Diversos conteúdos essenciais à tomada de decisão de voto são vedados pela legislação eleitoral, como a propaganda negativa, a emoção e o humorismo.

*Política e Propaganda negativa.* A crítica política é essencial ao debate democrático. Em disputas acirradas por cargos eletivos, é natural que candidatos e partidos não se limitem a discutir propostas e programas de governo e utilizem também a estratégia de desqualificar seus oponentes. Trata-se da chamada propaganda negativa. Alguma dose de propaganda negativa, mais do que inevitável, é benéfica ao processo democrático, já que: estimulam o debate público, possibilitam maior debate sobre os pontos fracos dos competidores e de suas propostas, são um antídoto contra a demagogia das propagandas, atraem a atenção do eleitorado e dos meios de comunicação, além de serem inerentes ao direito de oposição. Por tudo isso, a proibição da negatividade nas campanhas, ainda que destinada a aumentar a qualidade do debate e instaurar um clima de lealdade entre os oponentes, introduz uma limitação inconstitucional à liberdade de expressão.

Porém, durante o 2º turno das eleições de 2014, o TSE, descontente com o baixo nível dos debates, proibiu a utilização do horário eleitoral gratuito para veicular ofensas e acusações. Seu entendimento é o de que o espaço reservado à propaganda eleitoral deve ser preenchido exclusivamente por mensagens programáticas. Todavia, a nova orientação viola a Constituição: constitui restrição a um conteúdo extremamente valioso para as eleições, infringe o princípio da reserva legal, é paternalista, traz enorme prejuízo à segurança jurídica, além de ensejar possível violação à paridade de armas entre candidatos.

*Política e Emoção.* As campanhas brasileiras também têm sido acompanhadas de uma pretensão de depurar o componente emocional do jogo político. Essa pretensão se funda na ideia de que o direito de voto deve corresponder ao exercício de uma competência puramente racional e que as emoções seriam manifestações inatas e irracionais, e, logo, a antítese de um processo político maduro e equilibrado. Por isso, sentimentos deveriam ser reprimidos e suprimidos dos julgamentos políticos. Tal perspectiva está ultrapassada. Os estudos mais modernos no campo da neurociência, da psicologia e da sociologia chegaram ao consenso de que não há uma dicotomia entre razão e emoção. A comunicação eleitoral não serve apenas à função de comunicar ideias, mas também de transmitir emoções, igualmente essenciais ao convencimento e à persuasão de seus receptores. Ansar que as decisões sejam tomadas com base em um cálculo – frio – de utilidade, não é purificar a política, mas amesquinhá-la.

A pretensa cisão entre razão e emoções na política encontra base normativa no artigo 242 do Código Eleitoral, editado em plena ditadura militar, que dispõe que a propaganda não deverá “*empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais*”. Este dispositivo não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Tentativas de excluir as emoções da política são impraticáveis. Em todos os seus sentidos possíveis, o artigo 242 não é capaz de promover nenhum interesse constitucional relevante: não protege a igualdade política entre cidadãos, a paridade de armas entre candidatos, a legitimidade do processo eleitoral ou a liberdade de expressão, servindo, ao contrário, à censura e ao silenciamento de críticas políticas durante o processo eleitoral.

A tentativa de apartar as emoções da política também está presente na proibição da realização de showmício e de apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral, prevista na Lei das Eleições. Tratam-se de restrições à um meio de propaganda eleitoral e à liberdade política da classe artística, que não se justificam pelo objetivo de tutelar o eleitor, porque isso importaria conceber as manifestações artísticas como imperfeições capazes de alterar, de modo “emotivo”, as suas preferências. Tampouco se justificariam pela redução dos custos de campanha, já que a medida sequer é *adequada* a este fim. Diminuir custos com showmícios não reduz os dispêndios dos candidatos, que simplesmente aplicarão o dinheiro em outros meios de propaganda. A única finalidade legítima seria a garantia da paridade de armas entre os candidatos, já que somente os candidatos com maior poder econômico poderiam utilizar esse veículo de propaganda. Nesse caso, a restrição somente será válida, caso haja efetiva ameaça à igualdade de chances.

*Política e Humorismo.* Outro conteúdo atacado nas campanhas brasileiras tem sido o humor. Há duas possíveis justificativas para tanto. A primeira é a ideia de que a veiculação de

sátiras produziria um dano à honra e reputação dos candidatos e, assim, afetaria a paridade de armas na disputa. Porém, não se pode assumir que a crítica tenha a potencialidade de afetar a isonomia. Calar críticas e sátiras seria, isso sim, desigualar a competição, quebrando a neutralidade estatal para proteger a honra de determinado candidato. Defender a liberdade ao humor implica aceitar que ele pode desagradar e ferir a reputação de alguém. A segunda justificativa é a ideia de que proibir o humor é capaz de evitar interferências ilegítimas na formação da vontade dos eleitores, o que é falho, pois a sátira não distorce o ambiente de deliberação e não se pode presumir que o eleitor não tem discernimento para perceber a piada.

