

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

FABÍOLA ROBERTI CONEGLIAN

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, A DEMOCRACIA E A
PROPAGANDA ELEITORAL COM ENFOQUE NA PROPAGANDA ELEITORAL
NEGATIVA**

CURITIBA

2018

FABÍOLA ROBERTI CONEGLIAN

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, A DEMOCRACIA E A
PROPAGANDA ELEITORAL COM ENFOQUE NA PROPAGANDA ELEITORAL
NEGATIVA**

Dissertação para obtenção de título de mestre do
Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e
Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil

Orientador: Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto

CURITIBA

2018

C747

Coneglian, Fabíola Roberti.

O direito fundamental à liberdade de expressão, a democracia e a propaganda eleitoral com enfoque na propaganda eleitoral negativa. / Fabíola Roberti Coneglian . – Curitiba: UniBrasil, 2018.
85p.; 30 cm

Orientador: Bruno Lorenzetto

Dissertação – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2018.
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos fundamentais. 3. Liberdade de expressão. 4. Propaganda eleitoral negativa. I. Centro Universitário Autônomo do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

Dedico este trabalho aos meus filhos Breno e Tales

RESUMO

A liberdade de expressão é um direito fundamental previsto na Constituição Federal brasileira e tem relação direta com a democracia. Um dos meios de expressar esse direito é através do debate, da exposição de ideias na arena pública, do discurso público. No Brasil boa parte dos eleitores não tem contato com seus representantes e, muitas vezes, acabam conhecendo os concorrentes aos cargos políticos eletivos através das propagandas eleitorais. Este trabalho tem a finalidade de demonstrar como o direito fundamental à liberdade de expressão é de suma importância para o exercício da cidadania e para o estado democrático de direito, e que em uma campanha eleitoral a propaganda eleitoral é um dos maiores veículos para o exercício desse direito, havendo propaganda eleitoral positiva, que exalta as qualidades daquele que está concorrendo ao cargo político eletivo, mas também existe a propaganda eleitoral negativa, cuja finalidade é denegrir a imagem do candidato, e que está cada vez mais inserida na arena dos debates eleitorais.

ABSTRACT

Freedom of expression is a fundamental right foreseen in the Brazilian Federal Constitution and is directly related to democracy. One way of expressing this right is through debate, exposition of ideas in the public arena, and public discourse. In Brazil, a large number of voters do not have contact with their representatives and often end up getting to know the competitors to elective political positions through electoral advertisements. This work has the purpose of demonstrating how the fundamental right to freedom of expression is of paramount importance for the exercise of citizenship and for the democratic state of law, and that in an electoral campaign electoral propaganda is one of the major vehicles for the exercise of this right. There is positive electoral propaganda, that exalts the qualities of the one who is running for the elective political office, but there is also negative electoral propaganda, whose purpose is to denigrate the candidate's image, and that is increasingly inserted in the arena of electoral debates.

PALAVRA CHAVE

Democracia. Liberdade de expressão. Propaganda eleitoral. Conteúdo negativo.

KEY WORD

Democracy. Freedom of expression. Electoral propaganda. Negative content.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. DEMOCRACIA E PROCESSO ELEITORAL	4
1.1 Democracia	5
1.2 Processo Eleitoral <i>latu sensu</i>	11
1.3 Democracia e propaganda eleitoral	16
2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROCESSO ELEITORAL	19
2.1 Liberdade de expressão	24
2.2 Liberdade de expressão e seus limites	29
2.3 Liberdade de Expressão e a Propaganda Eleitoral	35
3. PROPAGANDA ELEITORAL E PROCESSO ELEITORAL	44
3.1 Propaganda eleitoral negativa	47
3.2 Propaganda eleitoral negativa no direito positivo	49
3.3 Propaganda Eleitoral Negativa Aplicada – alguns casos	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição de 1988, a ordem jurídica brasileira observou a formação de um novo paradigma. Os direitos fundamentais se apresentaram como a base da Carta Magna e constituíram critérios de legitimação do Poder Estatal e da própria ordem constitucional. Um dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional e democrática é o direito à liberdade de expressão.

O Estado Democrático de Direito cria um conceito novo que abrange os elementos do estado democrático e do estado de direito, transformando o *status quo* - art. 1º da Constituição Federal.¹

Em um Estado Democrático de Direito é a liberdade de expressão que permite aos cidadãos divulgar suas opiniões e respeitar as que são contrárias. Quanto mais a população puder se expressar, se manifestar, ter conhecimento dos assuntos gerais e específicos que acontecem ao seu redor, mais democrático será o Estado. É através da informação e do conhecimento que um povo pode tomar as decisões que entende mais corretas para a comunidade e para si mesmo. A essência da democracia é a autodeterminação política, ou seja, a participação dos governados no governo.

Este trabalho trata da democracia, da cidadania, da tomada de decisões coletivas e individuais, sob o enfoque da propaganda eleitoral, e tem como finalidade demonstrar como o direito à liberdade de expressão é fundamental ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

E é pela propaganda eleitoral, que tem relação direta com o direito à liberdade de expressão, que o cidadão tem mais acesso às informações referentes aos candidatos que concorrem aos cargos políticos eletivos e, muitas vezes, é somente por esse veículo que as pessoas conhecem os concorrentes a esses cargos. A propaganda eleitoral tem a finalidade de, principalmente, mostrar ao eleitor as virtudes daquele que está concorrendo ao cargo político eletivo, mas serve, também, para mostrar os pontos negativos do candidato adversário, que é o que ocorre na propaganda eleitoral negativa.

A propaganda eleitoral negativa há muito tem sido matéria de análise pela Justiça Eleitoral. A pretensão deste trabalho não é comprovar quantitativamente a

¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, p. 117.

repercussão das propagandas eleitorais negativas, ou seja, o quanto tais propagandas influenciam no cenário eleitoral, mas sim demonstrar que são utilizadas em larga escala pelos candidatos.

O método utilizado para esta dissertação foi o dedutivo, e a metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, a fim de justificar a hipótese do trabalho, que é demonstrar que a propaganda eleitoral negativa é utilizada pelos candidatos concorrentes a cargos políticos eletivos em larga escala e, muitas vezes, o tema é levado à análise da Justiça Eleitoral.

O primeiro capítulo trata da Democracia e sua relação direta com o Direito Eleitoral. O marco teórico se deu com algumas obras de Robert Dahl. Aborda-se o sistema poliárquico, que é o utilizado em grandes Estados com numerosa população, em busca da democracia ideal, e se caracteriza por possibilitar a liberdade de expressão – contestação pública e efetiva participação popular. O sistema poliárquico foi abordado neste trabalho, pois, para Roberto Dahl, o idealizador do mencionado sistema, a democracia é quase impossível de ser atingida e faz parte de um plano ideal (algo a ser alcançado), e a poliarquia, por sua vez, é a democracia no plano real.

Apresenta-se a democracia direta (pura), a indireta (representativa) e a semi direta ou mista, que é o sistema democrático adotado no Brasil. Ainda, nesse capítulo, aborda-se o processo eleitoral *latu sensu*, ou seja, todo o processo de escolha dos representantes pelo povo através de eleições livres, justas, frequentes e periódicas e com prazo determinado para sua ocorrência, e como a propaganda eleitoral é necessária para que os cidadãos possam fazer suas escolhas.

O segundo capítulo trata da liberdade de expressão, as gerações de direito, suas dimensões, seus limites, e do processo eleitoral, com enfoque na propaganda eleitoral, posto que quanto maior o engajamento político de um povo, o que se dá, especialmente, pela liberdade de expressão através de debates, discursos, manifestações públicas, mais qualificada é a democracia daquele país. O marco teórico para este capítulo se deu, especialmente, na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy, e algumas obras de Ronald Dworkin.

No terceiro e último capítulo traz-se à tona a propaganda eleitoral e o processo eleitoral, sob o ponto de vista de que em um Estado Democrático de Direito deve haver espaço para a manifestação do direito fundamental à liberdade de

expressão, que é o elemento essencial para a escolha dos representantes do povo. Conceitos de propaganda e de propaganda eleitoral são abordados. Demonstra-se, também, que a propaganda eleitoral negativa é permitida no ordenamento jurídico brasileiro, abordando os dispositivos legais aplicáveis ao tema. Por fim, alguns casos jurisprudenciais inerentes à propaganda eleitoral negativa são trazidos para análise e comentários. O marco teórico deste capítulo se deu, especialmente, com as obras de Olivar Coneglian, que foi um dos primeiros estudiosos a se debruçar sobre o tema propaganda eleitoral no Brasil, e que hoje é um clássico sobre o assunto.

A finalidade das abordagens descritas é demonstrar que a propaganda eleitoral é a seara em que os cidadãos podem conhecer melhor os candidatos aos cargos políticos eletivos e que nessa arena a propaganda eleitoral negativa é vastamente utilizada.

1. DEMOCRACIA E PROCESSO ELEITORAL

O que hoje se entende por democracia foi construído durante séculos, talvez até por milênios, se considerada a contribuição dos gregos, aos quais se atribui a concepção do termo *demokratia*: *demos*, povo, e *kratos*, governar. O governo do povo constitui a base do pensamento sobre o tema.

Todavia, a despeito da experiência grega, para os fins do presente estudo, é adequada a análise da democracia na era moderna a partir dos movimentos do século XVIII, que irradiaram no mundo ocidental a preferência por esse sistema político e que tiveram amparo em circunstâncias diversas, próprias daquele momento histórico.

A população de diversos Estados tinha o desejo de inclusão, de maior participação nas decisões políticas, fazendo surgir, então, os ideais democráticos que, na prática, expressaram-se em três grandes movimentos: a denominada Revolução Inglesa, que deu origem ao *Bill of Rights*, de 1689; a Revolução Americana, da qual se originou a Declaração de Independência das treze colônias, em 1776; e, por fim, a Revolução Francesa, que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789².

Esses movimentos tinham, do ponto de vista econômico, forte viés liberal, de interesse da classe burguesa, a qual estava mais preocupada em alcançar o poder político e proteger a propriedade do que, propriamente, assegurar direitos políticos aos cidadãos³. De qualquer maneira, porém, tais movimentos foram os expoentes de um momento histórico que concentrou a luta contra os regimes absolutistas e amparou o desenvolvimento dos ideais democráticos.

Se, por um lado, é possível identificar a origem do pensamento democrático na era moderna, por outro, definir os elementos que caracterizam a democracia não é tarefa simples.

Para tanto, utiliza-se como referencial teórico a obra de Robert A. Dahl, o qual entende que variados sistemas políticos cunhados em tempos e lugares

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147.

³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, p.117.

diversos têm sido classificados como democracias, mas, no fundo, possuem instituições políticas significativamente diferentes, muito em razão da diferença de território e população⁴. O autor defende que é preciso distinguir os julgamentos morais dos julgamentos empíricos, isto é, diferenciar o que está no plano ideal do que acontece no mundo real, pois muitas afirmações que são feitas se baseiam em um misto desses dois tipos de julgamento e, portanto, não são conclusões científicas⁵.

Um dos conceitos de democracia é “o regime em que o povo governa a si mesmo, quer diretamente, quer por meio de funcionários eleitos por ele para administrar os negócios públicos e fazer as leis de acordo com a opinião geral.”⁶

Sobre democracia, José Jairo Gomes ensina

Mais que princípio inscrito na Lei Magna, a democracia constitui fundamento e valor essencial das sociedades ocidentais, definindo sua estética, o modo como elas existem e operam. Tanto é que o artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e o artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, elevaram-na ao *status* de direitos humanos.⁷

A democracia está diretamente ligada ao processo eleitoral *latu sensu*⁸ e vice-versa. Tais temas serão abordados nesse tópico.

1.1 Democracia

Robert A. Dahl aponta alguns critérios que descrevem um sistema democrático ideal e servem de padrões para analisar e comparar as instituições dos sistemas políticos existentes, “e assim podem nos orientar para as soluções que nos aproximariam do ideal”⁹. Para o autor, várias minorias formam a democracia moderna, e cada um delas pode influenciar a democracia no que for interessantes para as mesmas.

⁴ DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 37-43.

⁵ *Ibidem*, p. 37-43.

⁶ AZAMBUJA, D. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Globo, 2008, p. 264.

⁷ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 31.

⁸ Segundo Jair Eduardo Santana e Fábio Luis Guimarães, “a doutrina do Direito Eleitoral emprega o termo processo para designar as fases de desenvolvimento das eleições, desde a preparação até a diplomação e posse dos candidatos eleitos, dada a falta de significante mais apropriado.” in *Para Compreender a Dinâmica do Poder Político*, 2. ed. Editora Fórum, p. 109.

⁹ DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 40.

Se há algo a ser dito pelos processos que efetivamente distinguem ou diferenciam democracia (ou poliarquia) de ditadura, ele não será descoberto na nítida distinção entre governo pela maioria e governo por uma minoria. A distinção aproxima-se muito mais de ser entre governo por uma minoria e governo por minorias. Em comparação com os processos políticos das ditaduras, as características da poliarquia aumentam muito o número, tamanho e diversidade de minorias, cujas preferências influenciarão o resultado das decisões governamentais. [...] São nestes e em outros efeitos, mais do que na soberania da maioria, que encontramos os valores do processo democrático.¹⁰

Para Dahl, em uma democracia “todos os membros deverão ser tratados (sob a constituição) como se estivessem igualmente qualificados para participar do processo de tomar decisões sobre as políticas”¹¹.

Para satisfazer esse objetivo, cinco critérios devem ser observados: *i*) participação efetiva: todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões; *ii*) igualdade de voto: no momento de se decidir qual política será adotada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de votos, que devem ser contados como iguais; *iii*) entendimento esclarecido: em certo espaço de tempo, cada um dos membros deve ter oportunidades iguais e efetivas de estudar e aprender sobre as alternativas políticas relevantes e suas prováveis consequências; *iv*) controle do programa de planejamento: deve-se assegurar aos membros a oportunidade para decidir como e quais as questões devem ser colocadas no planejamento e *v*) inclusão dos adultos: todos, ou pelo menos a maioria dos adultos residentes permanentes, devem ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro critério.

Dahl reconhece que é pouco provável que esses critérios sejam atendidos no plano real pelos Estados, mas reafirma que são importantes e úteis padrões para se medir e avaliar o desempenho das associações que se afirmam democráticas¹².

É relevante observar que, nesse contexto, a democracia não se encerra em um processo de governar, mas é também um sistema de direitos. Segundo os critérios pontuados, o mencionado autor exemplifica que, para o cidadão ter participação efetiva, é necessário que ele possua o direito de participar, o direito de expressar suas opiniões políticas e o direito de ouvir os outros cidadãos. Ressalta,

¹⁰ DAHL, Robert. *Um Prefácio à Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989, p. 132.

¹¹ DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 49.

¹² *Ibidem*, p. 53-55.

então, que a democracia é capaz de garantir direitos políticos fundamentais aos cidadãos, o que não é possível em sistemas não democráticos¹³.

Passando do plano ideal para o plano empírico, Dahl aponta quais as instituições necessárias a um país democrático, isto é, o que é indispensável para que um país seja governado democraticamente. O autor enumera, então, seis elementos: *i*) funcionários eleitos; *ii*) eleições livres, justas e frequentes; *iii*) liberdade de expressão; *iv*) fontes de informação diversificadas; *v*) autonomia para as associações e *vi*) cidadania inclusiva.

Ao considerá-las em conjunto, Dahl afirma que essas seis instituições constituem um novo tipo de sistema político, uma nova espécie de governo popular que não existiu. Para esse tipo moderno de governo democrático deu o nome de *poliarquia*, que é governo democrático em sociedades de grande escala, e os seis elementos listados são necessários para governar de modo democrático um país e não unidades menores.

Esse conceito de democracia (poliarquia) permite análise mais concreta acerca dos regimes democráticos, pois é possível estabelecer em que grau de democratização o Estado está inserido. Quanto maior a participação política (inclusão da maioria no processo de escolha de seus representantes) e a competição política (disputa pelo poder político) mais democrático é o Estado.

As poliarquias podem ser pensadas então como regimes relativamente (mas incompletamente) democratizados, ou, em outros termos, as poliarquias são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública¹⁴

A ideia de poliarquia diz respeito a sistemas que efetivamente existem nas sociedades, pois, para Dahl, a Democracia é utópica e acontece no plano ideal, ou seja, é impossível de ser atingida em sua plenitude, ademais, “há boas razões para se pensar que a transformação de um regime de uma hegemonia num regime mais competitivo ou de uma oligarquia competitiva numa poliarquia tem resultados significativos”¹⁵. A poliarquia é a democracia no plano real.

Dahl afirma que existem várias formas de poliarquia: *i*) hegemonias fechadas, onde não há espaço para contestações públicas (liberdade de expressão)

¹³ *Ibidem*, p. 61-63.

¹⁴ DAHL, Robert. *Poliarquia: Participação e Oposição*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1997, p. 31.

¹⁵ *Ibidem*, p. 41.

nem de participação do povo (votar e ser votado); *ii*) oligarquias competitivas – é possível haver contestação, mas sem inclusão no governo; *iii*) hegemonias inclusivas: há direito à participação, mas sem muita informação; *iv*) poliarquias propriamente ditas – possibilidade de contestação pública e efetiva participação popular. Essas concepções são possíveis porque a Democracia não tem um formato definitivo, ela é mutável e em construção. De todas as formas apresentadas, Dahl afirma que

as alternativas mais prováveis reduzem-se às duas primeiras: nos regimes hegemônicos existentes, um sistema mais competitivo terá de ser inaugurado, seja por evolução, seja por revolução. O simples fato de o processo revolucionário trazer um alto risco de fracasso não significa que ele não será tentado, mas as revoluções provavelmente onerarão os novos regimes com sérios conflitos sobre legitimidade e com isso criarão, desde o início, uma alta probabilidade de regressão para um governo hegemônico. No futuro, pois, assim como no passado, as poliarquias e quase poliarquias estáveis resultarão, mais provavelmente, de processos evolutivos bastante lentos do que da derrubada evolucionária de hegemonias existentes.¹⁶

Para justificar a necessidade de representantes eleitos, Dahl afirma que em grandes países, com vasto território e numerosa população, constatou-se a dificuldade em conferir aos cidadãos participação efetiva nas escolhas políticas e controle do programa de planejamento das decisões do governo, cuja solução viável “é que os cidadãos elejam seus funcionários mais importantes e os mantenham mais ou menos responsáveis por meio das eleições, descartando-os nas eleições seguintes”¹⁷. Nesse ponto, então, ganha força o modelo de democracia representativa.

Em outra obra de sua autoria, Dahl expôs o problema da visão tradicional dos republicanos democráticos, a qual não era capaz de atender às exigências dos Estados nacionais do mundo moderno, com extenso território e expressiva população. Segundo o autor, somente ao longo do século XVIII é que os defensores da teoria ortodoxa da democracia visualizaram uma possível resposta: o governo representativo¹⁸.

Nesse aspecto, a mudança para o Estado nacional foi a causa mais poderosa que transformou profundamente o modo pelo qual a noção de um

¹⁶ *Ibidem*, p. 60.

¹⁷ DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 107.

¹⁸ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 35-41.

processo democrático foi (ou pode ser) alcançada. A representação, então, para Dahl, é uma das consequências dessa mudança no modo de se alcançar a democracia no mundo moderno. Para o autor “Como meio de ajudar a democratizar os governos dos Estados nacionais, a representação pode ser compreendida como um fenômeno histórico e como uma aplicação da lógica da igualdade a um sistema político em grande escala”¹⁹.

A representação é um dos modos de se alcançar a democracia, portanto, a democracia está diretamente relacionada com eleições. Jorge Miranda ensina que “aquilo que caracteriza o Estado constitucional representativo é o papel central, decisivo, privilegiado que nele desempenha a eleição.”²⁰

A democracia é um dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Eleitoral e, também, um de seus princípios. Os princípios da igualdade (todos podem participar do Estado, mesmo que através de seus representantes) e da liberdade (o povo pode escolher seus representantes; o povo se governa) nasceram da democracia. É porque existe democracia que há o debate público, em que o cidadão pode ter acesso livre e geral às fontes de informação necessárias à formação da consciência política.

Na disposição clássica, a democracia pode ser direta ou indireta (representativa). Segundo Norberto Bobbio “no seu uso descritivo, por democracia os antigos entendiam a democracia direta, os modernos, a democracia representativa.”²¹

Hans Kelsen afirma que

A chamada democracia direta representa comparativamente o mais alto grau. Uma democracia direta caracteriza-se pelo fato de que a legislação, assim como as principais funções executivas e judiciárias, é exercida pelos cidadãos em assembleias populares ou assembleia primária. Tal organização é possível apenas em comunidades pequenas e sob condições sociais simples. Mesmo nas democracias diretas que encontramos entre as tribos germânicas e a Grécia antiga, o princípio democrático é consideravelmente restringido.

[...]

A função do governo é transferida dos cidadãos organizados em assembleia popular para órgãos especiais. O princípio democrático de autodeterminação limita-se ao procedimento pelo qual esses órgãos são nomeados. A forma democrática de escolha é a eleição. O órgão autorizado

¹⁹ *Ibidem*, p. 340.

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Estudos de Direito Eleitoral*. Lisboa: Lex, 1995, p. 146.

²¹ BOBBIO, Norberto. BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 371.

a criar ou executar normas jurídicas é eleito pelos sujeitos cuja conduta é regulamentada por essas normas.

Trata-se de um enfraquecimento considerável do princípio de autodeterminação política. É característico da chamada democracia indireta ou representativa. Essa é uma democracia na qual a função legislativa é por um parlamento eleito pelo povo, e as funções administrativa e judiciária, por funcionários igualmente escolhidos por um eleitorado. Segundo a definição tradicional, um governo é 'representativo' porque e na medida em que os seus funcionários, durante a sua ocupação do poder, refletem a vontade do eleitorado e são responsáveis para com este.²²

No Brasil a democracia é semidireta ou mista, pois os cidadãos escolhem seus representantes (democracia indireta), mas também há mecanismos de intervenção direta do povo, que é o caso do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular.²³

A democracia é o governo do povo e por isso soberania popular é de fundamental relevância para esse sistema. "Só o princípio da soberania popular segundo o qual 'todo poder vem do povo' assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular."²⁴ A soberania popular, segundo Ingo Sarlet, adotando uma perspectiva linguística conceitual,

Deve ser compreendida então nessa dupla perspectiva, significando, em síntese, que tanto a titularidade quanto o exercício do poder estatal, incluindo a assunção de tarefas e fins pelo Estado e a realização das tarefas estatais, podem sempre ser reconduzidas concretamente ao povo, no sentido de uma legitimação democrática efetiva.²⁵

O poder decorrente da soberania popular é manifestado e exercido pelo direito ao voto²⁶ que é o "coroamento de toda a luta do indivíduo contra a tirania do Estado"²⁷.

²² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 412-414.

²³ Art. 14, incisos I, II e III, e art. 61, §2º, ambos da Constituição Federal.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra – Portugal: Gráfica de Coimbra, 2000, p. 100.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 270.