Os Meios de Comunicação e as Campanhas Eleitorais. O debate eleitoral acontece em todos os meios e lugares. Nas emissoras de rádio e televisão, nos jornais e revistas, nos portais da internet e nas redes sociais. Os meios de comunicação desempenham diversos papéis essenciais nas eleições: eles atuam como “cão de guarda” (*watchdog*) do sistema político, servem como uma das principais plataformas de campanha dos candidatos e partidos; transformam-se em um fórum público de debate; e exercem uma função educacional e informativa. No entanto, de acordo com as regras do jogo, o meio de comunicação utilizado faz diferença. A legislação eleitoral submete as mídias a distintos regimes jurídicos.

*A TV e o Rádio e as Eleições.* As emissoras de televisão e de rádio encontram-se sujeitas ao mais rigoroso regramento em período de eleições, por constituírem concessões públicas e pelo fato de as mensagens difundidas por esses meios terem maior abrangência e serem mais ostensivas, impondo-se a um elevado número de espectadores. No direito eleitoral, a regulação desses meios de comunicação se dá, em primeiro lugar, pela imposição do horário eleitoral gratuito (o direito de antena), como forma de garantir a igualdade de oportunidades entre candidatos e partidos políticos e o pluralismo informacional, e mitigar a influência do poder econômico sobre os resultados do pleito, já que o acesso a esses veículos envolve vultosos custos. O grande problema da regulação do direito de antena atualmente é quesomados o curto tempo dos candidatos de partidos pequenos, e a proibição de emprego de recursos técnicos, de recortes de jornal e revista, e veiculação de entrevistas, esta ferramenta deixa de cumprir os objetivos de despertar a atenção do eleitorado, aumentar do potencial informativo das campanhas e garantir maior paridade de armas na disputa. Torna-se, assim, cada vez mais semelhante à Lei Falcão, editada na ditadura militar.

Em segundo lugar, a regulação eleitoral se dá pela imposição às emissoras de rádio e tv de algumas obrigações e restrições relativas à sua programação normal e noticiário, buscando garantir a imparcialidade e a equidistância e impedindo que candidatos possam ser beneficiados ou prejudicados pela cobertura midiática. O dever da imparcialidade não vedaa

opinião favorável ou contrária a candidato, salvo quando descambar para a propaganda política, comprovando-se que o meio de comunicação agiu com abuso de poder midiático, utilizando a sua programação de forma ostensiva para favorecer ou prejudicar um candidato.

*A Imprensa Escrita e as Eleições.* A imprensa escrita se submete a uma regulação muito menos rígida do que aquela aplicável ao rádio e à televisão, não se sujeitam ao regime de imparcialidade e isenção durante os pleitos, permitindo-se que adotem uma linha editorial favorável ou contrária a candidatos e partidos. Em relação ao controle da imprensa escrita, a Justiça Eleitoral tem somente três competências: (i) realizar o controle dos requisitos e limitações da propaganda paga, (ii) impor o direito de resposta, nos casos de afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica pela imprensa, e (iii) apurar eventual abuso de poder econômico ou uso indevido dos meios de comunicação.

*A Internet e as Eleições.* A internet e as novas mídias em geral desempenham um papel cada vez mais importante durante as eleições. Elas constituem veículos de comunicação muito diferentes das mídias tradicionais. No mundo virtual, não há escassez de espaços de publicação, não há empresas concessionárias, nem há transmissão forçada das mensagens aos internautas, o que torna os sistemas regulatórios aplicáveis às mídias tradicionais, em boa medida, inadequados para as redes. No Brasil, porém, a regulação do uso da internet nas eleições reflete a falta de compreensão sobre a estrutura e o funcionamento da rede. A regulação da rede tem sido extremamente restritiva. Proíbe-se a propaganda paga, limita-se a propaganda antecipada, e confunde-se crítica legítima dos cidadãos com propaganda negativa.

O Dinheiro e as Campanhas Eleitorais. O dinheiro tem a possibilidade de afetar negativamente o processo eleitoral democrático, por diversas formas, como a compra de votos, o acesso desigual a recursos pelos diferentes candidatos e partidos, em violação à paridade de armas, e pela influência indevida do poder econômico sobre os resultados do pleito. Para afastar essas ameaças, a legislação eleitoral brasileira traz extensa regulação do financiamento eleitoral. Na prática, porém, o modelo vigente no Brasil tem atuado justamente na contramão desses objetivos.

Dinheiro e discurso se relacionam de algumas maneiras. De um lado, o dinheiro é usado para *incentivar* ou *viabilizar* o discurso. Nessa perspectiva, apesar de o dinheiro não *ser* expressivo de nenhuma ideia em particular, ele tem *dimensão instrumental* diretamente ligada à liberdade de expressão, servindo para a produção e para a divulgação do discurso. De outro, o ato de dar ou de gastar dinheiro pode ser, em si, uma “conduta expressiva”, usada pelo agente para manifestar seus próprios interesses, convicções e preferências, apresentando uma *dimensão comunicativa*. Porém, ambas as conexões entre dinheiro e discurso não são

suficientes para que se diga que restrições ao uso do dinheiro nas eleições devem ser tratadas como restrições à liberdade de expressão ou para afastar de plano a regulação do financiamento de campanhas. No caso da regulação brasileira, ao contrário, a imposição de tetos de gastos aos candidatos e partidos, e o estabelecimento de tetos de doações podem inclusive ser benéficas à livre circulação de ideias e informações político-eleitorais.

Em relação aos gastos em campanha, o estabelecimento de limites absolutos de dispêndios é uma das principais formas de garantir a igualdade de oportunidades entre os candidatos e partidos, evitando que o dinheiro tenha papel decisivo nos resultados eleitorais. Esta regulação somente afetaria a liberdade de expressão se fixado em patamares muito reduzidos, provocando restrição ilegítima da comunicação política. Na lei eleitoral, ainda que haja previsão de lei a ser editada com limites uniformes, como a lei nunca foi editada, partidos são livres para fixar os próprios tetos, de modo que, na prática, não há limites. Ao longo dos anos, para atender o clamor da população pela redução de custos das campanhas, o Legislativo, ao invés de propor um limite geral, introduziu diversas restrições a meios específicos de propaganda, como a proibição de *outdoor*, limitação de tamanhos de adesivos ou placas. Tais restrições pontuais aos meios de campanha são mais gravosas à liberdade de expressão do que a imposição de um teto geral de gastos, já que impedem que os candidatos selecionem quais os meios entendem mais efetivos para transmitir as suas mensagens aos eleitores. Além disso, são totalmente ineficazes para a restrição dos custos de campanha e para a promoção da paridade de armas entre os competidores, já que a proibição de um meio de propaganda apenas promove a transferência do uso dos recursos para outros meios permitidos. A forma mais adequada de garantir a paridade de armas e a diminuição dos gastos é por meio da imposição de um teto de gastos absoluto por cargo em disputa.

Em relação ao financiamento de campanha, a imposição de tetos de doações e de vedações a doações de determinadas entidades tem o fim de garantir a igualdade de oportunidades entre os partidos e assegurar a legitimidade das eleições, com a contenção da influência do poder econômico e o combate à corrupção. Na dimensão instrumental, tal regulação apenas restringiria indevidamente as liberdades comunicativas, caso o teto de doações imposto fosse tão baixo a ponto de não assegurar meios para que os competidores possam obter os recursos para a disputa. Ainda que se admita que as doações de campanha têm dimensão expressiva, eventuais limitações não são incompatíveis com a liberdade de expressão, já que se voltariam a impedir que candidatos mais abastados tenham mais chances de vitória, impedir que o resultado do pleito seja mais determinado pela quantidade de doações do que pelo apoio popular; e evitar a formação de laços de dependência entre candidatos e

seus doadores. No Brasil, porém, a legislação eleitoral, que institui limite às doações de pessoas naturais baseado em percentual de seus rendimentos, não define limites para o uso de recursos próprios por candidatos e admite doações de pessoas jurídicas, não promove nenhum dos princípios constitucionais eleitorais, nem mesmo a liberdade de expressão.

Por outro lado, a adoção de limite *per capita* uniforme e em baixo patamar tanto para doações por pessoas físicas, quanto para o uso de recursos próprios por candidatos em suas campanhas, assim como a proibição de doações por pessoas jurídicas a campanhas e partidos políticos não afetariam a liberdade de expressão. No caso de pessoas naturais, seria mantida a possibilidade de doações de pequenas quantias, permitindo a expressão simbólica de apoio. No caso de empresas, como boa parte delas contribui para partidos e candidatos rivais que não guardam nenhuma identidade programática ou ideológica entre si, é difícil concebê-las como exercício da liberdade de expressão. Ainda que se admitisse essa possibilidade, as doações de campanha são aspecto do direito à participação política, que não é assegurado às pessoas jurídicas, e a impossibilidade de doar não impede que empresas possam exercer sua liberdade de expressão na arena do debate público. Por tudo isso, a regulação do financiamento de campanha nesses moldes, ao invés de restringir, até mesmo promoveria a liberdade de expressão, voltando-se contra o “efeito silenciador do discurso” que é produzido pelo despejo de grandes quantidades de dinheiro dos grandes doadores de campanhas, que acabam abafando a voz de eleitores e retirando a importância prática das pequenas contribuições dos cidadãos – estas sim, de caráter eminentemente expressivo.

### **Política, Palavra, Paixão**

Política não se faz com ódio, pois não é função hepática. É filha da consciência, irmã do caráter, hóspede do coração. (...). Quem não se interessa pela política, não se interessa pela vida

*Ulysses Guimarães*

O Brasil vive um momento de profundo desencantamento com a política. Há um inegável déficit de representatividade das instituições majoritárias e dos governantes eleitos pelo voto popular. A política é tida por boa parte da população como algo “sujo” e impuro” e que, por isso, não merece atenção – ou pior, merece o desprezo. Não há, porém, democracia

sem política. Como diz o Ministro Luís Roberto Barroso, trata-se de “um gênero de primeira necessidade”.