²⁶ A soberania popular é exercida pelo sufrágio universal, que é o direito público subjetivo democrático, através do qual o povo é admitido a participar da vida política da sociedade, escolhendo os governantes ou sendo escolhido para governar. A forma de exercer esse direito é através do voto, que é o mais importante instrumento democrático. Portanto, o direito público subjetivo é o sufrágio universal, e o voto é a exteriorização desse direito.

"A doutrina clássica denomina como sufrágio o poder que se reconhece a determinado número de pessoas (cidadãos) para participar direta ou indiretamente da soberania de um país. Trata-se de um direito público subjetivo inerente ao cidadão que se encontre em pleno gozo de seus direitos políticos. Já o voto caracteriza-se como exercício do sufrágio, pois é a exteriorização do sufrágio, ou seja, quando o eleitor se dirige à seção eleitoral e exerce o ato de votar, materializado está o sufrágio. Nesse sentido, o voto emerge como verdadeiro instrumento de legitimação para entrega do poder do

No ordenamento jurídico brasileiro o voto é *i)* direto, pois não há intermediário entre o eleitor e o representante; *ii)* livre, em relação ao seu conteúdo, pois o cidadão tem a liberdade de votar como e em quem quiser, podendo, inclusive, anular seu voto ou votar em branco, nos termos do art. 220, IV, do Código Eleitoral; *iii)* secreto, pois cabe somente ao eleitor saber em quem ele votou; *iv)* personalíssimo, visto que no sistema eleitoral brasileiro não é permitido voto por procuração; o eleitor tem que votar pessoalmente, e, se isso não foi possível, deve justificar perante a Justiça Eleitoral a razão pela qual não votou; *v)* obrigatório para os maiores de 18 anos e os menores de 70 anos, conforme determina o art. 14, §1º, da Constituição Federal e *vi)* periódico, no sentido de ser exercido de tempos em tempos, em período certo e determinado, em respeito ao princípio republicano.

1.2 Processo Eleitoral *latu sensu*

John Stuart Mill já havia afirmado que para garantir a participação de todo o povo nas decisões políticas de uma comunidade de grande escala, elemento desejável em boas democracias, o tipo ideal de governo deve ser o representativo

É evidente que o único governo que pode corresponder plenamente a todas as exigências do estado social é um governo em que todo o povo participa; em que qualquer participação, mesmo na menor função pública, é útil; que a participação deveria ser por toda parte tão grande quanto permita o grau geral de melhoria da comunidade; e que, em última análise, nada pode ser menos desejável do que a admissão de todos numa parcela do poder soberano do estado. Numa comunidade que exceda o tamanho da cidadezinha, *todos* não podem participar pessoalmente de qualquer porção dos negócios públicos, a não ser alguma muito pequena; portanto, o tipo ideal do governo perfeito deve ser o representativo²⁸.

O modelo representativo se viu de forma bem-sucedida pela primeira vez em países que já possuíam corpos legislativos destinados a representar os anseios de certas classes, como os nobres, os burgueses, proprietários de terras, entre outros.

povo aos seus representantes, tendo em vista que é ato fundamental para concretização efetiva do princípio democrático consagrado pela Constituição Federal.

José Afonso da Silva afirma que “o Direito Constitucional brasileiro respeita o princípio da igualdade do direito de voto, adotando-se a regra de que cada homem vale um voto”, ou seja, cada eleitor tem direito a um voto por eleição e para cada tipo de mandato”. PAES, Janiere Portela Leite. *O sufrágio e o voto no Brasil: direito ou obrigação?*, em <http://www.tse.jus.br/o-tse/escala-judicial-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-3-ano-3/o-sufragio-e-o-voto-no-brasil-direito-ou-obrigacao>, acessado em 21/01/2018.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil, promulgada em e de outubro de 1998: vol. I*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 224.

²⁸ MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*. NY: Liberal Art Press, 1958, p. 55. *Tradução Livre*.

Assim, quando os movimentos democráticos ganharam força, o poder político representativo não precisou ser criado do zero, mas apenas aperfeiçoado, o que acabou sendo estendido também ao poder executivo (presidente, primeiro-ministro, governador, etc.).

Em consequência disso, os defensores da reforma, os quais a princípio raramente tinham a intenção de criar uma democracia inclusiva, procuraram tornar os órgãos legislativos existentes mais representativos através da ampliação das liberdades, da adoção de um sistema eleitoral que tornaria os membros mais representativos do eleitorado e da garantia de eleições livres e conduzidas com justiça²⁹.

Dahl ressalta que o modelo representativo não foi criado simplesmente a partir de projetos abstratos, mas fruto de “modificações específicas e sucessivas de instituições políticas já existentes”³⁰, as quais se revelaram obsoletas para aplicar a lógica da igualdade política na grande escala de estados nacionais.

Segundo mencionado autor, outro elemento essencial para um governo democrático no século XXI é a existência de eleições livres, justas e frequentes. Adotando-se como premissa a igualdade política, deve-se assegurar aos cidadãos o comparecimento às urnas sem medo de repressão (livres) e a contagem igualitária dos votos (justas). Da mesma forma, para que os cidadãos tenham o controle final sobre o planejamento (desejável em boas democracias), as eleições também devem ser frequentes³¹. A democracia representativa tem como traço mais marcante não a eletividade, mas sim a periodicidade das eleições. É a temporariedade do mandato político-eletivo que faz com que a democracia se apresente da forma mais próxima do ideal, pois, somente escolhendo seus representantes de tempos em tempo, em evento futuro e certo, é que o povo estará realmente representado.

A liberdade de expressão, para Dahl, é outra instituição imprescindível em governos democráticos modernos, pois só assim os cidadãos poderão expor seus pontos de vista e persuadir os representantes a adotá-los, além de escutar o que os outros têm a dizer. “A livre expressão não significa apenas ter o direito de ser ouvido, mas ter também o direito de ouvir o que os outros têm para dizer”.

²⁹ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 340.

³⁰ DAHL, Robert A. *Ob. cit.*, p. 343.

³¹ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 109.

Dahl lembra ainda que o entendimento esclarecido dos membros da comunidade, como já mencionado, é desejável em um ambiente democrático, e a liberdade de expressão é o meio para tanto, assim como para garantir aos cidadãos o poder de influenciar o programa de planejamento das decisões do governo, que também é essencial a uma boa democracia³².

Sobre a quarta instituição que Robert Dahl entende necessária a uma democracia moderna, aponta ele que para os cidadãos alcançarem um bom nível de *entendimento esclarecido*, deve-se assegurar a eles a existência de *fontes de informação diversificada*, que também chama de *fontes alternativas e independentes de informação*. A manutenção das informações nas mãos do governo ou de um grupo impede a formação de opiniões diferentes sobre relevantes questões políticas e, assim, prejudica a igualdade política dos cidadãos³³.

A respeito da autonomia para as associações, Dahl afirma que a formação de grupos políticos é inevitável em democracias modernas de grande escala, e são até desejáveis:

Formar uma organização, como um partido político, dá a um grupo uma evidente vantagem eleitoral. Se um grupo quer obter essa vantagem, não a desejarão também outros que discordem de suas políticas? Por que a atividade política deve ser interrompida entre as eleições? Os legisladores podem ser influenciados; as causas podem ser apresentadas, políticas podem ser implementadas, nomeações podem ser procuradas. Assim, ao contrário de uma cidadezinha, a democracia na grande escala de um país faz com que as associações políticas se tornem ao mesmo tempo necessárias e desejáveis³⁴.

Ao fim, sobre a *cidadania inclusiva*, que Dahl também chama de sufrágio inclusivo e direito de concorrer a cargos eletivos, o autor enfatiza que praticamente todos os adultos têm o direito de votar nos representantes, assim como praticamente todos os adultos têm o direito de concorrer a cargos eletivos³⁵ “O corpo dos cidadãos num estado democraticamente governado deve incluir todas as pessoas sujeitas às leis desse estado, com exceção dos que estão de passagem e dos incapazes de cuidar de si mesmos”³⁶.

De maneira geral, portanto, uma democracia apurada pressupõe igualdade política entre os cidadãos, o que, segundo Dahl, pode ser alcançado, no plano ideal,

³² *Ibidem*, p. 110.

³³ *Ibidem*, p. 111.

³⁴ *Ibidem*, p. 111.

³⁵ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 350-351.

³⁶ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 92.

atendendo-se a cinco critérios: participação efetiva; igualdade de voto; entendimento esclarecido; controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos.

Baseado nisso, Dahl traça cinco instituições políticas necessárias para uma boa democracia moderna de grande escala, isto é, uma democracia que mais se aproxime do ideal: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informações diversificadas; autonomia para as associações e cidadania inclusiva.

Norberto Bobbio, por sua vez, sintetiza suas ideias acerca do modelo democrático moderno afirmando que são necessários seis requisitos:

1) todos os cidadãos que tenham alcançado a maioria etária sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo, devem gozar de direitos políticos, isto é, cada um deles deve gozar do direito de expressar sua própria opinião ou de escolher quem a expresse por ele; 2) o voto de todos os cidadãos deve ter peso igual; 3) todos aqueles que gozam dos direitos políticos devem ser livres para poder votar segundo sua própria opinião formada, ao máximo possível, livremente, isto é, em uma livre disputa entre grupos políticos organizados em concorrência entre si; 4) devem ser livres também no sentido de que devem ser colocados em condições de escolher entre diferentes soluções, isto é, entre partidos que tenham programas distintos e alternativos; 5) seja para as eleições, seja para as decisões coletivas, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de que será considerado eleito o candidato ou será considerada válida a decisão que obtiver o maior número de votos; 6) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito de se tornar por sua vez maioria em igualdades de condições³⁷.

É relevante observar que as concepções dos autores a respeito da democracia moderna convergem no sentido de que, diante da complexidade do mundo contemporâneo, a representatividade do poder é necessária, daí porque ressaltam, em linhas gerais, a importância de eleições livres, igualdade de direitos políticos e autonomia para as associações (partidos políticos).

As eleições se mostram de fundamental importância para o sistema democrático representativo, que é o caso brasileiro, notadamente para proporcionar a efetiva e igual participação política dos cidadãos nas decisões governamentais. Em democracias de grande escala é impossível que todos os cidadãos participem diretamente de todas as decisões políticas, de modo que a representatividade do poder é uma maneira eficiente de garantir a participação do povo, do que se segue a exigência de eleições livres, justas, frequentes, em um ambiente de máxima igualdade.

³⁷ BOBBIO, Norberto. BOVERO, Michelangelo (org.). *Ob. cit.*, p. 427.

Joseph A. Schumpeter, cuja visão é a do mercado livre de ideias, chega a defender que o processo de escolha dos representantes políticos (eleições) é o que caracteriza a democracia. Segundo ele, “o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor”³⁸.

A democracia, para o autor, se traduz na concorrência aos postos políticos, onde os competidores necessitam do apoio do povo, que se demonstra através do voto. As características democráticas seriam, assim, “a concorrência livre pelo voto livre”³⁹. Isso se justifica no fato de que “se, pelo menos por questão de princípios, todos forem livres para concorrer à liderança política apresentando-se aos eleitores, isto trará na maioria dos casos, embora não em todos, uma considerável margem de liberdade de expressão para todos”⁴⁰. Nessa dimensão, a liberdade de expressão é a busca do bem de todos.

Nesse sentido, ou seja, a liberdade de expressão como a busca do bem de todos, destaca-se, também, o pensamento de John Stuart Mill, exteriorizado na obra *On Liberty*, onde defende que a liberdade de expressão só pode ser coibida quando potencialmente puder causar danos a terceiros.⁴¹, pois a liberdade de expressão não pode ser cerceada apenas porque a ideia nela contida diverge da opinião dos demais. O núcleo desse direito fundamental é o debate, em que é respeitada a opinião da maioria e também é considerada a opinião da minoria, assim como as opiniões que não agradam a todos.

Tanto para Schumpeter, como para Stuart Mill, deve haver a concorrência livre pelo voto, ou seja, o mercado livre de ideia. Então, sob essa análise, questiona-se: “Até onde deve ir o papel do Estado para regular eleições?” Deveria a arena pública ser livre para todo e qualquer tipo de debate de ideias sem a intervenção do Estado?

Essa concepção é aceita para o liberalismo, mas na arena democrática representativa, onde os direitos fundamentais também são respeitados, o Estado pode impor limites, o que será analisado em capítulo próprio.

³⁸ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 321.

³⁹ SCHUMPETER, Joseph A. *Ob. cit.*, p. 323.

⁴⁰ SCHUMPETER, Joseph A. *Ob. cit.*, p. 324.

⁴¹ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 35

A importância das eleições para a democracia também foi bem exposta por Carmen Lúcia Antunes Rocha, atualmente Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil

O voto diz diretamente com o processo eleitoral, essencial à Democracia. Mas se é exato - e parece-me que o é - que sem eleições não se tem Democracia, também é certo que não basta se garantirem eleições (ou pelo menos quaisquer eleições) para se ter realizada a Democracia. Nem qualquer processo eleitoral é democrático, nem a circunstância de se terem eleições garante o livre exercício da cidadania pluralista. Mas se o processo eleitoral pode não ser suficiente, não se há negar que ele é imprescindível à Democracia semidireta ou à indireta ou representativa.

[...]

Se é certo, contudo, que não há sistema eleitoral perfeito, também o é que a realização do modelo democrático depende, grandemente, do sistema eleitoral, pois é ele que oferece o melhor processo de representação, a verdade da representação, a participação do povo na organização e dinâmica do poder⁴².

De fato, sem eleições não há democracia, pelo menos no modelo de democracia adotado no Brasil, conforme definido já no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”⁴³.

E não bastam quaisquer eleições, senão as que contenham regras de máxima inclusão dos cidadãos, que sejam livres e frequentes, e que prevejam boa margem de liberdade de expressão.

Este estudo está centrado justamente nessa questão, isto é, na análise da liberdade de expressão como elemento essencial para a existência de eleições livres e justas, especificamente nos espaços destinados para os candidatos divulgarem suas opiniões e contra argumentarem as visões divergentes: a propaganda eleitoral.

1.3 Democracia e propaganda eleitoral

Para a consolidação e para a própria sobrevivência das democracias modernas é indispensável a existência de eleições. Mas, para tanto, não bastam quaisquer eleições.

Se a ampla participação do povo nas decisões políticas é a grande preocupação do regime democrático, e se as eleições são o instrumento ou até

⁴² ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *O processo eleitoral como instrumento para a democracia*. Resenha Eleitoral – nova série, v. 5, n. 1, 1998. Disponível em <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/indexfe6a.html?no_cache=1>. Acesso em: 9/01/2018.

⁴³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

mesmo a essência desse regime, então é imprescindível assegurar, para o alcance do ideal, espaços livres para discussões políticas, onde haja debate de ideias e confronto de opiniões.

É dessa maneira que os cidadãos podem tomar conhecimento das ideias e dos projetos daquele que concorre a um cargo político, e bem assim confrontá-los com os pensamentos de outros que também pretendem alcançar o mesmo posto, a fim de decidir qual a proposta que melhor lhes agrada.

Até porque, nas democracias modernas, a disputa pelo poder se faz por mecanismos de comunicação, em que se busca convencer o povo de que determinado cidadão tem as melhores ideias e soluções para administrar a coisa pública⁴⁴. Por isso mesmo é que a liberdade de expressão ganha especial relevância em sistemas democráticos.

É nesse campo que entra em cena a propaganda política. Entende-se a propaganda como “conjunto das técnicas e atividades de informação e de persuasão, destinadas a influenciar as opiniões, os sentimentos e as atitudes do público num determinado sentido”⁴⁵. Na propaganda há sempre o elemento persuasivo e, no campo político, a propaganda se volta a convencer o cidadão de que determinada ideologia é a mais bem qualificada para administrar a coisa pública.

Carlos Neves Filho afirma que a propaganda política democrática é a projeção da liberdade de expressão na esfera política. “É a tentativa de criar estados mentais favoráveis às propostas e realizações políticas, mas calcadas no debate e na livre circulação de informações e ideias”⁴⁶.

Para Olivar Coneglian, a “propaganda política é espécie do gênero publicidade política, como também o são a propaganda eleitoral e a comunicação institucional”⁴⁷.

A propaganda política tem como objetivo “conquistar pessoas para uma causa, uma ideia, uma ideologia, ou então fornecer aos cidadãos em geral informações a respeito do próprio governo”⁴⁸. A comunicação institucional é “aquela

⁴⁴ NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda Eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 19-20.

⁴⁵ RABAÇA, Carlos Alberto. BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário de comunicação*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 598.

⁴⁶ NEVES FILHO, Carlos. *Ob. cit.*, p. 20.

⁴⁷ CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral. Eleições*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 16.

⁴⁸ CONEGLIAN, Olivar. *Ob. cit.*, p. 17.

realizada por órgãos públicos ou pela administração pública”⁴⁹ para, de modo geral, dar publicidade aos atos oficiais, informar e alertar a população. A propaganda eleitoral, por sua vez, é tipo de comunicação política que se destaca por se destinar especificamente à conquista do voto do eleitor em determinada eleição.

Pode-se dizer, então, que a propaganda eleitoral é espécie de comunicação política que busca atrair e convencer o cidadão das vantagens de determinadas propostas, precedidas de determinadas ideologias, com o fim específico de obter-lhe o voto em precisa eleição.

Sem propaganda eleitoral, os cidadãos dificilmente teriam acesso às propostas e ideias dos candidatos, os quais também teriam dificuldade em expor suas plataformas políticas. Não haveria debate, portanto, e a participação política dos cidadãos amparada em um mínimo de entendimento esclarecido estaria seriamente comprometida, o que conduziria a uma fraca democracia.

Habermas⁵⁰ compara duas concepções políticas, a liberal e a republicana, e desenvolve uma concepção procedimental de política deliberativa. Sobre a concepção liberal e a concepção republicana ensina que

A diferença decisiva entre essas duas concepções consiste no papel do processo democrático. Segundo a concepção liberal o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato de administração pública e a sociedade como o sistema, estruturado em termos de uma economia de mercado, de relações entre pessoas privadas e do seu trabalho social. A política (no sentido da formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de agregar e impor os interesses sociais privados perante um aparato estatal especializado no emprego administrativo do poder político para garantir fins coletivos. Segundo a concepção republicana a política não se esgota nessa função de mediação. Ela é um elemento constitutivo do processo de formação da sociedade como um todo. A política é entendida como uma forma de reflexão de um complexo de vida ético (no sentido de Hegel). Ela constitui o meio em que os membros de comunidades solidárias, de caráter mais ou menos natural, se dão conta de sua dependência recíproca, e, com vontade e consciência, levam adiante essas relações de reconhecimento recíproco em que se encontram, transformando-as em uma associação de portadores de direitos livres e iguais.”⁵¹

O terceiro modelo de democracia defendido por Habermans se apoia nas condições de comunicação “sob as quais o processo político pode ter a seu favor a

⁴⁹ CONEGLIAN, Olivar. *Ob. cit.*, p. 19.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Três Modelos Normativos de Democracia*, Lua Nova – Revista de Cultura e Política, 1995, n. 36, Democracia.

⁵¹ *Ibidem*, p. 39-40.

presunção de gerar resultados racionais, porque nele o modo e o estilo da política deliberativa realizam-se em toda a sua amplitude.⁵²

O conceito de política deliberativa somente exige uma referência empírica quando levamos em conta a pluralidade de forma de comunicação nas quais uma vontade comum pode se formar, não somente pela via de uma autocompreensão ética mas também mediante o equilíbrio de interesses e compromissos, mediante a escolha racional de meios com respeito a um fim, mediante a justificações morais e exames de coerência jurídicos. A política dialógica e a política instrumental podem rentrelaçar-se no campo das deliberações, quando as correspondentes formas de comunicação estão suficientemente institucionalizadas. Portanto, tudo gira em torno das condições de comunicação e dos procedimentos que outorgam à formação institucionalizada da opinião e da vontade políticas sua força legitimadora.⁵³

Ao fim, a inexistência de publicidade política, nela incluída a propaganda eleitoral, enfraqueceria vozes de oposição e causaria a manutenção do poder nas mãos dos mesmos e poucos representantes, terreno fértil para o surgimento de regimes totalitários.

Não é à toa, portanto, que uma democracia apurada (mais próxima do ideal), inclusiva e igualitária, se faz com eleições livres, justas e frequentes, em um ambiente cuja concorrência pelo poder esteja envolta em um sistema de liberdades, em especial a liberdade de expressão.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROCESSO ELEITORAL

A liberdade de expressão é um direito fundamental e, como tal, “equivale a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal”⁵⁴. No Brasil, a Constituição de 1988, também denominada Constituição Cidadã, protege expressamente o direito à liberdade de expressão.

Em um estado democrático, a liberdade de expressão assume a posição de direito fundamental, e, na lição de Gonçalves,

proporciona aos cidadãos uma garantia formal e material, que vincula os Poderes do Estado e a sociedade e encontra respaldo da tutela jurisdicional. Dessa forma, a liberdade de expressão, como todos os direitos fundamentais, transforma-se, passando do campo da norma para o campo

⁵² *Ibidem*, p. 45.

⁵³ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias: la Ley del Más Débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 22.

da vida, silenciando o Estado nos momentos do seu exercício e acionando-o nos momentos de perigo⁵⁵.

Acerca da relação entre democracia e direitos fundamentais Carlos Mário da Silva Velloso leciona que

Os direitos fundamentais e a democracia se encontram em um condicionamento recíproco, formando uma simbiose, em que um se constitui pré-requisito do outro. A democracia pressupõe respeito aos direitos fundamentais, tanto no concernente aos de primeira dimensão quanto aos demais, principalmente no pertinente aos de segunda dimensão. Os direitos fundamentais são importantes vetores para a interpretação do regime democrático.⁵⁶

Alguns autores classificam os direitos fundamentais em gerações de direitos e enquadram o direito de liberdade na primeira geração desses direitos. Segundo Paulo Bonavides “os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”⁵⁷

Alexy discorre sobre direito geral de liberdade, que é um direito fundamental autônomo de se fazer ou deixar de fazer o que se quer, e afirma ser esse direito fundante e garantido pela própria Constituição. No pensamento de Alexy, esse direito não protege apenas seu ‘fazer’, mas também o seu ‘ser’ fático e jurídico⁵⁸. Ao discorrer sobre a liberdade e o art. 2º da Constituição alemã, o autor ensina que

A liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. Pressupor que essa liberdade é garantida pelo art. 2º., parágrafo 1º, significa duas coisas. De um lado, a cada um é *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – *permitindo* fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva). De outro, cada um tem *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – o *direito*, em face do Estado, a que este não embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos).⁵⁹

Na concepção de Alexy, para que o direito à liberdade seja o mais amplo possível, devem estar presentes não só a norma permissiva e a norma de direito, que dizem respeito a proteção das ações do titular de direitos fundamentais, mas

⁵⁵ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. *Liberdade de Expressão e Estado Democrático de Direito*. In CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.) *Direito Constitucional Brasileiro – Vol. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 395.