Essa visão da política tem “contaminado” gravemente a teoria do direito eleitoral. Ao longo deste estudo, demonstrou-se que tais “regras do jogo” hoje refletem concepções elitistas, paternalistas, autoritárias e assépticas do processo político-eleitoral, de modo inconsistente e contraditório com o ideal democrático. O trabalho buscou, então, lançar um novo olhar para esta disciplina, a partir das lentes da Constituição e, mais especificamente, da liberdade de expressão.

No lugar de uma *concepção elitista*, que busca restringir a participação da cidadania e dos demais atores no processo eleitoral e “resfriar” o debate público, reivindico “mais calor”. Isto é, uma concepção participatória, que tenha como norte o aumento do interesse e do engajamento da população nos pleitos. No lugar de uma *concepção asséptica*, que pretende suprimir as emoções, os conflitos e suas pretensas “impurezas”, reivindico a associação da política não só a argumentos e razões, mas também a experiências afetivas e paixão. No lugar de uma *concepção paternalista*, que pressupõe a ausência de discernimento dos cidadãos para a escolha eleitoral, reivindico a restauração da “palavra” e da “voz” da população, reconhecendo cada indivíduo como um agente moral autônomo digno de igual respeito e consideração. No lugar de uma *concepção autoritária*, comprometida com a asfixia das liberdades e da atividade política, reivindico o fim da persistente censura e a reafirmação da plena liberdade de expressão. O caminho que, apaixonadamente, proponho para a superação do atual descrédito do sistema representativo é portanto, o caminho da palavra e da participação.

\*\*\*\*\*

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce; AYRES, Ian. **Voting with dollars: a new paradigm for campaign finance**. London: Yale University Press, 2002.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALLEN, David S.; JENSEN, Robert. **Freeing the First Amendment: critical perspectives on freedom of expression**. New York: New York University Press, 1995.
- AMARAL, Roberto; CUNHA, Sergio Sérvulo da. **Manual das Eleições**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ANSOLABEHRE, Stephen; IYENGAR, Shanto. **Going negative: how attack ads shrink and polarize the electorate**. New York: Free Press, 1995.
- ANTIEAU, Chester James. The Rule of Clear and Present Danger: Scope of Its Applicability. **Michigan Law Review**, Michigan, v. 48, p. 811-840, mar.1950.
- BAKER, C Edwin. Scope of the First Amendment freedom of speech. **Ucla Law Review**,v. 25, p. 964, 1977.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica Dos Princípios Constitucionais o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- \_\_\_\_\_. Balancing Freedom of Expression and Privacy: The Jurisprudence of the Strasbourg Court. **Journal of Media Law**, [ S.l.], v. 1, n. 1, p. 49-72, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva,1996.
- \_\_\_\_\_. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro,v. 790, p. 129-152, 2001.
- \_\_\_\_\_. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de direito privado**,[S.l.], v. 18, p. 105-143, 2004.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**,[ S.l.], v. 240, p. 1-42, 2005.
- \_\_\_\_\_. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**.Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2009.



\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. In: ESTUDOS Avançados de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

BENHABIB, Seyla. **Democracy and difference:** contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996.

BEREZIN, Mabel. Secure states: towards a political sociology of emotion. **The Sociological Review**, v. 50, n. 2, p. 33-52, 2002.

BEVIER, Lillian R. The first amendment and political speech: An inquiry into the substance and limits of principle. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 30, p. 299-358, 1978.

\_\_\_\_\_. Money and Politics: A Perspective on the First Amendment and Campaign Finance Reform. **California Law Review**, California, p. 1045-1090, 1985.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 5, 2006.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. Meios de comunicação, voto e conflito político no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [S.l.], v. 28, n. 81, p. 77-95, 2013.

BLASI, Vincent. Free Speech and the Widening Gyre of Fund-Raising: Why Campaign Spending Limits May Not Violate the First Amendment After All. **Columbia Law Review**, v.94, p. 1281-1325, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Democracy and dictatorship:** The nature and limits of state power. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

\_\_\_\_\_. **El futuro de la democracia.** Fondo de Cultura Económica, 2001.

BOLLINGER, Lee C. **The tolerant society:** Freedom of speech and extremist speech in America. New York: Oxford University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Uninhibited, robust, and wide-open:** a free press for a new century. New York: Oxford University Press, 2010.

BOLLINGER, Lee C.; STONE, Geoffrey R. **Eternally vigilant:** free speech in the modern era. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

BORK, Robert H. Neutral principles and some First Amendment problems. **Indiana Law Journal**, v. 47, n. 1, p. 1-35, 1971.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de expressão e direito à honra:** uma nova abordagem no direito brasileiro. Joinville: Bildung, 2010.

BRIFFAULT, Richard. Issue Advocacy: Redrawing the Elections/Politics Line. **Texas Law Review**, v. 77, p. 1751, 1998.

BRITO, Auriney; LONGHI, João Victor R. **Propaganda eleitoral na internet**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BULLOCK, David. Electoral expression with institutional bounds: Framing judicial treatment of elections in New Zealand. **Victoria U. Wellington L. Rev.**, v. 42, p. 459, 2011.