⁵⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 563-564.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2015, p. 344.

⁵⁹ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 343.

também normas que protejam as situações e posições jurídicas do titular de direito à liberdade.

É possível fundamentar a inclusão da proteção de situações e posições jurídicas por meio da constatação de que intervenções em situações e posições jurídicas de um titular de direitos fundamentais sempre afetam indiretamente sua liberdade de ação. Nesse sentido, a interferência na situação de livre comunicação, por meio de gravações secretas, e a eliminação da posição jurídica de um membro de um conselho de empregados têm efeitos nas possibilidades de ação dos titulares de direitos fundamentais envolvidos. Por esse ponto de vista, o direito geral de liberdade tem o caráter de um direito protetor da liberdade geral de ação tanto direta quanto indiretamente (por meio da proteção de situações e posições jurídicas). Se se restringisse o direito a uma liberdade geral de ação apenas à proteção direta de ações, ele representaria, então, apenas uma parte do direito geral de liberdade.⁶⁰

Maria Carolina Bodin de Moraes leciona que, nos dias atuais, o princípio da liberdade individual se consubstancia em uma perspectiva de privacidade, intimidade, livre exercício da vida privada, o que significa poder realizar, sem interferência, as próprias escolhas individuais.⁶¹ Nesse aspecto privado, há violação da liberdade relacionada à dignidade da pessoa humana quando, por exemplo, há restrição à manifestação do pensamento e de crítica. Porém deve-se considerar que o dever da solidariedade social, em certas situações, acaba por se sobrepor ao direito de liberdade, posto que o homem não é mais apenas ele sozinho, mas existe em um contexto social, onde há relações entre as pessoas.

A Constituição brasileira prevê uma sociedade justa e solidária - art. 3º. E no inciso III, a solidariedade constitucional consiste na erradicação da pobreza e da marginalização social, e na redução das desigualdades sociais e regionais, que são princípios fundamentais.

Há, também, na Carta Magna uma concepção de justiça distributiva, com a atuação promocional do Estado voltado à igualdade substancial, não havendo espaço para a exclusão. A expressão *solidariedade* utilizada pelo constituinte de 1988 estabeleceu inovação no ordenamento jurídico brasileiro e esse princípio confere importante unidade de sentido com a valoração da ordem normativa.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 344.

⁶¹ MORAES, Maria Carolina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In SARLET. Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 134.

Sobre a prioridade das liberdades básicas dentro do ordenamento, Virgílio Afonso da Silva afirma que as liberdades fundamentais devem ser reguladas⁶² e, se seu conteúdo essencial for respeitado, os princípios de justiça estarão garantidos, devendo-se observar que as regulamentações necessárias não podem ser confundidas com restrições, pois não podem atingir o âmbito de validade da liberdade de expressão⁶³. Diz mencionado autor que a distinção entre restrição e regulamentação perde o sentido se se considerar que:

a) a inconstitucionalidade de uma medida não depende de sua classificação como restrição ou regulamentação; b) a inconstitucionalidade de uma medida não depende apenas da decisão sobre sua intensidade: há restrições intensas constitucionais e há restrições leves inconstitucionais. Em todos os casos – regulamentações, restrições ou qualquer que seja a caracterização da intervenção – sempre será necessário um sopesamento.⁶⁴

No entendimento do mestre alemão Robert Alexy, “o conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição – entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição”⁶⁵. O direito diz respeito ao direito em si, e a restrição é o direito restringido - teoria externa, cuja concepção é de que “entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.”⁶⁶

Jorge Reis Novais também entende que, em se tratando de restrições aos direitos fundamentais, a teoria que melhor se enquadra é a teoria externa, e conceitua restrições aos direitos fundamentais como “uma ação estatal que afeta,

⁶² Virgílio Afonso da Silva traz em sua obra *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácias*, 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, o entendimento de Laurence Tribe sobre a limitação à liberdade de expressão, que faz duas distinções sobre as mesmas: a) “o governo pode ter como objetivos controlar ou punir a expressão de certas ideias ou informações; b) o governo pode restringir a circulação de informações e ideias com o intuito de proteger outros objetivos.” (sopesamento entre direitos colidentes no caso concreto). p. 92. Dessa forma, tanto Tribe como Virgílio Afonso da Silva entendem que as liberdades fundamentais devem ser, em alguma medida, reguladas.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácias*. 2. ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 91.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Ob. cit.*, p. 108.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 277.

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 277.

primariamente, o bem jusfundamentalmente protegido, cuja extensão e delimitação foram apuradas pela interpretação jurídica da norma de direito fundamental.”⁶⁷

Por seu turno, para a teoria interna não há esses dois elementos (direito e direito restringido), mas sim um direito com um determinado conteúdo, em que a restrição é substituída por limite (restrição imanente). Essa teoria aborda o papel de membro ou participante de uma comunidade. Tem os direitos fundamentais como princípios – posição *prima facie*.

Alexy afirma que “restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdade/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais”⁶⁸, sendo que uma restrição a um bem protegido é também uma restrição *prima facie*, dessa forma, “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* do direito fundamental”⁶⁹, devendo-se considerar que essas normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição, pois “as normas de competência que fundamentam a competência para criar normas não são restrições a direitos fundamentais”⁷⁰, e “o caráter restritivo é, portanto, apenas potencial e indireto, e se baseia na natureza restritiva das normas que podem ser criadas em razão da competência.”⁷¹

Acerca dos limites das restrições, Novais ensina que

Após esta delimitação prévia de conteúdo, que permitiu distinguir entre âmbito de vida não protegido e âmbito de proteção do direito fundamental, é possível, então, descrever os diferentes tipos de situações, posições ou comportamentos jusfundamentalmente protegidos. É nesse domínio protegido (âmbito de proteção) que intervêm as restrições, no sentido de intervenções estatais que afetam desvantajosamente o bem de proteção do direito fundamental. O que resta do âmbito de proteção após a intervenção das restrições legítimas ou deduzida a possibilidade da ativação das correspondentes reservas é o âmbito de garantia efetivo. Assim, no âmbito de proteção, deduzida a ocorrência, efetiva ou potencial, de restrições legítimas, chega-se, finalmente, ao âmbito definitivo de proteção ou âmbito de garantia efetivo relativamente ao qual toda a intervenção estatal desvantajosa será já configurada como restrição ilegítima, como violação de direito fundamental.”⁷²

⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra, 2003, p. 296.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 281.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 281.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 281.

⁷¹ *Ibidem*, p. 281.

⁷² NOVAIS, Jorge Reis. *Ob. cit.*, p. 304.

Sobre princípios que restringem os direitos fundamentais, Alexy ensina que “princípios colidentes restringem materialmente as possibilidades jurídicas de realização de outros princípios. Se os princípios colidentes não vigessem ou se não tivessem hierarquia constitucional, essas possibilidades seriam mais amplas.”⁷³

E continua

um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo.⁷⁴

Há várias classificações das restrições a direitos fundamentais, dentre elas as restrições de hierarquia constitucionais, que são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais, que são as indiretamente constitucionais, que ocorrem quando a própria constituição autoriza a estabelecer, por meio das cláusulas de reserva explícitas, simples (competência para restabelecer a restrição é pura e simplesmente garantida) ou qualificadas (há limitações ao conteúdo da restrição), devendo-se considerar que há distinção entre restrição (perspectiva do direito) e cláusula restritiva (perspectiva da norma).

Quanto à garantia do conteúdo essencial como restrição das restrições, Alexy entende que “os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.”⁷⁵, havendo dois pares de teorias sobre o conteúdo essencial do direito fundamental. No primeiro, “as teorias sobre o conteúdo essencial são diferenciadas segundo relacionem a garantia do conteúdo essencial a uma situação subjetiva ou a uma situação objetiva de regulação constitucional. Já de acordo com o segundo par, essas teorias são diferenciadas segundo interpretem essa garantia em um sentido absoluto ou relativo.”⁷⁶

2.1 Liberdade de expressão

Sabe-se que um dos direitos fundamentais que ocupa lugar especial no rol estabelecido na Constituição Federal é a liberdade de expressão. Sobre esse direito fundamental, Paulo Calazans discorre que é uma “forma de exteriorização da

⁷³ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 285.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 285.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 296.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 296.

personalidade humana, que ao indivíduo permite realizar, de forma plena, sua existência perante a sociedade.”⁷⁷

Owen Fiss, adotando um conceito *latu* de liberdade de expressão, sustenta que

O discurso é tão valorizado pela constituição, não porque ele é uma forma de autoexpressão ou autorrealização, mas porque ele é essencial para autodeterminação coletiva. A democracia permite que as pessoas escolham a forma de vida que desejam viver e pressupõe que essa escolha seja feita em um contexto no qual o debate público seja, para usar a agora famosa fórmula do Juiz Brennan, “desinibido, robusto e amplamente aberto.”⁷⁸

Em se tratando de direito de liberdade de expressão devem ser analisados dois campos distintos, quais sejam: *i)* o daquele que expressa sua liberdade de expressão, e *ii)* o daquele a quem é dirigido o discurso oriundo dessa liberdade, sendo que ambos os campos merecem proteção.

Sobre o tema, Konrad Hesse leciona que

O alcance completo dessas garantias abre-se, também aqui, somente com vistas ao seu caráter duplo: elas são, por um lado, direitos subjetivos, e, precisamente, tanto no sentido de direito de defesa como no de direitos de cooperação política; por outro lado, elas são prescrições de competência negativa e elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica. Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos meios de comunicação de massa modernos, imprensa, rádio e filme, a opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como a formação da vontade política não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental simplesmente constitutiva⁷⁹.

Dentro desse contexto, há duas dimensões a serem consideradas em relação ao direito fundamental de liberdade de expressão: a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva.

A dimensão objetiva consiste no dever de proteção e promoção da liberdade de expressão pelo Estado e pela sociedade, e está relacionada com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que, segundo Virgílio Afonso da Silva

o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo. Isso significa dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica

⁷⁷ CALAZANS, Paulo Murilo. *A liberdade de expressão como expressão da liberdade*. In: VIEIRA, José Ribas (org.). *Temas de Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75.

⁷⁸ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30.

⁷⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 1998, p. 302/303.

proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles.⁸⁰

Sobre o tema, Ana Lucia Pretto Pereira leciona que a teoria interna de restrições é o limite imanente dos direitos fundamentais, pois faz parte da própria estrutura jurídica desses direitos, posto que a Constituição prevê ponderação em relação ao conteúdo dos direitos fundamentais em razão da necessidade de convivência com outros valores também protegidos constitucionalmente⁸¹. Dessa forma,

infere-se que a convivência de bens e valores constitucionalmente assegurados também pode explicar a existência de um limite próprio, imanente dos direitos fundamentais. José Carlos Vieira de Andrade, ao concordar que a teoria dos limites imanentes estabelece que há limites do próprio objeto do direito fundamental, ou seja, fronteiras que são definidas pela Constituição, cita como exemplo que não se poderá invocar o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou a liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco. Isso porque, conforme afirma o autor, “é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situações.”⁸²

Em respeito à dimensão objetiva, o Estado deve promover a liberdade de expressão, que é um direito de defesa e não um direito prestacional⁸³. E, mesmo assim, ou seja, mesmo em se tratando de um direito de defesa, custa dinheiro, pois, nas palavras da citada autora

Isso se deve ao fato de que os direitos de liberdade, também chamados entre nós direitos de defesa, demandam – não na mesma medida, é verdade – gastos públicos para terem assegurada a sua proteção. Por exemplo, o direito de acesso aos tribunais pressupõe uma dimensão de natureza prestacional na medida em que o Estado deve criar meios adequados que possibilitem o acesso à jurisdição, evitando denegá-lo por falta de meios econômicos para tanto. Outro exemplo é o direito fundamental de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI da Constituição Federal), que pressupõe, para seu exercício, a existência de uma moradia.⁸⁴

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da, *Ob. cit.*, p. 185.

⁸¹ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A reserva do possível como restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais*, em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/7623/4357>, acessado em 20/01/2018

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Os direitos fundamentais de liberdade são também direitos de defesa, ao contrário dos direitos fundamentais sociais, que são direitos prestacionais (demandam uma prestação material do Estado) e dependem de uma postura ativa do Poder Público, que se realiza por distribuição de bens materiais necessários à realização do direito fundamental social.

⁸⁴ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A reserva do possível como restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais*, em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/7623/4357>, acessado em 20/01/2018.

Dessa forma, o Estado tem que se abster para não cercear a liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, deve assegurar a promoção desses direitos de defesa para que os mesmos sejam protegidos.

A dimensão objetiva oferece pouca proteção ao sistema, sendo necessária, também, a presença da dimensão subjetiva, que visa proteger o detentor do direito à liberdade de expressão para o fim de evitar que esse sujeito de direito sofra prejuízos decorrentes da exteriorização de seu pensamento. É dever do Estado proteger o conteúdo do direito à liberdade de expressão a partir de uma perspectiva subjetiva e individual.

Para Ronald Dworkin, há, também, além das dimensões objetivas e subjetivas da liberdade de expressão, a dimensão instrumental e a dimensão constitutiva. Para mencionado autor, a dimensão instrumental da liberdade de expressão “não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão do que elas digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade”⁸⁵

Já na dimensão constitutiva, o Estado deve respeitar os cidadãos, que são capazes de tomar suas próprias decisões. Nas palavras do citado autor, essa dimensão “é importante não só pelas consequências, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou ‘constitutivo’ de uma sociedade política justa”⁸⁶. E continua “só conservamos a dignidade individual quando insistimos que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la ou ponderá-la.”⁸⁷

As dimensões apresentadas por Dworkin são independentes, mas se complementam, devendo-se considerar que, segundo Edilson Farias, “as raízes da liberdade de expressão e comunicação não devem ser vistas isoladamente, senão

⁸⁵DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319.

⁸⁶DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.*, p. 319.

⁸⁷DWORKIN, Ronald. *ob. cit.*, p. 319.

como um sistema integrado, cada uma delas necessária, porém, insuficiente de per si.”⁸⁸

Dessa forma, o Estado não pode coibir a liberdade de expressão sob o fundamento de que precisa proteger o cidadão, de que é o Estado que sabe o que é melhor para o povo, de que os cidadãos não têm capacidade para diferenciar e entender os discursos. Esse agir estatal é um desrespeito não só ao próprio direito de liberdade de expressão, como à própria cidadania e o direito que as pessoas têm de tomar as decisões pelos seus próprios convencimentos.

Deve-se considerar, entretanto, que a não intervenção estatal não significa que o Estado não pode agir para coibir o direito à liberdade de expressão sob hipótese alguma. Quando, por exemplo, o sujeito de direito expressa uma ideia falsa, ou mentirosa, ou racista, ou de incitação ao ódio, há mecanismos que devem ser acionados pelo Estado para coibir essas manifestações.

Dworkin⁸⁹ defende que a liberdade de expressão é um direito individual e deve ser entendida como um princípio moral e, como princípio que é, tem papel fundamental na aplicação do direito e deve ser utilizada, inclusive, como argumento a sustentar as decisões judiciais e a atividade interpretativa, e deve ser respeitada por todos, cidadãos e Estado, sendo defeso aos órgãos estatais restringir a livre manifestação da vontade e do pensamento, vedando-se, entretanto, o abuso na utilização desse direito.⁹⁰

Sob o aspecto de que o Estado pode intervir quando houver abuso na utilização do direito à liberdade de expressão, não há que se falar em paternalismo estatal, pois se deve considerar que o direito à liberdade de expressão está sendo discutido não como livre mercado de ideias, mas sim na esfera pública, onde há limites. Portanto, quando há abuso na manifestação da vontade e do pensamento, mesmo quando os sujeitos de direito são capazes de entender o discurso e de

⁸⁸ FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 75.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

participar dele, o agir estatal é necessário não só para coibir o abuso, mas também para manter a igualdade na arena pública.

Dworkin afirma que a liberdade de expressão é elemento que integra a própria concepção de democracia, e defende a concepção de democracia co-participativa em que "as instituições são democráticas até o ponto em que permitem aos cidadãos se governarem a si mesmos, coletivamente, por meio de uma parceria, na qual cada um é membro ativo e igual."⁹¹ Entende que essa concepção é mais justa, pois atende a determinadas condições democráticas, especialmente a igualdade entre os participantes, visto que a liberdade de expressão existe para que o governo seja do povo (e não das autoridades) e para que haja igualdade entre todos, sem distinção moral e individual. Em oposição a essa concepção está a concepção majoritarista, que tem como base da democracia a decisão da maioria.

Portanto, para Dworkin, os princípios, inclusive o princípio da liberdade de expressão, servem para controlar o exercício do poder político do Estado e para que se faça uma leitura moral da Constituição.

Então, para que o cidadão tenha maior capacidade de discernimento, o Estado deve incentivar o debate necessário para o fortalecimento da democracia⁹², respeitando a diversidade de pontos de vista às informações. Nesse sentido, Owen Fiss afirma

O que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha feita com informação integral e sob condições adequadas de reflexão. Da perspectiva da democracia não deveríamos reclamar, mas aplaudir o fato de que o resultado foi afetado (e presumivelmente melhorado) pelo debate aberto e completo.⁹³

Dessa forma, quanto melhor for o debate público, quanto maior for a troca de informações entre os cidadãos, quanto mais houver reflexão acerca das propostas lançadas na arena pública, mais forte será a democracia daquele Estado.

2.2 Liberdade de expressão e seus limites

⁹¹ DWORNIK, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 510.

⁹² Em relação ao debate necessário ao fortalecimento da democracia, deve-se ter em mente que discursos de ódio, neonazistas, racistas, homofóbicos não fortalecem a democracia e, portanto, o Estado não deve incentivá-los.

⁹³ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 55.

Os direitos fundamentais têm limites que estão previstos na própria Constituição e fora dela. São os limites internos e os limites externos, e todos eles têm que ter uma racionalidade constitucional para não serem arbitrários.

Os limites internos, denominados por Alexy como limites diretamente constitucionais⁹⁴, são os definidos na própria constituição e têm legitimação no poder constituinte ordinário, que nasceu da soberania popular. Há um consenso formal a esses limites, que possuem duas categorias: limites internos implícitos e limites internos explícitos. Os explícitos são os limites colocados de forma direta na constituição como, por exemplo, a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Os implícitos também estão na constituição, mas não estão colocados de forma direta como, por exemplo, o art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal, que prevê que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

Por seu turno, os limites externos, denominados por Alexy de limites indiretamente constitucionais⁹⁵, são os que não estão diretamente na Constituição, mas sim, na lei. Nesses casos, a lei pode limitar os direitos fundamentais quando há na Constituição previsão expressa nesse sentido, ou seja, quando a Constituição prevê que a lei pode impor limites aos direitos fundamentais, sob pena de a limitação infraconstitucional ser arbitrária.

Os limites externos também podem ser explícitos ou implícitos. São explícitos quando possuem autorização constitucional expressa; e implícitos, quando não existe uma autorização expressada na Constituição, mas mesmo assim o legislador ordinário limita o direito fundamental. Por exemplo, o direito de o cidadão ter respeitada sua integridade física. Ao mesmo tempo o Estado impõe o dever de esse mesmo cidadão tomar vacina, o que, a princípio, viola sua integridade física. Porém, essa limitação está prevista na Constituição, pois cabe ao Poder Público garantir as políticas referentes ao bem-estar social, dentre elas, a vacinação.

Há, também, os limites dos limites aos direitos fundamentais, ou seja, há restrições ao poder de limitar do Estado, que podem ser formais e materiais.

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2015, p. 286.

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 290.

O limite dos limites formais se dá em razão da *i)* reserva de lei; *ii)* reserva de lei pelo parlamento e *iii)* lei formal (instrumento posto à disposição do Estado para positivizar o direito como, por exemplo, as leis, as emendas constitucionais, os decretos – art. 59, da Constituição Federal) e lei material (ato normativo dotado de generalidade e abstratividade).

O limite dos limites materiais ocorre em relação ao conteúdo da restrição, ou seja, se não houvesse limite à lei, o legislador poderia, por exemplo, restringi-la a ponto de inviabilizar o próprio exercício do direito fundamental, o que não é possível, a não ser por uma nova constituinte.

Em relação ao direito fundamental à liberdade de expressão, o Estado, a princípio, não deve interferir nem em seu conteúdo nem na forma como esse direito se manifesta. Na lição de Clèmerson Clève e Bruno Lorenzetto, “a liberdade de expressão pode ser tratada como o desimpedimento para a manifestação de juízos, opiniões e críticas sobre temas em disputa, fatos, ideias e demais eventos que possam vir a ser expostos em (e para o) público”.⁹⁶

Wilson Steinmetz⁹⁷, ao tratar do âmbito de proteção da norma, ensina que o mesmo diz respeito ao objeto protegido, o bem jurídico regulado e a previsão de restrição pela Constituição. E, conforme ensinam Ingo Sarlet, Marinoni e Daniel Mitidiero⁹⁸, além da proteção do conteúdo, do objeto de expressão, estão protegidos, também, os meios de expressão, que são uma nova modalidade, de conceito aberto, como, por exemplo, a comunicação eletrônica.

Porém, não obstante o dever do Estado de não intervir na liberdade de expressão, esse direito fundamental também tem limites. O cidadão não pode, sob o argumento de que está exercendo seu direito de expressar seus pensamentos, proferir discurso de ódio, de racismo, de apologia ao crime ou de qualquer expressão do pensamento de cunho radicalmente intolerante.

⁹⁶ CLÈVE, Clèmerson; LORENZETTO, Bruno Menezes. *Dimensões das Liberdades de Informação e de Expressão: Elementos do Discurso Político*, 2016. Disponível em <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i1.9296>, p. 86.

⁹⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Livraria do Advogado, 2001, p. 28.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ob. cit.*, p. 457.

Quando há esse tipo de discurso o Estado deve intervir, deixando de lado a postura neutra para preservar a democracia. O denominado *hate speech*⁹⁹ prejudica o funcionamento da democracia.

Sobre o discurso de ódio, Daniel Sarmiento ensina que

se adotarmos uma concepção deliberativa de democracia, que a conceba não como uma mera forma de governo da maioria, ou de agregação e cômputo dos interesses individuais de cidadãos egoístas e autocentrados, mas como um complexo processo político voltado ao entendimento, pelo qual pessoas livres e iguais procuram tomar decisões coletivas que favoreçam ao bem comum, buscando o equacionamento de diferenças e desacordos através do diálogo veremos que o *hate speech* só prejudica o processo democrático.¹⁰⁰

Dessa forma, as manifestações que façam apologia para pôr fim ao debate não podem ser tuteladas pelo Estado Democrático de Direito. Há limites para essa proteção. Nesses casos, a interferência do Estado não significa a legitimação do monitoramento dos discursos, tampouco em censura, que seria o indevido agir do Estado.