CAHN, Edmond. The Firstness of the First Amendment. **Yale Law Journal**, Connecticut, v. 65, p. 464-481, 1956.

CAMACHO, Santiago Vásquez (Coord.). **Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales**. México: Editorial Porrúa, 2007.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**: justiça eleitoral, registro de candidatos, propaganda política, votação, apuração, recursos eleitorais, impugnação de mandato, crimes eleitorais, processo penal eleitoral. 11.ed. São Paulo: Edipro, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito penal eleitoral & processo penal eleitoral**. São Paulo: Edipro, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Edipro, 2012.

\_\_\_\_\_. Da conveniência e oportunidade do ensino do Direito Eleitoral. **Resenha Eleitoral - Nova série**, v. 2, n. 1, p. 1, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva-Almedina-IDP, 2013.

CAPALDI, Nicholas. **Da Liberdade de Expressão**: uma antologia de Stuart Mill a Marcuse. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, Instituto, 1974.

CARBONELL, Miguel. **La libertad de expresión en materia electoral**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: O longo caminho. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie** (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Direito eleitoral e processo eleitoral**: direito penal eleitoral e direito político. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático. **Estudos Avançados**, [S.l.], v. 14, n. 38, p. 307-320, 2000.

CONDE, Enrique Alvarez. Los principios del derecho electoral. **Revista del Centro de**

**Estudios Constitucionales**,v. 9, n. 9, p. 1991.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda Eleitoral**. 5.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2009.

DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. Trad. Fernando Limongi. São Paulo: EDUSP, 1997.

DAHL, Robert A. **On political equality**. New Haven: Yale University Press, 2006.

DAMASIO, Antonio. **Descartes' error**: Emotion, reason and the human brain. New York: Avon Books, 1994.

DANTAS, Marcelo; OLIVEIRA, Samuel Augusto; SOUSA, Marcelo Augusto de M. R. de. Formação acadêmica e Direito Eleitoral: do ostracismo à novidade. **Cadernos Adenauer**,v. XV, n. 1 - Justiça Eleitoral, 2014.

DAWOOD, Yasmin. Democracy, power, and the Supreme Court: Campaign finance reform in comparative context. **International Journal of Constitutional Law**,v. 4, n. 2, p. 269-293, 2006.

\_\_\_\_\_. Democracy and the Freedom of Speech: Rethinking the Conflict between Liberty and Equality. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**,v. XXVI, n. 2, p. 293-311, 2013.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. **Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa**. Fondo de Cultura Económica, 2005.

DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. **Dictionnaire constitutionnel**. Presses universitaires de France, 1992.

DWORAK, Fernando. A favor de las campañas negativas: Un alegato para México. **Revista IUS**,v. 6, n. 30, p. 118-135, 2012.

DWORKIN, Gerald **Paternalism: some second thoughts**(ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Oxford: Oxford University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. **A Virtude Soberana**: A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. The “devastating” decision. **New York Review of Books**, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law : the moral reading of the American Constitution**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. **Is democracy possible here?**: principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

ELSTER, Jon. The market and the forum: three varieties of political theory. In: Elster, Jon; Hylland, Aanud (coord.), **Foundations of Social Choice Theory**. Cambridge: Cambridge

University Press, 1986.

ELSTER, Jon; OFFE, Claus; PREUSS, Ulrich Klaus. **Institutional design in post-communist societies: rebuilding the ship at sea.** Cambridge, U.K.; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 1998.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review.** Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EMERSON, Thomas E. **System of Freedom of Expression.** First Thus. Random House Trade Paperbacks, 1970.

\_\_\_\_\_. Toward a general theory of the First Amendment. **Yale Law Journal**, v. 72, n. 5, p. 877-956, 1963.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro.** São Paulo: Globo Livros, 2013.

FARBER, Daniel A. **The First Amendment (Concepts & Insights).** 2.ed. New York: Foundation Press, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação.** Porto Alegre: SA Fabris, 2008.

FILHO, Carlos Neves. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política.** Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

FISH, Stanley Eugene. **There's no such thing as free speech, and it's a good thing, too.** New York: Oxford University Press, 1994.

FISS, Owen. **The irony of free speech.** Harvard University Press, 2009.

FISS, Owen M. Free speech and social structure. **Iowa Law Rev.**, v. 71, n. p. 1405, 1985.

\_\_\_\_\_. Money and Politics. **Columbia Law Review**, v. 97, n. 24, p. 2470-2484, 1997.

\_\_\_\_\_. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FULLER, Lon L. **The morality of law.** New Haven: Yale University Press, 1977.

GARVEY, John H.; SCHAUER, Frederick F. **The First Amendment: A Reader.** St. Paul: West Academic Publishing, 1996.

GEER, John; LAU, Richard R. Filling in the blanks: A new method for estimating campaign effects. **British Journal of Political Science**, v. 36, n. 2, p. 269-290, 2006.

GEER, John G. **In defense of negativity: Attack ads in presidential campaigns.** Chicago: University of Chicago Press, 2008.

GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. **Comparative constitutional law.** Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

**Direito Eleitoral Contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**, v. 13, n. 1, p. 9-29, 2015.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. Boston: Beacon, 1984.

\_\_\_\_\_. Três modelos normativos de democracia. **Lua nova**, v. 36, p. 39-53, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen; MCCARTHY, Thomas. **Communication and the Evolution of Society**. McCarthy, Thomas: 1991.

HELD, David. **Models of democracy**. Stanford: Stanford University Press, 1987.

HELLMAN, Deborah. Money Talks but It Isn't Speech. **Minnesota Law Review**, v. 95, p. 953, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. SA Fabris Editor, 1991.

HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (coord). **O Supremo Por Seus Assessores**. São Paulo: Almedina Brasil, 2014.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark V. **Comparative constitutional law**. New York: Foundation Press, 1999.

JAMIESON, Kathleen Hall. **Dirty politics : deception, distraction, and democracy**. New York: Oxford University Press, 1992.

JUNIOR, João Bosco Araujo Fontes. **Liberdades e Limites na Atividade de Rádio e Televisão**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é o iluminismo? **A paz perpétua e outros opúsculos**, v. Trad. de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez As liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal In: SARMENTO, Daniel. SARLET, Ingo

Wolfgang (ed.), **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KOMMERS, Donald P. The federal constitutional court: Guardian of German democracy. **The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science**, v. 603, n. 1, p. 111-128, 2006.

KROTOSZYNSKI, Ronald J. **The first amendment in cross-cultural perspective: A comparative legal analysis of the freedom of Speech**. New York: NYU Press, 2006.

LANGE, Bernd-Peter; WARD, David (eds.). **The media and elections: a handbook and comparative study**. Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates, 2004.

LANGE, Yasha. **Media and elections: handbook**. Council of Europe, 1999.

LAUGA, Martín; RODRÍGUEZ, Juan I. García La campaña electoral: publicidad/propaganda, periodo, prohibiciones. In: Nohlen, Dieter et al. (eds.), **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. 2a ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidade de Heidelberg, International IDEA, 2007.

LAVAREDA, Antonio. Neuropolítica: o papel das emoções e do inconsciente. **Revista USP**, v. n. 90, p. 120-147, 2011.

LAZARSELD, Paul Felix; BERELSON, Bernard; GAUDET, Hazel. **The peoples choice: how the voter makes up his mind in a presidential campaign**. New York: Columbia University Press, 1948.

LEVY, Richard E. Defining Express Advocacy for Purposes of Campaign Finance Reporting and Disclosure Laws. **Kansas Journal of Law & Public Policy**, v. 8, p. 90, 1999.

LEWIS, Anthony. **Make no law: the Sullivan case and the First Amendment**. New York: Vintage Books, 1992.

LICHTENBERG, Judith. **Democracy and the mass media: a collection of essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

LINDE, Hans A. Clear and Present Danger Reexamined: Dissonance in the Brandenburg Concerto. **Stanford Law Review**, v. 22, p. 1163-1186, 1970.

LINS, Newton. **Propaganda eleitoral**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. **Direito eleitoral**. São Paulo: Imperium, 2008.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MADISON, James. **The Federalist No. 51**. New York: W. Brock. NY. Everyman, 1788.

MARCUS, George E. Emotions and politics: hot cognitions and the rediscovery of passion. **Social Science Information**, v. 30, n. 2, p. 195-232, 1991.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARSHALL, William P. False Campaign Speech and the First Amendment. **University of**

**Pennsylvania Law Review**,v. 153, n. 1, p. 285-323, 2004.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**,v. 25, n. 48, p. 91-118, 2004.

MCGONAGLE, Tarlach E. the changing hues of political expression in the mediaIn: Nikoltchev, Susanne (ed.), **Political Debate and the Role of the Media: The Fragility of Free Speech**. Estrasburgo: European Audiovisual Observatory, 2005.

MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. **NYU Law Review**,v. 34, n. p. 1182, 1959.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. Clarkson: The Lawbook Exchange, Ltd., 1948.

\_\_\_\_\_. The First Amendment is an absolute. **The Supreme Court Review**,v. 245, p. 245-266, 1961.

\_\_\_\_\_. **Political freedom**. New York: Oxford University Press, 1965.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Propaganda Eleitoral Horário Gratuito. Distribuição Equitativa. **Revista de Direito Público**,v. 20, n. 82, p. 100-110, 1987.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. Law's Republic. **Yale Law Journal**,v. 97, p. 1, 1988.

\_\_\_\_\_. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. **Direitos fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2007.

MIGUEL, Luis Felipe. Mídia e vínculo eleitoral: a literatura internacional e o caso brasileiro. **Opinião Pública**,v. 10, n. 1, p. 91-111, 2004.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Dover Publications, 2002.

MILTON, John. **Aeropagítica**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

MOUFFE, Chantal. Deliberative democracy or agonistic pluralism. **Social research**,v. 66, n. 4, p. 745-758, 1999.

\_\_\_\_\_. **The democratic paradox**. New York: Verso, 2000.

\_\_\_\_\_. **La paradoja democrática**. Barcelona: Gedisa, 2003.