Acerca da censura, Luis Roberto Barroso ensina *que* “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 e o ridículo.”¹⁰¹

Outro critério referente aos limites aos direitos fundamentais é o sopesamento, que é utilizado quando um direito fundamental colide com outro direito

⁹⁹ *Hate speech* que, em tradução livre, significa ‘discurso de ódio’ foi trazido à baila para demonstrar que existem limites para o direito fundamental à liberdade de expressão e possibilidade da intervenção estatal para coibir esse tipo de expressão, que tem como tônica o ódio, o desprezo, a intolerância, por exemplo, contra determinados grupos relacionados com crenças religiosas, etnias, gênero, deficiência física e/ou mental, orientação sexual. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho anti-semita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo - HC nº 82.424/RS, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento concluído em 19 de setembro de 2003 – Caso *Ellwanger*.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo e o problema do hate speech*. Revista de Direito do Estado, n. 4, out./dez.2006, p. 82-83.

¹⁰¹ BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 345-346.

fundamental. A propósito, esse foi o critério utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso Ellwanger¹⁰², onde se decidiu que

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 5º, Parágrafo 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.¹⁰³

Ao tratar sobre o limite da tolerância referente ao discurso de ódio, Gilmar Mendes tece comentários sobre o julgamento mencionado

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal do Brasil considerou que, diante dos objetivos da preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana e do ônus imposto à liberdade de expressão, essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, uma vez que inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional restariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta e intangível à liberdade de expressão.

Trata-se de um caso emblemático de nossa jurisprudência constitucional na proteção da liberdade no Estado democrático de direito.¹⁰⁴

O dever do Estado é garantir a livre manifestação do pensamento, porém, essa liberdade não pode colocar em risco a própria democracia e o próprio debate público.¹⁰⁵ Quando isso ocorre, é dever do Estado agir, sob pena de omissão e afronta ao princípio democrático e às liberdades individuais.

¹⁰² “Práticas discriminatórias, inspiradas no racismo, estão lamentavelmente na ordem do dia. São expressões de intolerância que põem em questão os valores da democracia e dos direitos humanos. Entre os incidentes recentes da prática do racismo, os documentos da ONU elencam a xenofobia, a negrofobia, a islamofobia e o antissemitismo. Para a discussão jurídica dessa problemática, o Supremo Tribunal Federal deu inestimável contribuição ao decidir o caso Ellwanger. Como se lê no acórdão recém-publicado, o STF confirmou, em setembro de 2003, por 8 votos a 3, a condenação, pelo crime da prática de racismo, de Siegfried Ellwanger que vinha, no correr dos anos, dedicando-se de maneira sistemática e deliberada a publicar livros notoriamente antissemitas, como os *Protocolos dos Sábios de Sião*, e a denegar o fato histórico do Holocausto, como autor do livro *Holocausto - judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século*. O caso Ellwanger é um marco na jurisprudência dos direitos humanos, cuja prevalência na Constituição de 1988 é uma das notas identificadoras do Estado democrático de Direito.” em <
<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz3003200409.htm>>, acessado em 21/01/2018.

¹⁰³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 82.424, Rel. Min. Presidente Maurício Corrêa, j. 17.09.2003, Plenário, DJ 19.03.2004.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*, em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/munster_port_1.pdf, acessado em 22/01/2018.

¹⁰⁵ Neste ponto há que ser considerado que nem a propaganda eleitoral negativa, que tem o viés de denegrir a imagem do candidato concorrente, pode conter discurso de ódio. “Diante dos objetivos da preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana e do ônus imposto à liberdade de expressão” a propaganda eleitoral não pode conter discurso de discriminação a qualquer pessoa em relação à raça, ao gênero, à etnia, à nacionalidade, à religião, à orientação

Owen Fiss afirma que deve, inclusive, para garantir a igualdade entre os membros da sociedade, haver regulação estatal quando há discursos antidemocráticos como, por exemplo, de incitação ao ódio, de pornografia e financiamento de campanhas políticas.

A preocupação não é simplesmente com a posição social dos grupos que poderiam ser prejudicados pelo discurso cuja regulação é contemplada. Ao revés, a preocupação é com as postulações daqueles grupos a uma integral e isonômica oportunidade de participar do debate público – as postulações desses grupos à sua liberdade de expressão, em oposição ao seu direito à igual proteção. O estado, ademais, está honrando aquela postulação não por seu valor intrínseco ou para promover seus interesses discursivos, mas apenas como um meio de desenvolver o processo democrático. O Estado está tentando proteger o interesse da audiência – a cidadania como um todo – de ouvir um debate aberto e inclusivo nas questões de importância pública.¹⁰⁶

Fiss afirma, também, que “algumas vezes devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes dos outros.”¹⁰⁷

Segundo Post “as eleições e outras formas de participação do povo compõem a legitimação política de uma sociedade e tais participações são mediadas pelo diálogo na arena pública, razão pela qual as pessoas têm que ter acesso à informação, não só do Estado, mas também do particular.”¹⁰⁸

Para Dworkin, a liberdade de expressão se justifica não só pelas suas consequências, mas porque o Estado deve tratar os cidadãos como adultos, sendo esse o traço constitutivo de uma sociedade política justa, pois as pessoas moralmente responsáveis tomam suas próprias decisões sobre o que é bom ou mal na vida e na política, decidem o que é verdadeiro e o que é falso, tanto na justiça como na fé, e quando o Estado age de forma que seus cidadãos não têm capacidade ou qualidade moral suficiente para exprimir o que pensam e ouvir opinião diversa e que podem persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis, ele ofende.¹⁰⁹

Citado autor afirma que “só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o

sexual e o estímulo à violência, uma vez que inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional restariam sacrificados.

¹⁰⁶ FISS, Owen. *Ob. cit.*, p. 49-50.

¹⁰⁷ FISS, Owen. *Ob. cit.*, p. 49.

¹⁰⁸ POST, Robert. *Participatory democracy and free speech*. Virginia Law Review, v. 97, 2011. p. 482.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.*, p. 319.

direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la.”¹¹⁰ Dessa forma, a liberdade de expressão, juntamente com outras formas de liberdade, como, especialmente, a jornalística, constitui a base do discurso público necessário à informação do cidadão.

Sendo assim, a liberdade de expressão deve ser protegida para que os discursos possibilitem maior e melhor conhecimento sobre o que está sendo debatido; para que se aprimore a troca de experiência, de pontos de vista, a revisão dos conceitos, o que pode gerar, conseqüentemente, a busca por novos, alternativos e diferentes entendimentos.

Verifica-se, pois, que o direito à liberdade não é absoluto, sendo certo, entretanto, a vedação à censura, devendo-se considerar que a jurisprudência brasileira é bastante protetiva em relação ao direito fundamental de liberdade de expressão.

2.3 Liberdade de Expressão e a Propaganda Eleitoral

O ideal democrático está fundado na efetiva participação dos cidadãos na formação da vontade do Estado, participação essa que ocorre não apenas indiretamente, mas, também, diretamente, através de plebiscitos, referendos e leis de iniciativa popular. Dalmo Dallari ensina que a iniciativa popular também se dá por meio das audiências públicas, de fóruns de debates e tantos outros mecanismos de atuação política¹¹¹.

Mas para que essa atuação política do povo seja consciente e, em consequência, para que a qualidade da democracia seja aprimorada, é indispensável assegurar aos cidadãos espaços de discussão livre. Esse contexto evidencia a relevância da liberdade de expressão para o Estado que se quer democrático, já que o engajamento político do povo é proporcional à qualidade da democracia. A relação entre a liberdade de expressão e o Estado democrático, em perspectiva transindividual, está bem destacada na obra de Dworkin¹¹².

Para Konrad Hesse, sem a liberdade de expressão e de informação

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.*, p. 319.

¹¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145-161.

¹¹² DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.*, p. 318-319.

o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como a formação da vontade política não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver.¹¹³

Os debates, os discursos e as manifestações políticas públicas são, portanto, essenciais para a formação da opinião consciente dos cidadãos, os quais, no modelo democrático, são os responsáveis pela formação da vontade do Estado.

Em uma democracia representativa, onde os cidadãos escolhem seus representantes, a liberdade de expressão tem especial importância quando se considera que a disputa dos cargos políticos não se faz mais pelo uso da força física, da coação, mas sim pelo compartilhamento de ideias e confronto de opiniões. Em democracias representativas, como é o caso brasileiro, a disputa pelo poder também se faz por mecanismos de comunicação, em que se busca convencer o povo de que determinado cidadão tem as melhores ideias e soluções para administrar a coisa pública¹¹⁴.

Dessa forma, “se há o reconhecimento da importância do autogoverno como fator determinante para a democracia, a liberdade de expressão se torna um direito fundamental vinculado às condições democráticas da sociedade e ao acesso à informação”¹¹⁵.

Na redemocratização do Estado brasileiro adotou-se o modelo democrático representativo, em que “o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando”¹¹⁶.

O parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal estabelece que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.¹¹⁷

É intuitivo se concluir, então, que a eleição, entendida como o processo de escolha dos representantes políticos, é de suma importância para a consolidação da democracia representativa brasileira, sendo certo que, para tanto, o ordenamento

¹¹³ HESSE, Konrad. *Ob. cit.*, p. 302/303.

¹¹⁴ NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda Eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 19-20.

¹¹⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Ob. cit.*, p. 89.

¹¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Ob. cit.*, p. 157.

¹¹⁷ Constituição Federal 1988.

jurídico deve assegurar condições para que os cidadãos possam ter liberdade de escolha e para que os candidatos concorram em um ambiente de igualdade.

No modelo brasileiro, o voto é pessoal, obrigatório, secreto, livre, direto, periódico e de igual valor para cada eleitor. Ou seja, o voto é um ato que só pode ser realizado pelo próprio eleitor pessoalmente e é obrigatório para os cidadãos que têm entre dezoito a setenta anos. O voto é sigiloso, isto é, não pode ser revelado, senão pelo próprio eleitor que assim desejar, que tem liberdade para votar em qualquer partido ou candidato, ou mesmo anular o voto. Como regra geral, o voto é *direto*, sem a participação de interposta pessoa na escolha dos representantes¹¹⁸, e tem igual valor para todo e qualquer cidadão (*one man, one vote*¹¹⁹), que vota *periodicamente*, ao término do mandato dos representantes¹²⁰.

Diante desse quadro, pode-se afirmar que a liberdade de expressão merece especial atenção no período de eleição, não apenas porque o candidato tem a liberdade de se expressar, mas também em razão de o eleitor-cidadão ter o direito de ser informado. Tais valores se irradiam em uma série de questões envolvidas no processo eleitoral, mas há um ponto em que a liberdade de expressão se manifesta de maneira mais eloquente: na propaganda eleitoral.

Segundo Coneglian, a publicidade política é gênero do qual a propaganda eleitoral é espécie¹²¹. Enquanto a propaganda política busca adeptos para uma ideologia, a propaganda eleitoral é “dirigida diretamente à conquista do sufrágio para determinada e precisa eleição”. Dentre as várias formas de classificação, em relação ao seu conteúdo, a propaganda pode ser positiva ou negativa. Quando positiva, a propaganda eleitoral louva as qualidades do beneficiário, enfatiza suas realizações e aptidões para o cargo em disputa. Quando negativa, a propaganda desqualifica o concorrente, sugestionando sua incapacidade e até imoralidade para o cargo¹²².

Pode-se dizer que a propaganda negativa integra a técnica de estratégia ofensiva, na qual determinado candidato fixa a tônica da campanha, de forma a colocar e manter o adversário na defensiva, acuado com as imputações realizadas,

¹¹⁸A exceção é a vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República nos dois últimos anos de mandato, caso em que a eleição é feita pelo Congresso Nacional – artigo 81, § 1º, da Constituição.

¹¹⁹um homem, um voto.

¹²⁰GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 48-51.

¹²¹ CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. Eleições 13 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 29.

¹²²GOMES, José Jairo. *Ob. cit.*, p. 340.

o que, normalmente, se faz mediante interpostas pessoas. Tal estratégia gera, de um lado, maior poder de persuasão dos que se colocam na ofensiva e, de outro, inibe a atuação dos que estão na defensiva, provocando nestes, certa dose de irritação e, ao fim, desespero¹²³.

Olivar Coneglian dá um exemplo dessa técnica de propaganda. No segundo turno da eleição de 1990 para o Governo do Estado do Paraná, o então candidato Roberto Requião de Mello e Silva explorou em sua propaganda a entrevista de um homem que afirmava que, há mais de trinta anos, havia assassinado trabalhadores rurais na região do município de Assis Chateaubriand a pedido de Oscar Martinez, pai do candidato adversário, José Carlos Martinez. Esse fato provocou mudança repentina nas pesquisas de intenção de voto e o candidato Martinez, acuado e na defensiva, não conseguiu reverter o quadro e perdeu a eleição. Esse fato ficou conhecido como caso “Ferreirinha”, nome do cidadão que aparecia no vídeo¹²⁴.

A questão que se coloca, e este é o objeto do presente estudo, é até que ponto o candidato tem liberdade de se expressar, em especial quando a propaganda eleitoral se volta a desqualificar o adversário, quando se utiliza da propaganda eleitoral negativa.

No Brasil, a propaganda eleitoral possui extensa e detalhada regulamentação. Relevante dado histórico a respeito é a Lei nº 6.339/1976, conhecida como Lei Falcão, que vigorou de 1976 a 1984. O apelido de mencionada legislação faz alusão ao seu idealizador, Armando Falcão, então Ministro da Justiça do governo do General Ernesto Geisel, de 1974 a 1979. A Lei Falcão estabeleceu que as propagandas eleitorais da época, no rádio e televisão, estavam limitadas a narrar o nome do candidato, o partido político ao qual estava vinculado, o número que o identificava, e um breve currículo. Na televisão, permitia-se constar a foto do candidato.¹²⁵ O caráter restritivo dessa lei é inegável, que muito reflete o próprio regime opressor da época.¹²⁶

¹²³ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 381 – 382.

¹²⁴ CONEGLIAN, Olivar. *Ob. Cit.*, p. 31.

¹²⁵ “A Lei Falcão foi uma reação da ditadura à derrota eleitoral de 1974, quando os candidatos do MDB utilizaram a propaganda de rádio e TV para denunciar a alta do custo de vida, o arrocho salarial e os problemas urbanos do país. Aprovada no Congresso com os votos da Arena, a lei tinha o claro objetivo de calar a oposição, mas foi apresentada pelo governo como um “aperfeiçoamento democrático”, que permitiria “maior equilíbrio” na disputa eleitoral. A nova legislação esvaziou a propaganda eleitoral, transformada num desfile inócuo de currículos e fotografias. Vigorou por quatro eleições, até o pleito municipal de 1984, quando foi revogada.” em

Superado o período de ditadura militar e instaurado o Estado Democrático brasileiro, a propaganda eleitoral mereceu novo tratamento, guiada pela liberdade de expressão e pela proibição da censura. São os valores consagrados no artigo 5º, incisos IV, V, VI, IX, XIV e, bem assim, o artigo 220 da Constituição Federal.

No entanto, se a liberdade de expressão confere desimpedimento para a manifestação de pensamento *no* e *para* o público, circunstância elementar para a construção de uma boa democracia¹²⁷, então é certo que essa liberdade deve estar necessariamente assegurada a todos os integrantes da comunidade. Em outras palavras, o acesso à arena pública de discussão deve ser igual a todos os cidadãos, sob pena de o discurso dos poderosos silenciar a expressão dos mais fracos. Owen Fiss qualifica essa consequência como o efeito silenciador da liberdade de expressão¹²⁸.

Tal indesejado efeito, no campo da propaganda eleitoral, merece especial atenção, sobretudo diante do princípio da máxima igualdade da disputa eleitoral, como apresentado por Eneida Desiree Salgado. Segundo a autora, “a regulação da propaganda eleitoral tem como único escopo promover a igualdade entre os candidatos e assim se legitima”¹²⁹.

Nesse sentido, Eneida Desirre defende que o critério¹³⁰ adotado pelo ordenamento brasileiro para a distribuição do tempo de propaganda eleitoral na televisão e no rádio entre os candidatos ofende o princípio da máxima igualdade na

<http://memorialdademocracia.com.br/card/lei-falcao-silencia-a-campanha-eleitoral>, acessado em 28/01/2018.

¹²⁶ A Lei Falcão foi criada para que a população não tivesse mais acesso às críticas de oposição ao atual governo. Aloysio Carvalho, ao tratar do tema leciona “Assim deve ser compreendida a instituição da Lei Falcão em 1976, quando se avaliou que os resultados das eleições de novembro de 1974 comprometeriam nos próximos pleitos o controle do governo sobre o processo legislativo. Com a proibição da propaganda eleitoral no rádio e na televisão, a população não teve mais acesso às críticas da oposição sobre as políticas governamentais. Para garantir a base parlamentar necessária à continuidade da estratégia da liberalização outorgada, o governo também investiu contra o Senado e a Câmara. Em abril de 1977, o presidente Geisel colocou o Congresso em recesso e mudou as regras do jogo, aprovando um conjunto de medidas que ficou conhecido como Pacote de Abril.” CARVALHO, Aloysio. Geisel, Figueiredo e a liberalização do regime autoritário (1974-1985), em <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000100005>, acessado em 28/01/2018.

¹²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Ob. cit.*, p. 86.

¹²⁸ FISS, Owen M. *El efecto silenciador de La libertad de expresión. Isonomia – Revista da Teoría y Filosofía Del Derecho*, Ciudad de Mexico, Instituto Tecnológico Autónomo de Mexico, n. 4, abr. 1996, p. 17-27,

¹²⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 208.

¹³⁰ O artigo 47 da Lei nº 9.504/97 estabelece que o tempo de propaganda eleitoral é dividido entre os partidos proporcionalmente ao número de representantes do partido na Câmara dos Deputados.

disputa eleitoral e o princípio da necessária participação das minorias, pois favorece os partidos de maior expressão, deixando aos menores um tempo irrisório de propaganda, o que dificulta, em muito, a exposição de ideias com a intensidade necessária para a reflexão política.

A liberdade de expressão exige o meio para a sua realização, com o acesso aos meios de comunicação e a liberdade de propaganda. O acesso ao direito de antena deve ser o mais amplo e igualitário possível, para permitir que o direito cumpra suas funções em relação à democracia e ao Direito: instigar o pluralismo, impor o cumprimento da função pública dos órgãos de comunicação social e garantir eleições verdadeiramente democráticas, pois não há voto livre sem opinião esclarecida; não se concebe liberdade de escolha sem consciência das alternativas¹³¹.

Sobre o princípio da igualdade de oportunidades nas competições eleitorais, Marcelo Roseno de Oliveira leciona que

Nesse contexto, em que ganham destaque aspectos como a representação e a realização de eleições habituais como forma de legitimação do exercício do poder político, cresce a importância dos organismos eleitorais, ou mais especialmente dos sistemas (modelos constitucionais) de controle das eleições, responsáveis por concretizar a interferência estatal para resguardar que as disputas sejam travadas num ambiente de igualdade.

É certo que a relação entre dinheiro e política acabam por revelar uma aproximação visceral (e prejudicial à democracia) entre os detentores do poder econômico e o exercício do poder político, o que faz aumentar a importância do controle estatal de modo a desativar fatores que não deveriam intervir nas escolhas por parte dos eleitores.

Ainda assim, é concebido atualmente que a atuação dos organismos eleitorais não se deve dar exclusivamente por meio de limitações à atuação dos agentes políticos, mas também por ações positivas, que permitam a máxima inclusão política, possibilitando que representantes dos mais diversos segmentos sociais disponham de igualdade de chances quando da disputa dos cargos de representação.¹³²

Do ponto de vista democrático, só se considera legítima a restrição da propaganda eleitoral quando voltada a assegurar a igualdade entre os concorrentes na disputa.

A mínima intervenção estatal nos discursos políticos públicos, no que se insere a propaganda eleitoral, também é defendida por Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, para os quais só se admite a interferência estatal na esfera comunicacional quando adequadamente justificada, “tendo por escopo a

¹³¹ SALGADO, Eneida Desiree. *Ob. cit.* p. 213.

¹³² OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *A igualdade de oportunidade nas competições eleitorais. Reflexões a partir da teoria da justiça como equidade de John Rawls*. Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciências Políticas. UFPR – v. 2, n. 2 (2013) – Curitiba: TRE, 2013, p. 182.

proteção das condições de participação do maior número possível de pessoas na formação dos discursos públicos”¹³³.

Carlos Neves Filho comunga do posicionamento de que a liberdade de comunicação deve ser interpretada em conjunto com a igualdade dos homens, de sorte que “a liberdade pressupõe igualdade de condições destes homens livres”.

Para o autor:

a liberdade de expressão encontra limitação na própria necessidade de manutenção da condição de livre do homem, ou seja, dos seus direitos fundamentais, devendo respeito à dignidade da pessoa humana, impedindo-se, aí, invasão da privacidade, a ofensa à honra, a incitação à violência ou atentado contra a vida.¹³⁴

Destaca-se o entendimento de Fernando Neisser contido na obra *Crime e Mentira na Política*. Para ele, partindo da premissa de que a propaganda tem pouca influência no resultado da eleição, a atuação da Justiça Eleitoral, em termos de propaganda, ainda que para promover a igualdade e assegurar a honra dos concorrentes, acaba por tutelar o eleitor de maneira excessiva, fazendo com que o cidadão deixe de exercer o seu próprio juízo sobre as afirmações contidas nas propagandas, o que impede o amadurecimento da consciência política do eleitorado e, em consequência, da própria democracia.¹³⁵

Em termos de conteúdo da propaganda, a Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral)¹³⁶ proibiu expressamente temas como propaganda de guerra; processos violentos a fim de subverter o regime, a ordem pública e a ordem social; de

¹³³CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Ob. cit.* p. 89.

¹³⁴NEVES FILHO, Carlos. *Ob. cit.*, p. 28.

¹³⁵NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e Mentira na Política*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹³⁶Art. 243. Não será tolerada propaganda:

I - de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes;

II - que provoque animosidade entre as forças armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis;

III - de incitamento de atentado contra pessoa ou bens;

IV - de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública;

V - que implique em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza;

VI - que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

VII - por meio de impressos ou de objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda;

VIII - que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito;

IX - que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

preconceito; de corrupção; de crime. Essa legislação também disciplina os crimes eleitorais¹³⁷ e, no tema da propaganda, tipificou as condutas de divulgar fatos inverídicos aptos a influenciar o eleitor, caluniar, difamar e injuriar alguém.

Nesse sentido, o Código Eleitoral restringe propagandas que colocam em risco a ordem e o sossego públicos (incisos I, II, III, IV e VI do art. 243), a liberdade do eleitor (inciso V), e a honra das pessoas (inciso IX do art. 243 e artigos 324, 325 e 326)¹³⁸.

Além disso, o Código Eleitoral tipificou como crime a divulgação de fatos que o autor da propaganda sabe que são inverídicos em relação a candidatos ou partidos¹³⁹. Ou seja, o candidato, em sua propaganda, está proibido de mentir *sobre seus adversários*.