\_\_\_\_\_. **On the political**. London; New York: Routledge, 2005.

MUÑOZ, Óscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

MUÑOZ, Oscar Sánchez. Modelos de regulación de la comunicación de los actores políticos en las campañas electorales: una visión comparada. **Tópicos electorales: un diálogo judicial entre América y Europa**, p. 327-356, 2011.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral: necessidade e utilidade da criminalização da mentira na política**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

NEUMAN, W. Russell. **The affect effect: dynamics of emotion in political thinking and behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

NEUMANN, Russel et al. (eds.). **The Affect Effect: Dynamics of Emotion in Political Thinking and Behavior**. Chicago: University Of Chicago Press, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. **The birth of tragedy and the case of Wagner**. New York: Vintage, 2010.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

NOHLEN, Dieter et al. **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. 2a ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidade de Heidelberg, International IDEA, 2007.

PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Luiz Mário; MOLINARO, Rodrigo. **Propaganda política: Questões práticas relevantes e temas controvertidos da propaganda eleitoral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

PINAIRE, Brian K. **The constitution of electoral speech law : the Supreme Court and freedom of expression in campaigns and elections**. Stanford: Stanford Law Books, 2008.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

POST, Robert. **Constitutional domains: democracy, community, management**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. **Citizens divided: campaign finance reform and the constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

\_\_\_\_\_. Democracy and equality. **Law, Culture and the Humanities**, v. 1, n. 2, p. 142-153, 2005.

\_\_\_\_\_. **Democracy, expertise, and academic freedom: a First Amendment jurisprudence for the modern state**. 2012.

\_\_\_\_\_. Regulating Election Speech Under the First Amendment. **Texas Law Review**, v. 77, p. 1837, 1998.



PRITCHETT, Herman Preferred Freedoms Doctrine In: Hall, Kermit L; Ely, James W; Grossman, Joel B (eds.), **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

PRZEWORSKI, Adam. **Capitalism and social democracy**. Cambridge; New York; Paris: Cambridge University Press; Editions de la Maison des sciences de l'homme, 1985.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 12.ed. São Paulo: Editora Impetus, 2011.

RAMOS, Wolney. **Regime jurídico da propaganda política**. São Paulo: Companhia Mundial de Publicações, 2007.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard university press, 2009.

REDISH, Martin H. Advocacy of Unlawful Conduct and the First Amendment: In Defense of Clear and Present Danger. **California Law Review**, v. 70, p. 1159-1200, 1982.

\_\_\_\_\_. The value of free speech. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 1. p. 591-645, 1982.

\_\_\_\_\_. **The Adversary First Amendment: Free Expression and the Foundations of American Democracy**. Stanford: Stanford University Press, 2013.

REDISH, Martin H; MOLLEN, Abby Marie. Understanding Post's and Meiklejohn's mistakes: The central role of adversary democracy in the theory of free expression. **Northwestern Public Law Research Paper**, n. 8, v. 26, p. 1303, 2009.

REDLAWSK, David P. **Feeling politics: emotion in political information processing**. 1.ed. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa**. Porto Alegre: SA Fabris Editor, 1990.

\_\_\_\_\_. **Direito eleitoral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. **Abuso de poder no Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RINGHAND, Lori A. Concepts of Equality in British Financing Reform Proposals. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 22, n. 2, p. 253-273, 2002.

ROLLO, Alberto (org.). **Propaganda eleitoral: Teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROLLO, Alexandre Luís Mendonça. Princípios de Direito Eleitoral e Hermenêutica Eleitoral. In: GUILHERME, Walter de A; KIM, Richard P.; SILVEIRA, Vladimir O. da (eds.), **Direito Eleitoral e Processual Eleitoral: temas fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ROLLO, Arthur Luís Mendonça. A importância ambiental da propaganda eleitoral. **Paraná Eleitoral**, v. 1, p. 301-311, 2012.

RUBIM, Albino. **Eleições presidenciais em 2002 no Brasil: ensaios sobre mídia, cultura e política**. São Paulo: Hacker Editores, 2004.

RUBIM, Antonio AC; COLLING, Leandro. Mídia, cultura e eleições presidenciais no Brasil

contemporâneo. **Comunicação e política**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

SADEK, Maria Tereza Aina. **A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995.

SALGADO, Eneida Desirée. **Princípios constitucionais eleitorais**. São Paulo: Editora Fórum, 2010.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo Introdução: para ampliar o cânone democrático In: Santos, Boaventura de Souza (ed.), **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

———. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista dos Tribunais**, v. n. 16, p. 52-57, 2004.

———. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, v. n. 4, p. 53-106, 2006.

———. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

———. Direito Constitucional e Direito Internacional: diálogo e tensões. In: LISBÔA, Cândice (Ed.), **Vulnerabilidades e Invisibilidades**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SARMENTO, Daniel (Ed.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARTORI, Giovanni. Quel pasticciaccio della par condicio. **Corriere della Sera**, v. n. p. 1999.

SARTORI, Giovanni. **The theory of democracy revisited**. Catham House: Catham, 1987.