Acerca do crime tipificado no art. 323 do Código Eleitoral, Neisser ensina que

Denota-se claramente a preocupação do legislador com a influência que fatos inverídicos veiculados no âmbito da comunicação política possa ter sobre os eleitores. Dois núcleos de sentido surgem com relevância: a inverdade dos fatos e a influência exercida nos cidadãos. Deste modo, dois também são os possíveis bens jurídicos em debate: ou bem se pretende evitar que a mentira acerca de fatos ronde o ambiente eleitoral, conspurcando a dignidade que se espera das disputas políticas, ou se quer tutelar a escolha do eleitor, primando para que esta se dê com plena liberdade, ou seja, sem distorção que a mendacidade pode lhe ocasionar.¹⁴⁰

Sobre citado artigo Joel Cândido leciona que o tipo penal “protege a lei, a honra e a ética na propaganda, valores de que os participantes dos embates do processo eleitoral não podem se distanciar.”¹⁴¹

¹³⁷ Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado:

Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Art. 325. Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Art. 326. Injuriar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

¹³⁸ Sobre conciliação entre a propaganda e as posturas municipais ver Olivar Coneglian in *Propaganda Eleitoral Eleições*. 13 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 375 - 381.

¹³⁹ Código Eleitoral – art. 323: Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado:

Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Parágrafo único. A pena é agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

¹⁴⁰ NEISSER, Fernando Gaspar. *Ob. cit.*, p. 141.

¹⁴¹ CÂNDIDO, Joel. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. Bauru. Edipro, 2006, p. 279-280.

Interessante é que, conforme o entendimento de Djalma Pinto, mesmo que o Ministério Público, enquanto titular da ação penal pública incondicionada nos crimes eleitorais, não ingresse com referida ação penal, nada impede que os partidos ou candidatos prejudicados acionem a Justiça Eleitoral contra a propaganda criminoso para fazer cessar a ação ilícita, “sob pena de beneficiar-se aquele que descumpriu a lei com a ausência de iniciativa do órgão ministerial, o que é inadmissível diante do desequilíbrio que a conduta delituosa provoca na disputa”¹⁴².

Essa questão é bastante delicada, pois, na prática, é difícil definir o que é verdade e o que é mentira, sobretudo quando se misturam afirmações falsas com afirmações verdadeiras, técnica muito utilizada pelo *marketing* político para atingir os adversários e convencer o eleitor. É difícil também distinguir o fato da opinião, o que é fundamental, pois na opinião descabe a dicotomia verdade-mentira.

Sobre a verdade e a mentira no debate eleitoral, Fernando Neisser ensina que

Se a verdade como valor absoluto não se mostra capaz, quiçá, de superar o obstáculo metajurídico de compatibilidade com os sujeitos que serão tutelados pelas normas, essa humanidade imperfeita e mentirosa de forma contumaz, então não é apta para assumir o papel de bem jurídico supraindividual. O mesmo não pode ser dito de uma pretensão mais modesta: garantir um ambiente mais veraz possível da cena eleitoral.

Esta formulação, indiscutivelmente, tem como referente o bem último que pretende proteger, a liberdade da formação do voto pelo eleitor, que, como adrede mencionado, é de natureza individual.”¹⁴³

De qualquer forma, o que a lei veda é a mentira especificamente sobre candidatos ou partidos. E pelo princípio da legalidade, o que a lei não proíbe, é permitido.

A honra e a dignidade também estão protegidas pelos já citados artigos 324, 325 e 326 do Código Eleitoral, bem assim pelos parágrafos 1º e 2º do artigo 53 da Lei nº 9.504/97¹⁴⁴. O artigo 58 da Lei nº 9.504/97¹⁴⁵ assegura, ainda, o direito de resposta ao candidato, partido ou coligação, atingidos em sua honra.

¹⁴² PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal - noções gerais*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 201.

¹⁴³ NEISSER, Fernando Gaspar. *Ob. cit.*, p. 157.

¹⁴⁴ Art. 53.

[...]

§ 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.

Assim, se, de um lado, o candidato é livre para instaurar o debate e divulgar fatos pouco nobres do seu adversário, da mesma forma em que o cidadão tem o direito de ser informado sobre tais fatos, de outro, o candidato atacado tem direito à preservação da sua honra e da sua dignidade.

Pela lei, a honra e a dignidade das pessoas prevalecem e são o limite da liberdade de expressão e de informação na propaganda eleitoral negativa. Tal restrição à liberdade de expressão é, até mesmo, uma forma de assegurar a igualdade entre os concorrentes na disputa eleitoral, pois tende a manter o debate público em um mesmo nível de sinceridade ao impedir a propagação de mentiras sobre os candidatos ou partidos, e em um mesmo nível de seriedade ao coibir ofensas desmedidas.

3. PROPAGANDA ELEITORAL E PROCESSO ELEITORAL

A liberdade de expressão é elemento essencial à escolha dos representantes eleitos pelo povo. No Estado Democrático de Direito, para que o processo eleitoral seja válido, as eleições têm que ser livres e justas, com espaços destinados para os candidatos divulgarem suas opiniões e contra argumentarem as visões divergentes, onde sejam possíveis o debate e o confronto de perspectivas para que o cidadão conheça as ideias e os projetos daqueles que estão pleiteando um cargo político eletivo.

Cass Sustein leciona que

O objetivo da liberdade de expressão é, em parte, fomentar a autonomia política; uma democracia em bom funcionamento não é possível a menos que as pessoas possam dizer o que pensam, mesmo que seus pensamentos sejam falsos. Mas se as pessoas espalharem boatos falsos – mais obviamente sobre autoridades e instituições públicas – a própria democracia sofrerá.¹⁴⁶

§ 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.

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ SUSTEIN, Cass. *A verdade sobre os boatos. A verdade sobre os boatos: como se espalham e porque acreditamos neles*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 13.

É por meio da liberdade de expressão, mais precisamente da propaganda eleitoral, que o candidato tenta convencer o cidadão de que tem as melhores propostas e soluções para administrar a coisa pública¹⁴⁷. A propaganda eleitoral tem ligação direta com o processo eleitoral, posto que é através dela que os cidadãos podem melhor conhecer os candidatos que estão concorrendo aos cargos políticos eletivos.

Para entender esse tipo de publicidade, necessário traçar algumas linhas acerca da propaganda propriamente dita.

Em sentido amplo, propaganda, segundo Fávila Ribeiro “é um conjunto de técnicas empregadas para sugerir pessoas na tomada de decisões.”¹⁴⁸ Utilizando a mesma ideia, mas outras palavras, Vidal Júnior descreve que a propaganda é

toda forma de comunicação, voltada ao público determinado ou indeterminado, que, empreendida por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, tenha por finalidade a propagação de ideias relacionadas à filosofia, à política, à economia, à ciência, à religião, à arte ou à sociedade.¹⁴⁹

Portanto, propaganda é “Uma expressão de opinião ou ação por parte de indivíduo ou de grupos, deliberadamente destinada a influenciar opiniões ou ações de outros indivíduos ou grupos relativamente a fins predeterminados.”¹⁵⁰

A democracia representativa depende de eleições frequentes para que os cidadãos escolham seus representantes, o que demanda espaços, que devem observar o máximo de igualdade entre os concorrentes, para, de um lado, os candidatos apresentarem suas ideias e propostas políticas e, de outro, para os cidadãos tomarem ciência de tais projetos. Uma das arenas mais utilizadas pelos concorrentes a cargos políticos eletivos para expor suas propostas, ideias, planos de governo, angariar votos, é a propaganda eleitoral.

A propaganda eleitoral consiste, em apertada síntese, no fato de o candidato expor publicamente determinadas propostas, bem como propagandas inseridas no governo, cujo desiderato é convencer o eleitor.¹⁵¹

¹⁴⁷ NEVES FILHO, Carlos. *Ob. cit.*, p. 19-20.

¹⁴⁸ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 379.

¹⁴⁹ JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Publicidade Comercial*. Ed. Juarez de Oliveira, 2001, p. 16.

¹⁵⁰ CHILDS, Harwod. *Relações públicas, propaganda e opinião pública*. Rio de Janeiro. FGV, 1967, p. 101.

Segundo Joel José Cândido, “A propaganda eleitoral tem o escopo de fazer com que os candidatos, bem como os partidos políticos procedam de maneira a divulgar as competentes propostas políticas, cujo escopo é demonstrar aptidão para a assunção dos cargos eletivos.”¹⁵²

A propaganda eleitoral, portanto, essencial ao regime democrático, “é toda manifestação de vontade do candidato em relação à sua postulação eleitoral, que leva a conhecimento geral e dos eleitores nacionais ou de determinada região, as formas em que pretende manifestar sua candidatura, demonstrando as razões que o tornam, entre os demais, merecedor do exercício do mandato.”¹⁵³

Por propaganda eleitoral “se entende aquela que é feita como o objetivo exclusivo de conquistar o eleitor e seu voto, nas eleições que se aproximam. A propaganda eleitoral é a propaganda do candidato e do partido durante o período da campanha eleitoral.”¹⁵⁴

Neste trabalho o objeto de análise é o conteúdo da propaganda eleitoral. Sob este ponto de vista, propaganda eleitoral é, portanto, a forma de divulgação das propostas dos concorrentes a cargos políticos eletivos cuja finalidade é promover sua candidatura e conquistar o eleitorado. A finalidade principal da propaganda eleitoral é angariar votos.

Tendo em vista que a propaganda eleitoral é o espaço destinado ao candidato e/ou ao partido político conquistar o eleitor e o seu voto, imagina-se que, a princípio, em relação ao seu conteúdo, esse espaço seja voltado para exaltar suas qualidades e demonstrar à população os projetos que serão realizados se eleito for. Ou seja, o ideal que se busca através dessa publicidade é que a propaganda eleitoral seja um espaço voltado para a apresentação do candidato, de seu plano de governo, suas ações e de todas as atitudes legais hábeis a demonstrar que é a melhor opção dentre todos os candidatos para exercer o cargo para o qual está concorrendo.

¹⁵¹ ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. 11ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 360.

¹⁵² CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Edipro, 2010, p. 78.

¹⁵³ CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito Eleitoral Esquematizado*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 607.

¹⁵⁴ CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral. Eleições*. 13 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 250.

Ocorre que as campanhas eleitorais são feitas não somente de propostas ativas dos concorrentes e cumprimentos elogiosos entre eles. Muito pelo contrário, a disputa eleitoral é ferrenha e, muitas vezes, os concorrentes travam debates ácidos, críticos, por vezes trazendo à tona assuntos que não têm qualquer relação com a campanha eleitoral. A propaganda eleitoral negativa está cada vez mais enraizada no processo eleitoral.

Como já mencionado alhures, neste trabalho a abordagem se dá em relação ao conteúdo da propaganda eleitoral, positivo ou negativo, não havendo incursões em outros temas como, por exemplo, tempo de propaganda, data inicial e final para a veiculação de propaganda eleitoral, modos de veiculação da propaganda, dentre outros.

Na propaganda positiva “exalta-se o beneficiário, sendo louvadas suas qualidades, ressaltados seus feitos, sua história, enfim, sua imagem. Já a negativa tem por fulcro o menoscabo ou a desqualificação da pessoa, sugerindo que não detém os adornos morais ou a aptidão necessária à investidura do cargo eletivo.”¹⁵⁵

3.1 Propaganda eleitoral negativa

A propaganda eleitoral negativa tem como objetivo não só conquistar o voto do eleitor, mas, principalmente, alertar os cidadãos que o candidato opositor (que está sofrendo o ataque oriundo da mencionada propaganda) não está apto a ocupar o cargo para o qual está concorrendo.

Marcos Ramayana, ao discorrer sobre propaganda eleitoral negativa, leciona que

Fala-se em contrapropaganda como uma forma de atacar as teses do adversário, desmontando os temas, utilizando técnicas de pormenores dúbios da vida privada, o que poderá gerar ofensas à honra e o direito de resposta (art. 58 da Lei nº 9.504/1997), inclusive em alguns casos a análise do tipo penal da calúnia, difamação ou injúria (delitos previstos no Código Eleitoral, arts. 324 a 326).¹⁵⁶

Sobre o tema, Fernando Neisser afirma que

A propaganda eleitoral negativa, às vezes denominada “propaganda corporativa”, pode ser apenas depreciadora – quando visa destacar atributos ou fatos negativos do adversário -, ofensiva – na hipótese de o

¹⁵⁵ GOMES, José Jairo. *Ob. cit.*, p. 326.

¹⁵⁶ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 442.

intuito depreciador ser atingido mediante ataques à honra do adversário – ou mentirosa -, se os fatos ou características atribuídos ao adversário, com o fito de depreciar sua imagem junto ao eleitorado não forem verdadeiros.¹⁵⁷

Existem propagandas eleitorais negativas referentes a fatos verdadeiros e a fatos falsos. Se esse tipo de publicidade veicula fatos falsos capazes de exercer influência perante o eleitorado está-se diante do crime tipificado no art. 323 do Código Eleitoral.¹⁵⁸ Essa propaganda é proibida pelo ordenamento. Porém, se a propaganda eleitoral negativa demonstrar fatos verdadeiros, que realmente aconteceram, ela é válida e pode estar presente nas campanhas eleitorais.

Na obra *Propaganda Eleitoral*, Olivar Coneglian, traz uma crônica sobre propaganda eleitoral denominada ‘conversa de rua’, assim posta:

CIDADÃO: - Senhor publicitário, qual a diferença entre fazer uma campanha publicitária para um produto industrial, como um carro ou uma massa de tomate, e para um candidato a cargo eletivo?
PUBLICITÁRIO: - A diferença é uma só: o candidato fala.¹⁵⁹

Sob o mesmo viés da crônica apresentada por Olivar Coneglian, Neisser ensina que

As eleições eleitorais não são trocas de afagos e elogios entre os candidatos, muito menos espaços nos quais são travados debates puramente racionais sobre as propostas de cada lado. Não se pode esquecer de que a política é feita por homens, não por máquinas. As suas características serão, assim, não muito diferentes daquelas de seus executores. Se a agressividade e a luta pelo poder são traços marcantes da personalidade humana, em especial de quem se dispõe a ocupar os espaços políticos não se deve esperar que a propaganda eleitoral fique imune a esta influência.¹⁶⁰

Portanto, estratégias para valorizar ou desvalorizar um candidato, comparações feitas entre os concorrentes, explorações de questões pessoais e que, muitas vezes, são irrelevantes para o debate público são trazidos à tona em uma campanha eleitoral, especialmente nas propagandas eleitorais. A propaganda negativa é muito usada nessa arena.

¹⁵⁷ NEISSER, Fernando. *Ob. cit.* p. 89.

¹⁵⁸ Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado:

Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Parágrafo único. A pena é agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

¹⁵⁹ CONEGLIAN, Olivar. *Ob. cit.* Introdução.

¹⁶⁰ NEISSER, Fernando. *Ob. cit.*, p. 88

Acerca da propaganda negativa, Fernando Neisser diz que “Às críticas contrapõe-se a defesa da liberdade de expressão dos candidatos, instrumentalizada concretamente com o fim de fornecer ao eleitor o máximo de informação possível, de modo que ele possa decidir seu voto com maior segurança.”¹⁶¹

3.2 Propaganda eleitoral negativa no direito positivo

A propaganda eleitoral é regulamentada pela legislação, que tem o fim precípua de preservar a igualdade entre os concorrentes e manter a lisura do pleito. Sobre propaganda eleitoral, Djalma Pinto leciona

A legislação eleitoral exerce especial controle sobre ela, objetivando fundamentalmente preservar a igualdade durante o transcorrer do processo eleitoral diante do papel decisivo que está a representar na formação da vontade dos eleitores, responsáveis pela escolha dos integrantes do poder público. A própria atuação dos veículos de comunicação passa a suportar a ingerência do legislador com o propósito de preservar a igualdade na disputa.¹⁶²

O inciso IV, do art. 5º da Constituição Federal prevê que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”¹⁶³. Assim, o pensamento só pode ser manifestado por um autor devidamente identificado. Aplica-se a norma constitucional também na propaganda eleitoral.

O anonimato que se veda é aquele da mensagem atual, que se faz conhecida no tempo presente, e que busca um objetivo. Não há como vedar, por exemplo, o anonimato de ditos populares, das anedotas, de lendas e até de letras musicais.

O inc. V do mesmo artigo constitucional assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, quando a manifestação de pensamento provoca dano material, moral ou à imagem¹⁶⁴. A norma também se aplica ao direito eleitoral, que

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 94.

¹⁶² PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal - noções gerais*. São Paulo: Atlas, 2003, p.196.

¹⁶³ Constituição Federal Brasileira.

¹⁶⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

possui regras específicas para o exercício do direito de resposta (art. 58 da Lei das Eleições). Está previsto no inc. XLIII, do art. 5º, da Carga Magna, que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível¹⁶⁵. Logo, a própria Constituição veda expressões de racismo em qualquer campo, inclusive em campanha eleitoral.

A parte final do art. 242, do Código Eleitoral contém proibição inerente à liberdade de expressão quando prevê que a propaganda não deve “empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais e passionais.”¹⁶⁶ e essa proibição contempla tanto propaganda positiva como negativa.

Existem várias fases a serem alcançadas em uma propaganda comercial de um produto novo, por exemplo. Nesse caso, a propaganda comercial passa pela fase do “conhecimento”, depois pela “aceitação”, pelo “desejo” e pela “necessidade”.

O marketing do produto novo num primeiro momento produz peças que tornam o produto conhecido. Atingida a meta do conhecimento, a propaganda se volta para levar o público alvo a aceitar o produto oferecido. Desde que o produto seja aceito, passa-se a incitar o público alvo a desejar tal produto. E se puder se chegar a fazer o público alvo sentir “necessidade” de se ter o produto, atingiu-se o apogeu da propaganda. Um exemplo mundial do apogeu da propaganda comercial está em alguns produtos da marca “Apple”, para os quais se formam filas de espera em busca do produto novo que a marca lança no mercado.

Na propaganda eleitoral, dificilmente se chega à fase da “necessidade”, e atingir a fase do “desejo” já constitui um passo importante. As duas fases mais agudas da propaganda eleitoral são o conhecimento e a aceitação. E se situa justamente na fase da aceitação a pletera de propaganda negativa, na qual, ao

¹⁶⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[...]

¹⁶⁶ Art. 242. A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.

Parágrafo único. Sem prejuízo do processo e das penas cominadas, a Justiça Eleitoral adotará medidas para fazer impedir ou cessar imediatamente a propaganda realizada com infração do disposto neste artigo.

mesmo tempo em que o candidato se mostra como aceitável para o eleitor, ele pode mostrar porque o candidato adversário não o é.

Portanto, a propaganda, inclusive a eleitoral, busca criar, na opinião pública, estados mentais, emocionais e até passionais. A propaganda de uma loja de eletrodomésticos, por exemplo, afirmando que no dia seguinte haverá ampla liquidação de produtos produz estados mentais passionais que levam consumidores a comprar até aquilo de que eles não precisam. Uma das principais finalidades da propaganda é, justamente, produzir estados mentais.

Pode-se aplicar essa restrição, por exemplo, nos casos em que há incitação à desobediência civil, à depredação, ao exercício da própria razão, ao linchamento. No entanto, a restrição de empregar meios publicitários destinados a criar estados mentais, emocionais e passionais na opinião pública, ou na opinião do eleitorado, ofende o direito fundamental à liberdade de expressão.

O Código Eleitoral, em seu art. 243¹⁶⁷, apresenta uma série de condutas que não podem frequentar a propaganda eleitoral. No texto, há proibição expressa de propaganda negativa que contenha preconceito de raça ou de classe (inc. I), que incite atentados contra pessoas (inc. II) ou que contenha calúnia, difamação ou

¹⁶⁷ Art. 243. Não será tolerada propaganda:

I - de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes;

II - que provoque animosidade entre as forças armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis;

III - de incitamento de atentado contra pessoa ou bens;

IV - de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública;

V - que implique em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza;

VI - que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

VII - por meio de impressos ou de objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda;

VIII - que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito;

IX - que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

§ 1º O ofendido por calúnia, difamação ou injúria, sem prejuízo e independentemente da ação penal competente, poderá demandar, no Juízo Civil a reparação do dano moral respondendo por este o ofensor e, solidariamente, o partido político deste, quando responsável por ação ou omissão a quem que favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele.

§ 2º No que couber aplicar-se-ão na reparação do dano moral, referido no parágrafo anterior, os artigos. 81 a 88 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

§ 3º É assegurado o direito de resposta a quem for, injuriado difamado ou caluniado através da imprensa rádio, televisão, ou alto-falante, aplicando-se, no que couber, os artigos. 90 e 96 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

injúria (inc. IX). Nesse art. 243, a proibição de calúnia, injúria e difamação surgem como proibição genérica, ao alcance das indenizações e do direito de resposta.

E, nos artigos 324 (calúnia), 325 (difamação) e 326 (injúria), todos do Código Eleitoral, tais condutas são erigidas à condição de crime. Também é tipificada como crime (art. 323) a divulgação de fatos que o divulgador sabe inverídicos, em relação a partidos e candidatos, desde que a divulgação possa exercer influência sobre o eleitorado.

Os crimes eleitorais de calúnia, difamação e injúria possuem a mesma configuração desses crimes encontrados no Código Penal - arts. 138, 139 e 140, e uma das diferenças entre ambos os grupos está no objetivo eleitoral dos primeiros.

No plano processual, enquanto os crimes contra a honra do Código Penal se perseguem por meio de ação penal privada, na esfera eleitoral eles são perseguidos por ação penal pública, como os demais crimes eleitorais. No âmbito puramente penal, entende-se que tais crimes ofendem apenas e tão somente a honra individual, daí a ação penal privada. Quando há um crime contra a honra, dois direitos fundamentais entram em conflito: a liberdade de expressão e o direito à privacidade e à própria honra. Nesse caso, o conflito se resolve com prevalência do direito privado – privacidade e honra, e assim é porque o conflito se resolve entre duas pessoas, sem atingir a coletividade. O alcance da decisão judicial não atinge a coletividade.

Já no âmbito eleitoral, em que tais crimes são praticados com objetivos eleitorais, há a ofensa pessoal ao candidato adversário, mas, também, ofendem a vontade do eleitor de decidir sobre seu voto. Os dois direitos em conflito não são a liberdade de expressão e o direito à privacidade, mas a liberdade de expressão e a lisura ou lealdade da mensagem publicitária. E, havendo injúria, difamação ou calúnia na propaganda eleitoral, a própria democracia está desrespeitada.

Além dos crimes de injúria, calúnia e difamação, com os quais se estabelece um paralelo com o Código Penal, o Código Eleitoral considera crime a divulgação de fatos que o agente sabe inverídicos e que tenham potencial para influenciar o eleitor - art. 323¹⁶⁸. Esse tipo não é contemplado no Código Penal.

¹⁶⁸ Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado:
Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Para caracterizar o crime em comento não basta que o fato seja inverídico. Há necessidade de que o agente saiba que se trata de fato inverídico, e mesmo assim o divulga a fim de exercer influência no eleitorado. Neisser entende que a finalidade de exercer influência no eleitorado é, também, elemento do tipo, pois tal crime possui dois núcleos: a divulgação do fato, e a influência sobre o eleitor.¹⁶⁹

No caso, o crime atinge a coletividade do eleitorado e embaça a eleição. A democracia exige eleições livres, e a mentira sobre fatos macula, ou pode macular, a liberdade de escolha.

Há certa dificuldade em conceituar o que seja fato inverídico capaz de influenciar o eleitor. Se o fato é inverídico, e a inveracidade é conhecida, então sua divulgação não produz qualquer efeito: o eleitor já sabe que o fato é inverídico. Se apenas o agente sabe que tal fato é inverídico e mesmo assim o divulga na propaganda, o ofendido tem possibilidade de refutar o fato em sua própria propaganda. São esses dois fatores que se sopesam na análise do fato levado ao conhecimento da Justiça Eleitoral. De todo modo, a “divulgação de fato inverídico capaz de influenciar o eleitor” é crime eleitoral.

Ainda, sobre divulgação de conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa (que também são crimes), ou conceito, imagem ou afirmação sabidamente inverídica, o candidato, partido político ou coligação ofendido pode exercer o direito de resposta previsto no art. 58 da Lei das Eleições¹⁷⁰, que tem estofo constitucional (inc. V do art. 5º). Esse exercício é filtrado e concedido pela Justiça Eleitoral e terá divulgação pelo veículo de informação que serviu para a ofensa.

Quando se apresente à Justiça Eleitoral pedido de direito de resposta, cabe aos julgadores analisar a existência ou não de ofensa, a configuração eleitoral e a extensão do dano moral. Quanto a essa extensão, só se admitiria o direito de resposta quando o dano foi generalizado, espalhado, atingiu não apenas o ofendido, mas a comunidade eleitoral em que o ofendido se situa. Na existência dessas

¹⁶⁹ NEISSER, Fernando. *Ob. cit.*, p. 141.

¹⁷⁰ 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.

premissas, não pode a Justiça Eleitoral se escudar no puro direito à liberdade de expressão, porque essa liberdade não é absoluta.

O ofendido, ao se lhe conceder o direito de resposta, deve produzir mensagem que de fato seja uma resposta à ofensa, pois o fundamento do direito de resposta, na esfera eleitoral, é não só restabelecer para o ofendido a própria honra, mas sobretudo informar o eleitor: a) que o ofensor mentiu e b) que o ofendido não possui a mácula que lhe foi impingida. Se ele é candidato, a mensagem atinge o eleitor para lhe informar que, na análise dos eventuais candidatos, não deve levar em conta aquilo que serviu para degradar o ofendido, e que não era verdade.

Novamente, no exercício do direito de resposta, há dois direitos fundamentais em análise: o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade. Ocorre que, no caso do exercício do direito de resposta, o direito à liberdade de expressão se opõe ao direito à privacidade (direito individual), mas este está reforçado pelo direito do eleitor às eleições livres, o que compreende que haja liberdade plena do eleitor para a escolha.

Ainda, sobre propaganda eleitoral negativa, o art. 45 da Lei das Eleições – Lei nº 9.504/97¹⁷¹ – traz normas a serem cumpridas pelas emissoras de rádio e televisão em sua programação normal, durante o tempo eleitoral.

¹⁷¹ Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu 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;

III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;

IV - dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação;

V - veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos;

VI - divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, fica proibida a sua divulgação, sob pena de cancelamento do respectivo registro.

§ 1º A partir de 30 de junho do ano da eleição, é vedado, ainda, às emissoras transmitir programa apresentado ou comentado por pré-candidato, sob pena, no caso de sua escolha na convenção partidária, de imposição da multa prevista no § 2º e de cancelamento do registro da candidatura do beneficiário.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo único do art. 55, a inobservância do disposto neste artigo sujeita a emissora ao pagamento de multa no valor de vinte mil a cem mil UFIR, duplicada em caso de reincidência.

§ 3º. revogado

Não se pode conceituar a conduta das emissoras como sendo de “propaganda eleitoral negativa”, porque emissora não faz propaganda eleitoral para si mesma. A propaganda eleitoral é aquela feita por candidato ou partido com a finalidade de obter o voto. Não se há de dizer que uma emissora faz propaganda, porque ela não pode ser candidata. Se não faz propaganda, obviamente não fará propaganda negativa.

No entanto, em relação ao conteúdo da propaganda, há dois incisos do art. 45 que proíbem condutas que, se existentes, poderiam preencher o conceito de propaganda negativa. Trata-se dos incisos II e III.

Verifica-se no inciso II que o uso de recursos áudio-visuais com a intenção de degradar ou ridicularizar candidato teria a força de propaganda negativa. O mesmo se pode dizer do inc. III, com a proibição de divulgar opinião contrária a candidato. Nos dois casos, se constata que as emissoras de rádio possuem capacidade, em sua programação normal, de criar recursos de áudio capazes de ridicularizar candidatos. O mesmo se pode dizer das emissoras de televisão, que podem utilizar recursos áudio-visuais. Tais emissoras podem criar programas capazes de ridicularizar ou degradar candidatos.¹⁷²

§ 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.

§ 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.

§ 6º É permitido ao partido político utilizar na propaganda eleitoral de seus candidatos em âmbito regional, inclusive no horário eleitoral gratuito, a imagem e a voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional.

¹⁷² Nas eleições de 1989, a Rede Globo de Televisão editou imagens do debate havido entre os candidatos a presidente da República Fernando Collor de Melo e Luiz Inácio Lula da Silva, ocorrido no segundo turno, favorecendo o primeiro concorrente.

“Entre o primeiro e o segundo turno da eleição, houve dois debates entre os candidatos Collor e Lula. O primeiro foi realizado nos estúdios da TV Manchete, no Rio de Janeiro, em 3 de dezembro. O segundo, no dia 14, foi nos estúdios da TV Bandeirantes, em São Paulo. Os dois debates foram transmitidos na íntegra das 21h30 às 24h, por um pool formado pelas quatro principais emissoras de televisão do país: Globo, Bandeirantes, Manchete e SBT. No dia seguinte à sua exibição ao vivo e na íntegra, a Rede Globo apresentou duas matérias com edições do último debate: uma no Jornal Hoje e outra no Jornal Nacional. As duas foram questionadas. A primeira por apresentar um equilíbrio que não houve, e a segunda por privilegiar o desempenho de Collor. Mas foi a segunda que provocou grande polêmica. A Globo foi acusada de ter favorecido o candidato do PRN tanto na seleção dos momentos como no tempo dado a cada candidato, já que Fernando Collor teve um minuto e meio a mais do que o adversário. O PT chegou a mover uma ação contra a emissora no Tribunal Superior Eleitoral. O partido queria que novos trechos do debate fossem apresentados no Jornal Nacional antes das eleições, como direito de resposta, mas o recurso foi negado. Em frente à sede da Rede

Se a emissora for processada pela infração ao art. 45 poderá pagar multa, bem como ter suspensa a programação por algum tempo (§ 2º do art. 45).

Ocorre, porém, que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 4451¹⁷³, de relatoria do Min. Ayres Brito quando distribuída, hoje de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, foi concedida liminar para suspender a eficácia dos incisos II e III do art. 45, e por arrastamento, também dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo. Os ministros do Supremo Tribunal Federal referendaram a liminar.

Em seu despacho monocrático, o Min. Ayres Brito assim expôs:

[...]não cabe ao Estado, por qualquer de seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que incluiu a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *latu sensu*. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca.
[...]

Mais à frente, o Ministro pontua:

[...] 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. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero,

Globo, no Rio de Janeiro, atores da própria emissora, junto com outros artistas e intelectuais, protestaram contra a edição. No entanto, a própria liderança do PT, apesar de não admitir a derrota, reconheceu que Lula não se saíra bem no confronto com Collor. Como noticiou o Jornal do Brasil, antes mesmo da edição do Jornal Nacional ser criticada, “um sentimento de frustração marcara as avaliações que o comando da campanha petista fazia sobre a participação de Lula no debate com o candidato do PRN”(JB, 16/12/1989). Seis anos depois, em entrevista à revista *Imprensa*, José Genoíno afirmou que o desempenho de Lula tinha sido, realmente, ruim (*Imprensa*, 06/1995). Os responsáveis pela edição do Jornal Nacional afirmaram, tempos depois, que usaram o mesmo critério de edição de uma partida de futebol, na qual são selecionados os melhores momentos de cada time. Segundo eles, o objetivo era que ficasse claro que Collor tinha sido o vencedor do debate, pois Lula realmente havia se saído mal. Além disso, segundo o *Ibope*, a audiência total do debate – somadas todas as emissoras que compunham o pool – foi de 66 pontos, maior do que a do Jornal Nacional do dia seguinte, que apresentou 61 pontos. Isso significa que o número de pessoas que assistiu ao debate na íntegra foi maior do que o daqueles que viram a sua edição no JN. Mas o episódio provocou um inequívoco dano à imagem da TV Globo. Por isso, hoje, a emissora adota como norma não editar debates políticos; eles devem ser vistos na íntegra e ao vivo. Concluiu-se que um debate não pode ser tratado como uma partida de futebol, pois, no confronto de ideias, não há elementos objetivos comparáveis àqueles que, num jogo, permitem apontar um vencedor. Ao condensá-los, necessariamente bons e maus momentos dos candidatos ficarão fora, segundo a escolha de um editor ou um grupo de editores, e sempre haverá a possibilidade de um dos candidatos questionar a escolha dos trechos e se sentir prejudicado.” em <http://memoriaglobo.globo.com/erros/debate-collor-x-lula.htm>, acessado em 21/01/2018.

¹⁷³ ADI 4451 - Ação Direta de Inconstitucionalidade (Eletrônico), relator Ministro Alexandre de Moraes.

contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V.[...]

Denota-se, pois, que a propaganda eleitoral negativa tem espaço na legislação pátria, porém, há limites para seu exercício, assim como há limites, também, para o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão.

Acerca dos limites da propaganda eleitoral, Djalma Pinto leciona

a propaganda eleitoral é o instrumento de divulgação do candidato, partido ou coligação, visando à captação de voto. Todo candidato, partido ou coligação tem direito à propaganda, entretanto, o exercício desse direito não é absoluto. Tem ele por limite a ordem pública e as normas de postura. A liberdade para o exercício da propaganda sofre contenção em função do interesse coletivo.¹⁷⁴

Analisado o direito positivado, no próximo tópico serão vistos casos de propaganda eleitoral negativa e como a Justiça Eleitoral tem decidido sobre o tema.

3.3 Propaganda Eleitoral Negativa Aplicada – alguns casos

Após a promulgação da Constituição de 1988, a Justiça Eleitoral auto limitava sua intervenção nas propagandas eleitorais, restringindo sua atuação ao controle dos excessos que atingiam a honra dos candidatos e ou divulgavam afirmações flagrantemente inverídicas.

Nas eleições de 2010, o Tribunal Superior Eleitoral, ao julgar a Representação nº 240.991, analisou trecho da propaganda eleitoral de rádio do então candidato José Serra que transmitia uma música com os dizeres:

Ninguém sabe de onde veio
 Ninguém sabe o que ela fez
 Mas diz que é dona de tudo
 O Brasil inteirinho foi ela que fez
 Dona Dilma pega leve
 Que o povo tá reparando
 Tira a mão do trabalho do Lula
 Tá pegando mal
 Que o Brasil tá olhando
 Tudo que o Lula criou
 Ela diz "fui eu, fui eu"
 Tudo que é coisa do Lula
 A Dilma diz "é meu, é meu"

¹⁷⁴ PINTO, Djalma. *Ob. cit.*, p. 197.

Tudo que o Lula criou
Ela diz "fui eu, fui eu"
Tudo que é coisa do Lula
A Dilma diz "é meu, é meu"
Coisa feia, hein

Locutor: Estamos de volta aqui minha gente.

Locutor 2: Ô Joca, desculpa interromper, mas essa musiquinha mostra bem o que tá acontecendo com a candidata de Lula, tentando pegar carona na garupa dele.

Locutor: Eu sou obrigado a concordar. É verdade, viu! Tá pegando carona mesmo. Acho que tá todo mundo vendo isso. E por isso que cada um de nós tem que se perguntar: O que que cada candidato já fez de verdade pelo Brasil? O que cada candidato pode fazer pelo nosso futuro?

A então candidata Dilma Rousseff questionou a propaganda, por entender que ela a degradava e a ridicularizava com afirmações inverídicas e pejorativas, em desvio de finalidade da propaganda eleitoral. O Ministro Joelson Dias, Relator, que julgava a ação procedente, ficou vencido, já que a maioria do Tribunal acompanhou a divergência inaugurada pela Ministra Carmen Lúcia.

Para a Ministra, a propaganda não atingiu a dignidade da então candidata Dilma Rousseff. Segundo ela, a propaganda se limitou a comentar fatos relacionados apenas e tão somente ao processo eleitoral em curso. Ressaltou a julgadora que o Judiciário deve se ater à legalidade, eis que não é de sua competência atuar para demonstrar às campanhas como se faz a propaganda política. Observou, ainda, que é natural que em uma disputa eleitoral surjam confrontos e discursos em tom de crítica, considerando que os dois grupos estão em lados opostos, e concluiu dizendo que é preciso garantir o direito de as pessoas falarem, pois lembrou que, no passado recente, sofreu muito com “mordaça”¹⁷⁵.

A decisão da Ministra Carmen Lúcia restou assim fundamentada

Penso que para considerarmos algo degradante e infamante, como afirmado da tribuna, é preciso que se tenha algo muito forte. Temo que tudo isso seja excessivo ou politicamente correto, para usar uma expressão de que não gosto.

Quem teve oportunidade de acompanhar uma campanha política, seja no plano nacional, seja no plano municipal, sabe que as pessoas falam e, não ultrapassando aquilo que deva ser considerado ofensivo à dignidade humana, não há nada que não possa ser interpretado com certa leveza, ainda mais em um caso como este.

¹⁷⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 240991, Acórdão, Relator Min. Joelson Costa Dias, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 25/08/2010.

O que ouvi dos eminentes e muitíssimo competentes advogados (especialmente do primeiro a sustentar), tenho que a interpretação por ele dada nada tem a ver com os fatos. Ao contrário, numa propaganda dessa natureza, fazer a ligação com um presidente tão popular pode até ser bom. A ideia de que qualquer coisa que diga respeito a um adversário, seja jocosa, seja degradante, seja infamante, parece-me excessiva. Não vejo aí degradação, nem consigo vislumbrar no que isso toca, a não ser no processo eleitoral.

Se tomarmos por exemplo nós, juízes, volta e meia são feitas caricaturas nossas, ou mesmo referências. Assim, desde que mantido o limite daquilo que preserva a dignidade, não vejo essa tonalidade de degradação na afirmação de que determinada pessoa nunca fora conhecida, ou que a ex-ministra, agora candidata, seja desconhecida.

Eu tomo táxi e sou inteiramente desconhecida. Entro, converso com o motorista e não tenho problema nenhum. Então, uma pessoa que não tenha exercido cargo eletivo pode ser considerada, sim, uma desconhecida.

Não quero, Senhor Presidente, imaginar que o Tribunal Superior Eleitoral comece a atuar determinando como se faz propaganda. No caso de exacerbação daquilo que a lei estabeleceu, o Poder Judiciário é que tem de atuar. Vamos agora nos sobrepor ou substituir quem faz as propagandas? Penso que não. O limite a ser dado ao Poder Judiciário é o da legalidade. Não vi transbordamento nessa propaganda.

Mesmo na segunda parte do que ouvimos e que Vossa Excelência, Ministro Joelson Dias, fez referência, penso que só há debate porque há confronto e porque duas pessoas ou dois grupos estão em situação de oposição. É evidente que se todos falassem a mesma coisa não precisaria haver debate. É difícil imaginar que duas pessoas (ou mais) que disputam o mesmo cargo, uma delas tentando mostrar o que faz de bom e o que a outra não faz tão bem, façam nos programas referências elogiosas ao adversário.

Tenho muito medo de censura, Ministro Joelson Dias. Sou de uma geração que sofreu muito com mordança. Assim, penso que devemos deixar as pessoas falarem. O povo brasileiro é, naturalmente, um povo que brinca com tudo, isso é do nosso temperamento. Eu mesma sou uma pessoa que brinca com as coisas e tento brincar com a vida, pois a vida já é muito difícil.¹⁷⁶

O voto da Ministra Carmen Lúcia, seguido pelos demais, revela preocupação do Tribunal Eleitoral com a liberdade de expressão, inclusive mencionando o medo da censura. Para os julgadores do TSE¹⁷⁷, as afirmações que sugeriam o despreparo da candidata (propaganda eleitoral negativa) não ofendiam a sua honra, de modo que a liberdade da propaganda deveria ser preservada.

¹⁷⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 240991, Acórdão, Relator Min. Joelson Costa Dias, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 25/08/2010.

¹⁷⁷ Tribunal Superior Eleitoral.

Outro não foi o entendimento dos julgadores dos Tribunais Regionais Eleitorais. No Pará os juízes da corte regional julgaram uma propaganda eleitoral que veiculou o seguinte trecho:

Na propaganda do governo tudo melhorou, mas a sua realidade é bem diferente. Você não mora na propaganda do governo. Na verdade, a evolução da criminalidade no nosso Estado é alarmante, tanto em roubos quanto em homicídios.

Na sequência desse trecho, a propaganda trouxe entrevistas de várias pessoas com relatos de experiências de violência. Para o candidato à reeleição, Simão Jatene, a propaganda veiculou afirmações sabidamente inverídicas, já que, segundo ele, os índices oficiais apontavam a redução da criminalidade no Estado do Pará.

O Tribunal Eleitoral paraense, todavia, julgou a ação improcedente, sob o fundamento de que a propaganda tão somente teceu críticas políticas à gestão do candidato à reeleição, críticas essas que fazem parte e contribuem para o debate público. Pela pertinência, vale mencionar a ementa da decisão:

RECURSOS ELEITORAIS. DIREITO DE RESPOSTA. IMPROCEDÊNCIA. AFIRMAÇÃO SABIDAMENTE INVERÍDICA NÃO CONFIGURADA. CRÍTICA POLÍTICA. INERÊNCIA AO DEBATE ELEITORAL. DESPROVIMENTO.

1. A campanha política é fundada sob a exploração de fatos positivos, quando o candidato envida esforços para convencer o eleitor a destinar-lhe o voto, e também sob fatos negativos, momento em que o candidato tenta dissuadir o eleitor a votar em seu opositor.

2. Os documentos apresentados (*site* de notícias da agência oficial do Governo do Estado do Pará) não se mostram suficientes para aferir, com precisão, se os índices de criminalidade caíram. E não há na propaganda sequer um marco temporal sobre o suposto aumento da violência. De fato, a intenção prevalecente da propaganda em concreto é mais na semântica de sensação de violência do que fazer uma análise estatística acerca da problemática.

3. Além da construção frasal engendrada pelos recorridos, a transmissão sucessiva de entrevistas com pessoas que eventualmente tenham sido vítimas de crimes vai ao encontro da conotação de aumento da violência enquanto percepção geral, o que não se confunde com a criação de estado mental, passional ou emocional nos eleitores, nem com a manifestação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica (art. 58, da Lei nº 9.504/97), com intenção de atacar a honra ou o decoro do candidato majoritário recorrente.

4. Há, todavia, críticas políticas a gestão desempenhada pelo candidato recorrente, não partindo, para uma desleal e desvirtuada propaganda eleitoral, porquanto se propõe a discutir ou lançar valorações sobre atitudes

políticas e/ou administrativas sobre agentes que tiveram ou estão à frente do Governo do Estado durante mandatos passados ou presentes.

5. Nesse contexto, o exercício da crítica sobre a vida política da sociedade em seus mais variados aspectos, de nenhuma forma pode ser visto como um atentado à esfera psicológica individual ou mesmo esfera social de determinada pessoa que se propõe a exercer a vida pública.

6. Assim, guardando-se as temperanças necessárias, atitudes como essas mais auxiliam do que atrapalham a vigilância sobre atos governamentais, pois lançam posicionamentos atinentes a diretrizes e planos adotados e que se mostram passíveis de adaptações a partir de opiniões ou críticas sobre eles realizadas.

7. O que pretende a legislação eleitoral é a proibição de divulgação de notícia inverídica e não a que enseja interpretação variada.

8. Recursos desprovidos¹⁷⁸.

Além dos julgados trazidos à colação, inúmeros outros revelam a atuação minimalista da Justiça Eleitoral no que diz respeito à liberdade de expressão em propaganda eleitoral negativa. Os Tribunais limitam os excessos da propaganda eleitoral que atingem a honra dos candidatos e/ou divulgam afirmações flagrantemente inverídicas.

Em Santa Catarina, por exemplo, o entendimento do Tribunal Regional Eleitoral era de que não havendo ofensas, injúrias, calúnias ou difamações não cabe a intervenção judicial, pois se corre o risco de “cercear o livre exercício da crítica válida, espécie do gênero liberdade de expressão, garantia individual e coletiva amplamente consagrada na Constituição Federal de 1988”¹⁷⁹.

O Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul entendeu que a menção a investigações em órgão público, por se tratar de fato notório, ainda que em tom de crítica ácida e contundente, não atinge a honra de candidato e insere-se, portanto, dentro da liberdade de expressão¹⁸⁰.

Da mesma forma, o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal já decidiu que a difusão de propaganda eleitoral criticando o posicionamento de partidos ou candidatos em relação a temas controversos é inerente ao regime democrático e

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Pará. Recurso em Representação nº 209179, Acórdão nº 26890 de 25/09/2014, Relator: Antônio Carlos Almeida Campelo, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 25/09/2014.

¹⁷⁹ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Recurso em Representação nº 78936, Acórdão nº 29951 de 18/08/2014, Relator Fernando Vieira Luiz, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Volume 16h18min, Data 18/08/2014.

¹⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Petição n 9636, Acórdão de 24/07/2014, Relator Des. Federal Otavio Roberto Pamplona, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 24/7/2014.

representa exercício da liberdade de expressão do pensamento político. Para o TRE-DF, a propaganda eleitoral é “espécie da liberdade de expressão assegurada e resguardada pelo legislador constituinte” e “tem como limite somente a honra alheia”¹⁸¹.

Esses são alguns exemplos do posicionamento da jurisprudência pátria no sentido de que a Justiça Eleitoral deve agir apenas quando se constatar de maneira flagrante a ofensa à honra de candidatos.

No âmbito criminal, cabe mencionar o julgamento proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, em que foram condenados indivíduos que reproduziram e armazenaram material de propaganda eleitoral com conteúdo ofensivo à honra da candidata Dilma Rousseff na eleição presidencial de 2010. O texto da propaganda dizia: “A ficha nos arquivos militares de Dilma Rousseff, hoje Ministra das Minas e Energia: só em 1969, ela organizou três ações de roubo e armamentos em unidades do Exército do Rio de Janeiro.”