———. **A teoria da democracia revisitada**. Ática São Paulo, 1994.

———. **Homo videns: la sociedad teledirigida**. Buenos Aires: Taurus, 1998.

———. **Videopolítica: medios, información y democracia de sondeo**. Fondo de Cultura Económica, 2003.

SCHAUER, Frederick. **Free Speech: A Philosophical Enquiry**. Cambridge University Press, 1982.

———. Second-Best First Amendment, The. **William. & Mary Law Review**, v. 31, n. p. 1, 1989.

———. Towards an institutional first amendment. **Minn. L. Rev.**, v. 89, n. p. 1256, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. SA Fabris Editor, 1999.

SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e mídia**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: Barroso, Luís Roberto (ed.), **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. 6th ed. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SCHWARTZ, Herman. Free Speech in Democracies: the western context. **Development Outreach**, v. 23207, n. p.

SEREJO, Lourival. **Programa de direito eleitoral**. Editora del Rey, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. v. n. p. 2009.

SLABACH, Frederick Gilbert. **The Constitution and campaign finance reform : an anthology**. 2nd ed. Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 2006.

SMET, Stijn. Freedom of expression and the right to reputation: human rights in conflict. **Am. U. Int'l L. Rev.**, v. 26, n. p. 183, 2010.

SMITH, Bradley A. Money talks: Speech, corruption, equality, and campaign finance. **Georgetown Law Journal**, v. 86, n. p. 45, 1997.

———. **Unfree Speech: the folly of campaign finance reform**. Princeton University Press, 2009.

SMITH, Bradley A. **Unfree speech : the folly of campaign finance reform**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2001.

SMOLLA, Rodney A. **Free speech in an open society**. Random House LLC, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SPECK, Bruno Wilhelm. Três idéias para oxigenar o debate sobre dinheiro e política no Brasil. **Debate, Belo Horizonte**, v. 2, n. 3, p. 6-13, 2010.

STILL, Jonathan W. Political Equality and Election Systems. **Ethics**, v. 91, n. 3, p. 375-394, 1991.

STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. **Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência**. 5a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STONE, Adrienne. Limits of Constitutional Text and Structure: Standards of Review and the Freedom of Political Communication, The. **Melbourne University Law Review**, v. 23, n. p. 668, 1999.

STONE, Adrienne; WILLIAMS, George. Freedom of Speech and Defamation: Developments in the Common Law World. **Monash UL Rev.**, v. 26, n. p. 362, 2000.

STONE, Geoffrey R. Content regulation and the First amendment. **Wm. & Mary L. Rev.**,v. 25, n. p. 189, 1983.

STONE, Geoffrey R. et al. **The First Amendment**. 3. Aspen Publishers, 2008.

STONE, Geoffrey R. et al. **Constitutional law**. 4a. ed. Aspen Publishers, 2011.

STRONG, Frank R. Fifty Years of "Clear and Present Danger": From Schenck to Brandenburg-and Beyond. **The Supreme Court Review**,v. n. p. 41-80, 1969.

SULLIVAN, Kathleen M. Political Money and Freedom of Speech. **UC Davis L. Rev.**,v. 30, n. p. 663, 1996.

SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the problem of free speech**. New York: The Free Press, 1993.

———. **The partial Constitution**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993.

———. **Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge**. 1. Oxford University Press, 2008.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**,v. 101, n. 4, p. 2003.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira **Democracia e Pluralismo na Esfera comunicativa: Uma proposta de reformulação do papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão**. 2013. Tese (Doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

TELLES, Olivia Raposo da Silva. **Direito eleitoral comparado: Brasil, Estados Unidos, França**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

TEMKIN YEDWAB, Benjamín; SALAZAR ELENA, Rodrigo. **Libertad de expresión y camanãs negativas**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

THOMPSON, Dennis F. Election time: normative implications of temporal properties of the electoral process in the United States. **American Political Science Review**,v. 98, n. 01, p. 51-63, 2004.

TRIBE, Laurence H. **Constitutional choices**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.

TSAKONA, Villy; POPA, Diana Elena (Eds.). **Humour in politics and the politics of humour**Amsterdam: John Benjamins Publishing, 2011.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

WALZER, Michael. **Politics and passion : toward a more egalitarian liberalism**. New Haven: Yale University, 2004.

———. **Spheres of justice: A defense of pluralism and equality**. Basic Books, 2008.

WASSERMAN, Howard M. Second--Best Solution: The First Amendment, Broadcast Indecency, and the V--Chip. **Nw. UL Rev.**,v. 91, n. p. 1190, 1996.

WAY, Baldwin M.; Masters; D., Roger. Emotion and cognition in political communication. **Journal of Communication**,v. 46, n. 3, p. 48-65, 1996.

WRIGHT, J Skelly. Money and the Pollution of Politics: Is the First Amendment an Obstacle to Political Equality. **Columbia Law Review**,v. 82, n. 4, p. 609-645, 1982.

YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and democracy**. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El juez constitucional en el siglo XXI. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**,v. 10, n. p. 249-268, 2008.