Para o TRE-PE¹⁸², os crimes de calúnia e difamação eleitoral restaram consumados, pois a propaganda transbordou o limite da crítica e do debate político e atingiu a honra da candidata, já que a peça publicitária não demonstrou objetivamente o envolvimento de Dilma Rousseff nas acusações formuladas.

O Regional pernambucano ressaltou que a “defesa em nenhum momento alegou a ausência da elementar normativa do tipo falsamente, nem mesmo requereu a exceção da verdade, para eventualmente demonstrar que a informação contida no panfleto era fiel”¹⁸³. Ou seja, os réus foram condenados por imputar falsamente à candidata, em propaganda eleitoral, fato definido como crime.

Portanto, a Justiça Eleitoral dava prevalência à liberdade de expressão, de modo que a intervenção nas propagandas eleitorais estava limitada a casos em que a honra e a verdade estivessem sendo violados de maneira flagrante.

Durante o primeiro turno da eleição de 2014, o TSE seguiu essa jurisprudência de ingerência mínima no que tange a liberdade de expressão e a

¹⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal. Recurso em representação nº 316508, Acórdão nº 4382 de 30/10/2010, Relator Teófilo Rodrigues Caetano Neto, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Volume 18:15, Data 30/10/2010.

¹⁸² Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco.

¹⁸³ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Recurso Criminal nº 471, Acórdão de 30/08/2016, Relator Paulo Victor Vasconcelos de Almeida, Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 184, Data 02/09/2016, Página 7.

propaganda eleitoral negativa, de modo que a intervenção ocorria quando o discurso atingia a honra ou propagava manifestas inverdades sobre os candidatos¹⁸⁴.

No entanto, no segundo turno das eleições de 2014 o Tribunal Superior Eleitoral modificou o seu posicionamento.

A mudança da jurisprudência ocorreu quando do julgamento da Representação nº 165865, Acórdão de 16/10/2014, Relator Min. Admar Gonzaga Neto. Tratava-se de um pedido de direito de resposta formulado por Aécio Neves que argumentou que a propaganda eleitoral de Dilma Rousseff veiculou afirmações excessivamente ofensivas. Os trechos impugnados da propaganda eleitoral foram os seguintes:

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 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 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 Dilma no primeiro turno.¹⁸⁵

No julgamento do pedido liminar, três ministros votaram pela rejeição e quatro votaram pela concessão do pedido para suspender a veiculação de trecho de propaganda eleitoral. Por maioria apertada de votos, o TSE entendeu que os programas eleitorais gratuitos devem apresentar conteúdos programáticos e que os debates mais ríspidos devem se limitar à discussão de políticas públicas, de modo que vedou a veiculação de ofensas e acusações decorrentes de manifestação de terceiros ou matérias divulgadas na imprensa.

¹⁸⁴ SIQUEIRA, Ana Paula Mantovani; VILLELA, Ângelo Goulart; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *A Justiça Eleitoral e o tom da campanha presidencial*. Disponível em <<https://jota.info/artigos/justica-eleitoral-e-o-tom-da-campanha-presidencial-22102014>>. Acesso em 27 julho 2017.

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 165865, Acórdão de 16/10/2014, Relator Min. Admar Gonzaga Neto, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 16/10/2014.

O acórdão da decisão restou assim emendado:

ELEIÇÕES 2014. REPRESENTAÇÃO. DIREITO DE RESPOSTA. OFENSA À HONRA. HORÁRIO ELEITORAL GRATUITO. BLOCO TELEVISIVO. MEDIDA LIMINAR. DEFERIMENTO.

1. Nos programas eleitorais gratuitos, as campanhas devem ser programáticas e propositivas, visando ao esclarecimento do eleitor quanto a temas de interesse público.
2. Não é permitido 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.
3. Eventuais críticas e debates, ainda que duros e contundentes, devem estar relacionados com as propostas, os programas de governo e as questões de políticas públicas.
4. Liminar deferida, por maioria, para determinar a suspensão da veiculação do trecho impugnado.

Para compreender a mudança do entendimento jurisprudencial, imprescindível é a análise dos fundamentos invocados pelos Ministros que votaram pela suspensão da propaganda eleitoral.

Nos debates travados entre os julgadores, o Ministro Gilmar Mendes lembrou o caso “Ferreirinha”¹⁸⁶, ocorrido na eleição de 1990, no Estado do Paraná, e que, posteriormente, se revelou uma farsa, e enfatizou que o Tribunal deveria agir para impedir casos como esse.

O Ministro Luiz Fux ressaltou que “a propaganda não serve para se defender de nada, propaganda é para revelar o seu projeto, o seu programa de governo”. Disse também que a Justiça Eleitoral tem de adotar uma postura mais ativa, pois

¹⁸⁶ Esse caso é nacionalmente conhecido porque foi uma das maiores fraudes eleitorais do País. Envolveu a disputa para governador do estado do Paraná nas eleições de 1990 entre os candidatos Roberto Requião e José Carlos Martinez. No final do segundo turno para a disputa de governador do Paraná o candidato Requião apresentou em sua propaganda eleitoral o então Ferreirinha, um pistoleiro contratado pela família Martinez para assassinar os posseiros na região oeste do Paraná. Martinez estava à frente nas pesquisas eleitorais, mas com a propaganda eleitoral negativa apresentada por Requião, perdeu as eleições. Constatou-se que “Ferreirinha” era uma invenção e quem aparecia na propaganda era, na verdade, o motorista Afrânio Luis Bandeira Costa. Com base nesses fatos, o Tribunal Regional Eleitoral do Paraná concluiu que houve fraude eleitoral e cassou o mandato do governador eleito. Roberto Requião recorreu ao Tribunal Superior Eleitoral, cumpriu o mandado e, ao final, o feito foi arquivado. As palavras do Ministro Gilmar Mendes para fundamentar sua decisão na Representação nº 165865, Acórdão de 16/10/2014, TSE foram as seguintes: “Eu estava lembrando, com o Ministro João Otávio de Noronha, que há um caso clássico na crônica da Justiça Eleitoral e talvez a falha, é um caso realmente grave, conhecido, salvo engano, no Paraná, em que um candidato trouxe um motorista de caminhão e disse que ele era pistoleiro na fazenda do outro candidato e que lá tinha executado pessoas e tudo o mais. E isso foi ao ar e com grande impacto. O candidato que, aparentemente, tendia a vencer a eleição veio a perdê-la. Depois, provou-se que tudo aquilo era um teatro, que se tratava realmente de um motorista de caminhão que fora contratado para fazer aquele papel. Lembro-me até do nome, chamava-se Ferreirinha. Então, é preciso que tenhamos balizas porque, obviamente, não podemos reeditar o caso Ferreirinha.

“não dá mais para ficar só de minimalismo, sem equilibrar, porque há fatos notórios que independem de prova.”¹⁸⁷

Por sua vez, o Ministro João Otávio de Noronha seguiu o posicionamento do Ministro Luiz Fux e ponderou que aquele era o momento de se definir “os limites da propaganda”, pois “o horário eleitoral não fora criado para ataques pessoais, mas sim para apresentação de programas de governo”.¹⁸⁸

O então Presidente do Tribunal, Ministro Dias Toffoli, enfatizou que, no horário eleitoral gratuito, era preciso “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”¹⁸⁹.

Ao fim, depois de já finalizado o julgamento, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli ainda discutiram propostas de mudança do modelo atual. Gilmar Mendes lembrou uma proposição do publicitário Duda Mendonça, o qual mencionou que uma das soluções para reduzir o custo das campanhas seria “garantir o horário gratuito para debates diretos entre os candidatos, sem o artifício do marketing, que acaba por manipular, inclusive atribuindo ideias que os próprios candidatos não têm”¹⁹⁰.

O Ministro Dias Toffoli, então, depois de citar um artigo de Ives Gandra Martins, concluiu que era necessário reformular a propaganda no horário eleitoral gratuito, para acabar com as “pirotecnias”. Sua Excelência questionou a efetiva necessidade do extenso período de propaganda eleitoral gratuita e arrematou dizendo que “se descamba para determinadas situações, é porque tem muito tempo livre, o tempo disponível para falar de proposta já foi o suficiente, e então sobra tempo para falar de outras coisas”¹⁹¹.

Dos argumentos lançados denota-se que a maioria dos integrantes do TSE entendeu que a Justiça Eleitoral, em termos de propaganda eleitoral, deve adotar uma posição mais ativa, deixando para trás a atuação minimalista, para que as campanhas eleitorais atendam ao interesse público. Entendeu-se que o espaço de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão deve ter conteúdo programático,

¹⁸⁷ Representação nº 165865, Acórdão de 16/10/2014, TSE.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibidem*.

com proposições e ideias, de maneira que as discussões devem se restringir às propostas e às questões de políticas públicas.

Segundo o entendimento majoritário formado, o espaço de propaganda eleitoral gratuita não é adequado para ataques pessoais realizados por interpostas pessoas ou com a utilização de jornais e revistas, tampouco para defesa das acusações.

Essa mudança de entendimento é bastante controversa, sobretudo diante do princípio da liberdade de expressão e de informação.

Além do mais, parece um tanto quanto ousado o Tribunal Superior Eleitoral se auto intitular o conhecedor do interesse público para poder afirmar que esse ou aquele discurso não atende ao interesse dos cidadãos, ou que determinada propaganda eleitoral negativa, que aponta os defeitos dos candidatos, não tem qualquer relevância política para a comunidade. A Constituição Federal expressamente estabelece, no âmbito político-eleitoral, a necessidade de proteção da probidade administrativa e da “moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato” (artigo 14, § 9º).

Após a mudança de entendimento acerca da propaganda eleitoral negativa pelo TSE, os Tribunais Regionais passaram a seguir o posicionamento mais intervencionista da Justiça Eleitoral¹⁹².

Salienta-se, neste ponto, o papel do Poder Judiciário na democracia. Para a teoria da interpretação do direito de Dworkin a interpretação é aberta, especialmente nos casos difíceis, onde o julgador, fazendo uma leitura moral da norma constitucional (tendo em vista o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais e as disposições abstratas do texto legal) constrói a interpretação que melhor se aplica àquele caso.

Para Dworkin o direito está relacionado com a política e a moral, por isso é, além de descritivo, também interpretativo, pois não apenas descreve o direito, mas o

¹⁹² BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Acre. Recurso Eleitoral nº 18786, Acórdão nº 4879/2016 de 28/09/2016, Relator Raimundo Nonato da Costa Maia, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Volume 17:25, Data 28/09/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas. Recurso Eleitoral nº 26878, Acórdão nº 498 de 27/09/2016, Relator Francisco Nascimento Marques, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Volume 16:00, Data 27/09/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Amapá. Recurso em Representação nº 19445, Acórdão nº 5523 de 27/09/2016, Relator Décio José dos Santos Rufino, Publicação: PSESS - em Sessão, Volume 18:43, Data 27/09/2016.

justifica para “mostrar que ele tem valor e como ele deve ser conduzido para proteger este valor”¹⁹³. Para o autor, o governo tem o compromisso de agir de forma coerente e fundamentada em princípios com todos os seus cidadãos, para que os padrões de justiça e equidade sejam estendidos a todos os integrantes da comunidade¹⁹⁴ e, mesmo que haja a leitura moral da Constituição pelos julgadores, não há que se falar em poder em demasia aos mesmos em razão dos limites na liberdade de agir dos juízes. Os julgadores têm que fazer *i)* a leitura moral da constituição e “tomar como ponto de partida os conceitos que seu autores expressaram”¹⁹⁵ e têm que ter *ii)* o respeito ao direito como integridade, ou seja, “ao desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado”¹⁹⁶. Essa é a concepção de democracia substancial.

Por seu turno, a teoria de John Hart Ely aborda duas correntes, a interpretativista e a não interpretativista. Na primeira, as normas constitucionais são interpretadas nos exatos termos constantes na Constituição, ou seja, a partir da linguagem e da maneira em que foram feitas. E, na segunda, os julgadores devem decidir com base em elementos que estão além do conteúdo normativo, podendo utilizar referências morais e valorativas.

Ocorre que o autor afirma que em uma democracia representativa nenhuma das correntes é satisfatória. A corrente interpretativista não o é em razão da necessidade de respeitar estritamente o conteúdo da norma constitucional, que foi feita pela maioria, desprotegendo, dessa forma, as minorias. E, na corrente não interpretativista há problema em definir os modos de complementação e integração do texto constitucional pelos julgadores, pois a interpretação “não escapa de uma imposição paternalista de valores por um órgão contra majoritário”¹⁹⁷.

Para Ely a interpretação da Constituição não pode ficar à mercê das convicções pessoais dos julgadores, pois os juízes não são representantes do povo, porque não foram eleitos pela população, e seus valores não podem se sobrepor

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 25.

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 201-202.

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 33.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹⁹⁷ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 12.

aos valores do legislador, esses sim, representantes eleitos pela população. Essa interpretação é incompatível com a democracia, tendo em vista que o “corpo que não foi eleito ou de outra forma politicamente responsável em qualquer significado estará dizendo aos representantes eleitos pela população que eles não podem governar como gostariam”¹⁹⁸.

Dessa forma, contrariamente ao entendimento de Dworkin, Ely entende que os julgadores não têm métodos mais adequados que os legisladores para compreender a moralidade de um povo.

Para Ely há uma terceira via interpretativa em que o interprete deve aplicar as disposições constitucionais específicas, proteger essas disposições e avaliar o tratamento da maioria em relação à minoria. Para o autor, uma concepção procedimental da democracia é mais adequada no Estado Democrático de Direito, sob o argumento de que a interferência direta dos julgadores a partir de suas convicções pessoais leva à tirania. Em seu entender, a atuação da jurisdição constitucional deve ser apenas em relação à constitucionalidade das leis para garantir o processo democrático, não podendo haver manifestações judiciais sobre os valores substantivos existentes na Carta Magna, sob pena de ofender o princípio democrático. Essa é a concepção procedimental da democracia.

Dessa forma, para a concepção substancialista, de Dworkin, o Poder Judiciário tem legitimidade para interpretar a norma abstrata presente na constituição sem violar a democracia. Já na concepção da democracia procedimental, proposta por Ely, a Constituição, cujo papel é procedimental, garante os instrumentos de participação democrática e regula os processos nas tomadas de decisões, valorizando, assim, a liberdade política. Dessa forma, caberia ao Poder Judiciário preservar o processo e corrigir as falhas dos mecanismos de participação.

É relevante observar também que, ao contrário do novo entendimento jurisprudencial, a propaganda eleitoral negativa tem, sim, relevância no cenário político-eleitoral e importa no processo de escolha do representante político. Estudos teóricos e experiências práticas demonstram esse fato.

Jairo Pimentel Jr. analisou as inserções (também denominados *spots*) de propaganda eleitoral negativa de televisão na eleição presidencial de 2010 e os seus

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 5.

efeitos no comportamento do eleitorado. O autor avaliou os efeitos dos *spots* negativos e concluiu que tais formatos de propaganda despertam sentimento de ansiedade nos eleitores, o que, no modelo teórico de inteligência afetiva, revela seu potencial para influenciar o voto.

Os dados da pesquisa deste trabalho revelaram que a ansiedade engendrada pelos *spots* negativos de Serra para também cumprir o papel de motivadora do voto. A ansiedade despertada por esses *spots* não só aumentou a rejeição eleitoral de Dilma como aumentou o potencial de voto de Serra. Isso revela que os *spots* negativos podem ter não apenas a propriedade de persuadir os eleitores a não votar no candidato adversário, como também podem ser importante fonte de contenção eleitoral, fazendo com que os eleitores do candidato que ataca mantenham a sua predisposição inicial em votar neste candidato¹⁹⁹.

A propaganda eleitoral de caráter negativo, portanto, encontra conformação constitucional no direito fundamental à liberdade de expressão e no direito à informação, e tem impacto no processo de escolha do representante político, como demonstrou a pesquisa de Jairo Pimentel Jr.

Ressalte-se que a propaganda eleitoral negativa é permitida pela Constituição, desde que as afirmações comprometedoras sejam verdadeiras em relação aos adversários. Caso se tratar de propaganda negativa mentirosa, ela é ilegal não por ser negativa, mas por ser mentirosa, e por isso não encontra amparo no direito fundamental à liberdade de expressão.

Em termos práticos, a experiência brasileira possui diversos casos que servem de prova para demonstrar a relevância da propaganda negativa na disputa eleitoral.

Como exemplo, traz-se à baila a eleição municipal de Curitiba em 2016. As pesquisas de intenção de voto colocavam o candidato Rafael Greca à frente dos demais, até que, em 22 de setembro, este candidato proferiu discurso para alunos universitários e revelou que na primeira vez em que prestou assistência para um pobre quase vomitou por causa do cheiro²⁰⁰.

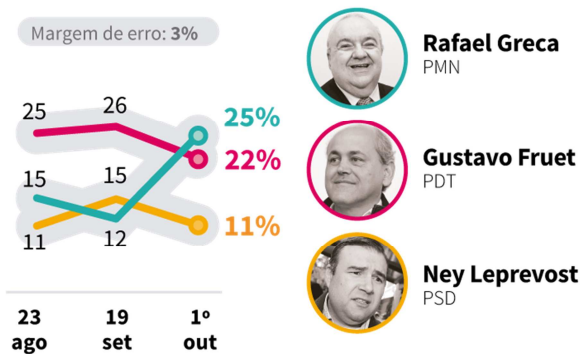
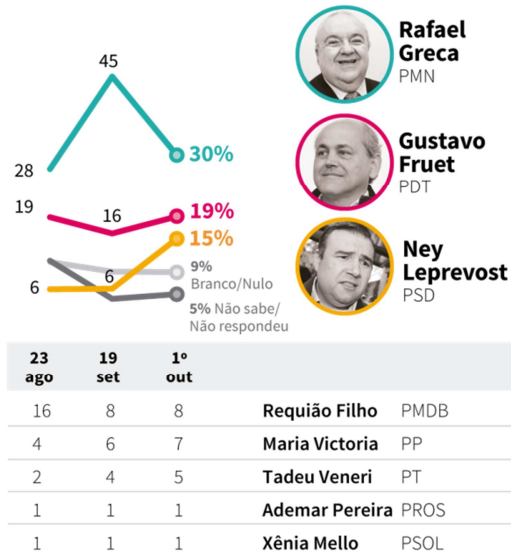
Tal infeliz colocação foi explorada pelas campanhas adversárias, de Gustavo Fruet e Ney Leprevost, que utilizaram a fala do próprio candidato para fazer propaganda negativa contra ele. E a estratégia, ao menos ao se analisar as

¹⁹⁹ PIMENTEL JR., Jairo. *Quem bate perde? Os efeitos afetivos dos spots eleitorais de TV no Brasil*. Rio de Janeiro: Autobiografia, 2017, e-book, p. 125.

²⁰⁰<https://eleicoes.uol.com.br/2016/noticias/2016/09/23/greca-diz-que-vomitou-por-cheiro-de-pobre-e-depois-pede-perdao.htm>. Acesso em 4 de agosto 2017.

pesquisas antes e depois de mencionado discurso, deu certo. Rafael Greca perdeu expressivo número de votos se comparado às pesquisas anteriores.

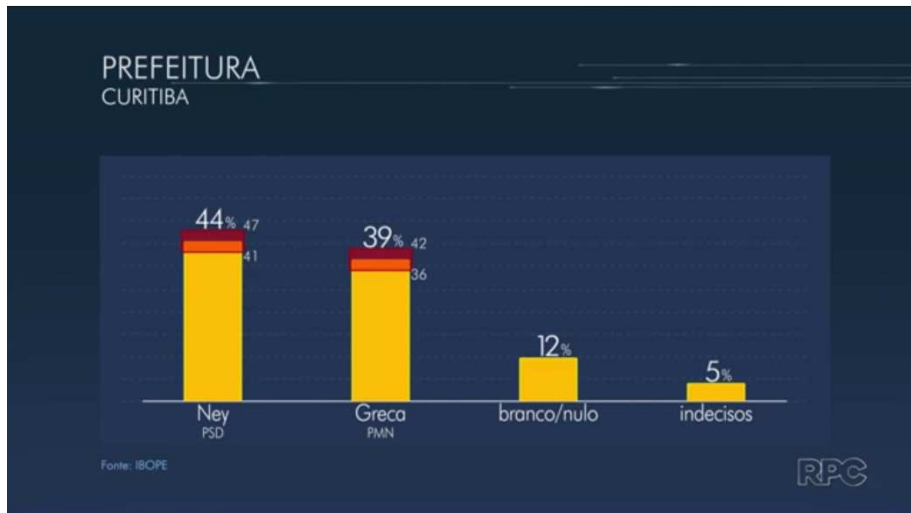
Segundo o IBOPE, o candidato caiu de 45% para 30% das intenções de voto e disparou na rejeição dos eleitores, de 12% para 25%, conforme gráficos a seguir.²⁰¹



O candidato Rafael Greca, que antes do discurso do dia 22 de setembro tinha intenção de votos suficientes para ser eleito em primeiro turno, foi para o segundo turno em disputa com Ney Leprevost. E logo na primeira pesquisa do segundo turno, realizada pelo IBOPE entre os dias 18 e 21 de outubro, Greca apareceu atrás do seu adversário²⁰², conforme gráfico a seguir.

²⁰¹<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/eleicoes/2016/ibope-aponta-segundo-turno-em-curitiba-com-adversario-de-greca-indefinido-344f9tyckus04ohussukkqfro>. Acesso em 27 julho 2017.

²⁰²<http://g1.globo.com/pr/parana/eleicoes/2016/noticia/2016/10/ibope-leprevost-44-greca-39-brancosnulos-12-nao-sabem-5.html>. Acesso em 04 agosto 2017.



Tais fatos revelam o impacto de uma propaganda negativa na campanha eleitoral, ainda que, o material explorado tenha sido fruto de discurso originalmente produzido pelo próprio candidato.

O candidato que, segundo as pesquisas, tinha grandes chances de ganhar a eleição em primeiro turno sofreu expressiva perda de intenção de votos logo após a intensa publicidade eleitoral negativa contra ele veiculada. Portanto, nesse caso prático, entende-se que a propaganda eleitoral negativa influenciou, ainda que não tenha sido o único evento decisivo na campanha, o resultado da eleição, ao menos no primeiro turno.

O candidato Rafael Greca apresentou representações eleitorais em face das propagandas negativas em que seus adversários trouxeram à baila a fala em comento. A Justiça Eleitoral julgou-as improcedente²⁰³.

Na decisão proferida a Juíza não acolheu o pedido do candidato mencionado por não vislumbrar qualquer “crime eleitoral ou qualquer outro fato que demande reprimenda por parte da Justiça Eleitoral”²⁰⁴

Ao apresentar os pedidos, alegou que seu opositor violou o art. 54, da Lei 9.504/97, pois estava veiculando propaganda eleitoral com trucagem, manipulação, porque inseriu a frase fora do contexto em que fora proferida com o intuito de denegrir sua a imagem perante o eleitorado. Requereu, liminarmente, suspensão da propaganda negativa.

²⁰³ Representações Eleitorais n. 156-36.2016.6.16.0175 e n. 157-21.2016.6.16.0175, da 175ª Zona Eleitoral

²⁰⁴ Decisão proferida na Representação n. 156-36.2016.6.16.0175, da 175ª Zona Eleitoral.

Ao receber o pedido da Representação Eleitoral n. 156-36.2016.6.16.0175, a Julgadora de piso negou o pleito liminar sob os seguintes fundamentos

De fato, ao ouvir e ver o conteúdo da mídia apresentada, temos que reconhecer que os adversários políticos, estão veiculando trecho de fala descontextualizada.

Porém, a descontextualização por si só, não é suficiente para ser enquadrada na vedação legal do artigo 54, da Lei nº 9.504/97. É necessário que o conteúdo descontextualizado seja produto de montagem ou trucagem, o que não é o caso dos Autos.

Na propaganda veiculada contendo a fala do candidato RAFAEL GRECA, não há qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que desvirtue a realidade dos fatos.

As palavras foram proferidas pelo candidato e a simples reprodução de trecho de entrevista, não caracteriza trucagem ou montagem. No embate eleitoral, é explicável que as palavras de RAFAEL GRECA sejam utilizadas por adversários.

Diga-se de passagem, que não só na seara eleitoral o referido "trecho" tem sido veiculado. A divulgação é a nível de imprensa estadual e nacional (ex.: jornal Gazeta do Povo, jornal O Globo, etc.) e viralizou nas redes sociais.

Ante o exposto, denego a liminar.²⁰⁵

Na Representação nº 157-21.2016.6.16.0175, a julgadora negou o pedido liminar sob o fundamento de que

a descontextualização por si só, não é suficiente para ser enquadrada na vedação legal do artigo 54, da Lei nº 9.504/97 ou como afirma a parte representante, do artigo 6º da Resolução/TSE nº 23.457.

Na propaganda veiculada contendo a fala do candidato RAFAEL GRECA, não há qualquer efeito realizado em áudio que desvirtue a realidade dos fatos e também, não são empregados meios destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.

As palavras foram proferidas pelo candidato e a simples reprodução de trecho de entrevista, não caracteriza ilícito. No embate eleitoral, é explicável que as palavras de RAFAEL GRECA sejam utilizadas por adversários.

Diga-se de passagem, que não só na seara eleitoral o referido "trecho" tem sido veiculado. A divulgação é a nível estadual e nacional (ex: jornal Gazeta do Povo, jornal O Globo, etc.) e viralizou nas redes sociais.²⁰⁶

Em sentença, os pedidos contidos em ambas as representações foram julgados improcedentes. Recursos interpostos ao Regional Paranaense foram conhecidos, porém extintos sem apreciação do mérito tendo em vista a perda do

²⁰⁵ Representação n. 156-36.2016.6.16.0175, da 175ª Zona Eleitoral.

²⁰⁶ Representação n. 157-21.2016.6.16.0175, da 175ª Zona Eleitoral

interesse recursal em razão da perda superveniente do objeto (fim do 1º turno das eleições e os representados não se elegeram para o 2º turno).²⁰⁷

Outro caso simbólico que exemplifica o potencial da propaganda negativa na eleição foi a disputa para a Prefeitura de Belo Horizonte, em 2008. Márcio Lacerda e Leonardo Quintão passaram para o segundo turno muito próximos. Lacerda ficou com 43,59% dos votos válidos, enquanto Quintão teve 41,26%.

No segundo turno, as primeiras pesquisas indicavam que Leonardo Quintão estava à frente do adversário.

Na primeira pesquisa de intenção de voto no segundo turno em Belo Horizonte, o Datafolha revela que Leonardo Quintão (PMDB) está na frente com 47% das intenções de voto, contra 37% de Márcio Lacerda (PSB). Votos em branco ou nulo totalizam 8%, indecisos, 7%.²⁰⁸

Diante desse panorama, a propaganda eleitoral de Márcio Lacerda iniciou intenso ataque contra Quintão. Em uma inserção de televisão transmitida em 15 de outubro de 2008, a campanha de Lacerda veiculou um vídeo filmado em Ipatinga-MG, em que Leonardo Quintão, ao fazer campanha para seu pai, então candidato naquela cidade, aparecia bastante exaltado e dizia que iria “chutar a bunda” dos petistas que, na capital Belo Horizonte, apoiavam a candidatura de Lacerda²⁰⁹. O locutor da propaganda então finalizava: “É isso que a gente quer para Belo Horizonte?”.

Depois de iniciado o ataque na propaganda eleitoral em 15 de outubro, houve mudança nas pesquisas.

Segunda pesquisa de intenção de voto no segundo turno, em Belo Horizonte, revela que Márcio Lacerda (PSB) subiu oito pontos e chega a 45%, Leonardo Quintão (PMDB) está com 40%. Em relação ao levantamento realizado nos dias 16 e 17 de outubro, Lacerda subiu oito pontos percentuais (de 37% para 45%), enquanto o peemedebista perdeu sete pontos (de 47% para 40%). Votos brancos e nulos totalizam 9%, indecisos são 6%, totalizando 15% de eleitores que ainda não têm candidato.²¹⁰

Na véspera da eleição de domingo, aumenta a diferença entre Márcio Lacerda (PSB) e Leonardo Quintão (PMDB). O peesebista está com 59%

²⁰⁷ Decisões Monocráticas do Relator Dr. Nicolau Konkel Júnior, TRE/PR

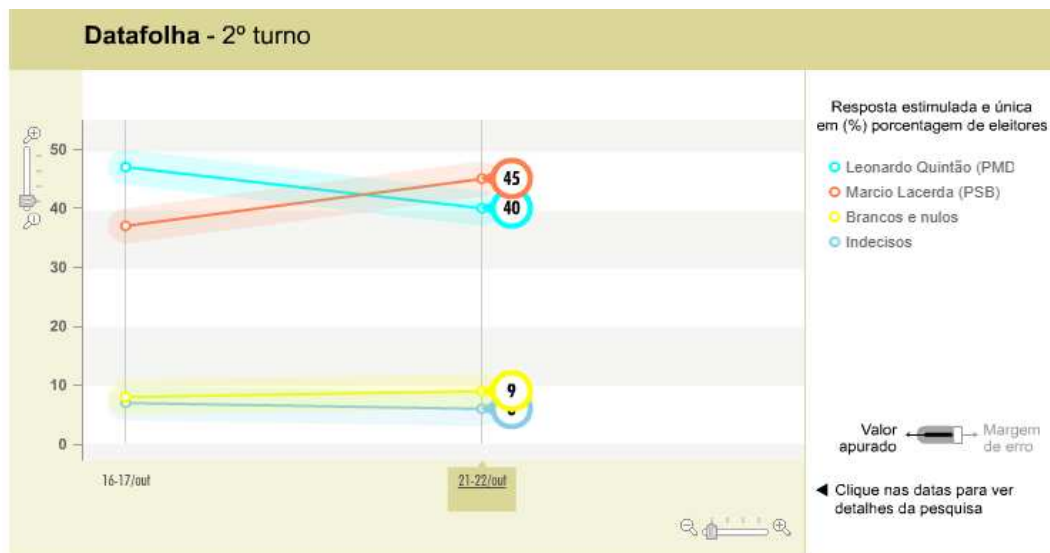
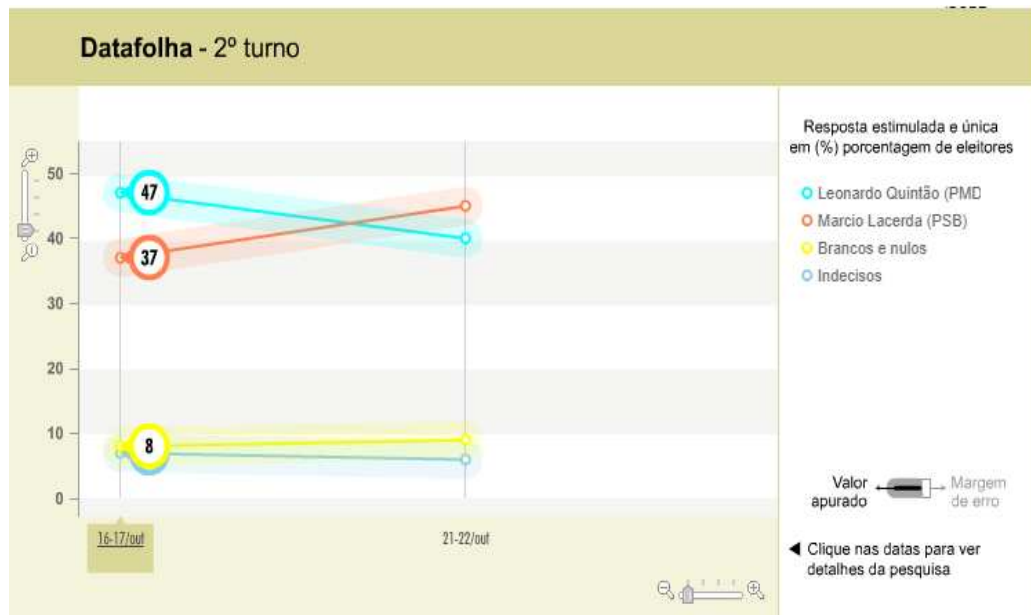
²⁰⁸ <http://datafolha.folha.uol.com.br/eleicoes/2008/10/1196407-leonardo-quintao-lidera-com-47-marcio-lacerda-tem-37-quintao-pmdb-tem-56-dos-votos-validos-lacerda-psb-44.shtml>, Acesso em 04 agosto 2017

²⁰⁹ <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1410200825.htm>. Acesso em 4 agosto 2017.

²¹⁰ <http://datafolha.folha.uol.com.br/eleicoes/2008/10/1196393-marcio-lacerda-psb-cresce-oito-pontos-e-chega-a-45-leonardo-quintao-pmdb-tem-40-15-dos-eleitores-ainda-nao-tem-candidato.shtml>. Acesso em 04 agosto 2017

dos votos válidos, contra 41% do peemedebista. Em relação ao levantamento realizado nos dias 21 e 22 de outubro, Lacerda subiu seis pontos percentuais (de 53% para 59%), e Quintão caiu seis pontos (de 47% para 41%).²¹¹

Lacerda ultrapassou Quintão e, ao fim, se elegeu para a Prefeitura de Belo Horizonte²¹²:



²¹¹ <http://datafolha.folha.uol.com.br/eleicoes/2008/10/1196277-na-vespera-da-eleicao-marcio-lacerda-psb-tem-59-dos-votos-validos-leonardo-quintao-pmdb-tem-41.shtml>. Acesso em 4 agosto 2017.

²¹² <https://eleicoes.uol.com.br/2008/belo-horizonte/pesquisas/datafolha/1-turno.jhtm>. Acesso em 4 agosto 2017.

O candidato Leonardo Lemos Barros Quintão apresentou representação eleitoral onde pleiteou, liminarmente, a suspensão do conteúdo da propaganda negativa e, no mérito, a perda do dobro do tempo usado na alegada 'propaganda ilícita'. A liminar foi concedida pelo juiz de piso e foi determinada a proibição da veiculação propaganda eleitoral negativa. Márcio Araújo de Lacerda e outros interpuseram agravo de instrumento se insurgindo contra tal decisão, objetivando a concessão de efeito suspensivo à decisão agravada, o que foi concedido pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais²¹³.

Inconformado, Leonardo Quintão apresentou pedido de reconsideração, que foi recebido como agravo regimental pelo Regional mineiro, cujo provimento foi negado²¹⁴, ou seja, a propaganda impugnada pela representação pôde ser veiculada no horário eleitoral gratuito do candidato Márcio Araújo de Lacerda. A decisão dos julgadores da corte Regional Eleitoral de Minas Gerais não foi unânime.

Importante demonstrar os fundamentos dos julgadores mineiros, tendo em vista que, assim como a decisão da Corte Regional Eleitoral do Paraná, a questão da propaganda eleitoral negativa foi analisada à luz do direito fundamental à liberdade de expressão, e também para demonstrar que a jurisprudência eleitoral tem sido no sentido de permitir propaganda eleitoral negativa, desde que dentro dos parâmetros legais.

A Juíza Relatora votou pelo não provimento do recurso sob o fundamento de que as imagens trazidas na propaganda são do próprio agravante e que "o pedido de aplicação de sanção no que se refere ao desafio do art. 51, IV, da Lei n. 9.504/97 é reconhecido pelos próprios agravantes como inexistente. Deferir sanção, nesse caso, seria aplicar pena sem a prévia cominação legal, o que é vedado pelo art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Brasileira."²¹⁵

²¹³ Agravo na Representação Eleitoral n. 5.729, 26ª Zona Eleitoral.

²¹⁴ Ementa do julgado - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Recurso Eleitoral Representação. Pedido de reconsideração acolhido como agravo regimental. Decisão que imprimiu efeito suspensivo ao agravo interposto contra liminar deferida. Eleições 2008. Veiculação de inserção. Imagem externa e montagem. Constatação de que a imagem e o som são do próprio agravante. Confissão de autoria da manifestação. Não incidência do inciso IV, do art. 51, da Lei n. 9.504/97. Inexistência de fato que autoriza aplicação de sanção. Mantida a decisão. Agravo regimental a que se nega provimento. - RE-Representação n. 5.729 (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento), 26ª Zona Eleitoral, Relatora Juíza Mariza de Melo Porto. Acórdão n. 4565/2008, publicado em 23/10/2008.

²¹⁵ RE-Representação n. 5.729 (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento), 26ª Zona Eleitoral, Relatora Juíza Mariza de Melo Porto. Acórdão n. 4565/2008, publicado em 23/10/2008.

O Des. Baía Borges entendeu pelo provimento do recurso, e a divergência foi acompanhada pelo Juiz Antônio Romanelli e pelo Juiz Gutemberg da Mota e Silva. A fundamentação pelo provimento do recurso foi de que a hipótese dos autos era de gravação externa, apresentada em inserção, o que é vedado pela lei eleitoral.

O Juiz Silvio Abreu acompanhou a Relatora sendo pelo não provimento do recurso. Em seu voto disse

[...]

Preciso verificar se esse vídeo, ao qual assisti hoje à tarde, claramente trata-se de montagem ou trucagem, porque essa questão realmente é de ordem técnica, mas será decisiva no meu voto porque quero julgar rigorosamente nos termos da lei e a lei que se aplica a essa matéria é exatamente o disposto no inciso IV do art. 51.

[...]

Não há prova nos autos de haver sido trucagem. Ao contrário, V. Exa. Afirma uma questão que, de certa forma, é pública e notória, fundada na autoria, autoria reconhecida pelo próprio candidato.²¹⁶

E, ao dirigir a palavra ao Presidente do TRE/MG, o juiz Silvio Abreu afirmou que se preocupava em impor restrições à liberdade de expressão. Em suas palavras

[...]

E aqui, parece-me inclusive uma circunstância atípica, porque o impedimento ou a censura ou a limitação, que é pedida, na verdade, não é em relação à fala de um candidato adversário, é em relação à fala do próprio candidato agravante. Quer dizer, nós teremos que censurar a sua palavra, de autoria reconhecida por ele próprio.

O fato, V. Exa. tem razão, é público e notório porque está em todos os jornais de hoje. Alguma vinculação que o próprio candidato declara é com questão de futebol, se não me engano. Então, ou é brincadeira, ou é futebol, algum tipo de alegação, mas confirmando a autoria.

Então, o que é pedido, na verdade, vejam V. Exas. A preocupação a que sou levado. Nós teremos que, para atender o agravante, censurar sua própria fala, com autoria confessada e reconhecida, para beneficiá-lo, segundo o próprio agravante considera, nas eleições que está a disputar aqui, em Belo Horizonte. Então, eu vejo um gravame e uma incoerência. Primeiro gravame é a censura; a incoerência é a censura versar sobre a fala do próprio candidato, que no caso é o agravante, para beneficiá-lo numa eleição que ele está a disputar contra aquilo que ele próprio considera uma insensatez de palavras por ele proferidas, e em público, referindo-se à situação eleitoral de Belo Horizonte. Isso me leva a esse tipo de entendimento, quer dizer, o candidato pede para ser censurado na sua própria fala, na sua própria palavra? Ele estará reconhecendo haver cometido, haver praticado uma insensatez, não importa aonde. Todos os candidatos, todos os homens públicos têm que ser responsáveis pelo que

²¹⁶ RE-Representação n. 5.729 (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento), 26ª Zona Eleitoral, Relatora Juíza Mariza de Melo Porto. Acórdão n. 4565/2008, publicado em 23/10/2008.

falam, pelo que dizem e pelo que fazem, estejam onde estiverem, notadamente quando se refere a Belo Horizonte, a cidade em que está a disputar as eleições.

Eu quero caminhar agora um comentário breve ao voto proferido pelo eminente Desembargador Baía Borges, que o seu voto procura, realmente, amenizar, desconstituir até, as expressões proferidas pelo agravante, e sobre as quais ele próprio pede censura, pede que este Tribunal profira uma censura sobre as suas próprias palavras. Se V. Exa. me afirmasse, ou se nos autos contivesse a demonstração inequívoca de tratar-se de montagem ou trucagem, eu me renderia por inteiro aos argumentos da divergência. Mas eu não me sinto em paz, Sr. Presidente, eu não me sentiria bem, eu não me sentiria em paz de deixar de acompanhar a Relatora. Primeiro por estar praticando um voto de censura e, segundo, por entender que essa censura estaria inteiramente incoerente, porque seria uma censura objetivando corrigir uma insensatez verbal, praticada pelo próprio agravante, que agora recorre a este Tribunal pedindo para ser censurado. Entendo o contrário.

Acho que os homens públicos, de responsabilidade, devem responsabilizar-se, e qualquer lugar do país ou do mundo, pelos seus atos, pelas suas ações e pelas suas palavras. Se o ilustre agravante errou, ou considerou desmedidas as suas proferições, as suas palavras, as suas pronúncias, acho que deve assumir a responsabilidade pelo que disse ou pelo que falou, ao invés de postular uma reparação ao seu próprio ato, à sua própria atitude, ao seu próprio desafio. Que seja uma bravata, como eu procurei entender o voto do eminente Des. Baía Borges, que tenha proferido uma bravata, mas que se responsabilize pela sua proferição.

Não me sinto tecnicamente no exame claro, a teor do inciso IV do art. 51, da lei n. 9.504/97, em condições de divergir da eminente Relatora, sob pena de estar sendo incoerente contra tudo, quanto a tudo o que eu fiz, o que eu pensei, o que eu raciocinei e o que eu entendo da liberdade de expressão e dos enunciados da vigente legislação eleitoral, a partir da Carta Maior, até, especificamente, as normas estatuídas pela Lei n. 9.504 e, notadamente, pelo inciso IV do seu art. 51.

Peço, com muita reverência, vênias àqueles que raciocinam de forma diversa. Não apenas me coloco com pedido de vênias mas, sobretudo, com muito respeito àqueles que de mim estejam a divergir. Mas na verdade, Sr. Presidente, eu me sinto pessoalmente sem condições de dar razão ao agravante nesta matéria ora em julgamento, sob pena de, quem sabe, estar impulsionando, recebendo um impulso contrário e contraditório aos meus próprios sentimentos jurídicos sobre a matéria em exame.²¹⁷

O último juiz a votar, Dr. Renato Martins Prates, negou provimento ao recurso. Em razão do empate na votação, o Desembargador presidente do regional mineiro votou e entendeu pelo não provimento do recurso. Assim se manifestou o Des. Presidente

[...]

²¹⁷ RE-Representação n. 5.729 (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento), 26ª Zona Eleitoral, Relatora Juíza Mariza de Melo Porto. Acórdão n. 4565/2008, publicado em 23/10/2008.

Mas imagino que no momento em que tivermos de policiar a agressividade do candidato e tivermos de maquiá-lo através de uma interferência da Justiça Eleitoral na campanha, nós estaremos desservindo ao povo. O povo tem que conhecer o seu candidato, da mesma forma que é bom ver uma moça saindo de uma piscina, sem maquiagem.²¹⁸

Esses dois casos evidenciam o impacto da propaganda eleitoral negativa nas pesquisas de intenção de voto, bem como no resultado da eleição, sendo certo que outros fatores também influenciam o resultado das eleições, mas a propaganda eleitoral é a protagonista do contexto eleitoral.

É certo que não é apenas a propaganda eleitoral negativa que decide uma eleição, e que existem outros elementos capazes e necessários para a obtenção do voto (ou mesmo para demonstrar ao eleitor as razões pelas quais ele não deve escolher certo candidato), mas é certo, também, que os ataques advindos da propaganda negativa tem bastante peso, especialmente durante o segundo turno, onde há somente dois candidatos disputando o cargo político eletivo.

Este trabalho não tem a finalidade de demonstrar quantitativamente o alcance da propaganda eleitoral em relação ao resultado das eleições. A intenção é demonstrar que essas propagandas existem, são muito utilizadas, e podem influenciar na decisão do eleitor.

Salienta-se que, em ambos os casos trazidos como exemplo, as peças publicitárias veicularam afirmações verídicas, isto é, situações que, de fato, ocorreram (discurso do vômito e discurso do chute na bunda) e, portanto, estão inseridas no âmbito de proteção da liberdade de expressão e de informação, não podendo, por isso, sofrer intervenção da Justiça Eleitoral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime democrático pode não ser o melhor que existe, mas, como dizia Winston Churchill, “Ninguém pretende que a democracia seja perfeita ou sem defeito. Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos.”²¹⁹. Dessa

²¹⁸ RE-Representação n. 5.729 (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento), 26ª Zona Eleitoral, Relatora Juíza Mariza de Melo Porto. Acórdão n. 4565/2008, publicado em 23/10/2008.

²¹⁹ em discurso na Câmara dos Comuns, 11 de novembro, 1947.

forma, a democracia é o regime que melhor se apresenta, pois nesse regime o poder emana do povo e por sua vontade.

A liberdade de expressão é elemento essencial à democracia e à escolha dos representantes eleitos pelo povo. No Estado Democrático de Direito, para que o processo eleitoral seja válido, as eleições têm que ser livres e justas, com espaços destinados para os candidatos divulgarem suas opiniões e contra argumentarem as visões divergentes, onde sejam possíveis os debates e os confrontos de ideias para que o cidadão conheça as ideias e os projetos daqueles que estão pleiteando um cargo político eletivo.

É por meio da liberdade de expressão, mais precisamente da propaganda eleitoral, que o candidato tenta convencer o cidadão de que tem as melhores ideias e soluções para administrar a coisa pública²²⁰. A propaganda eleitoral tem ligação direta com o processo eleitoral, posto que é através da propaganda que os cidadãos podem melhor conhecer os candidatos que estão concorrendo aos cargos políticos eletivos.

A propaganda eleitoral, em relação ao seu conteúdo, pode ser positiva e negativa. A positiva ressalta as qualidades do candidato, enquanto que a negativa é aquela que se destina a enfatizar fatos e atributos negativos do candidato opositor.

A propaganda negativa tem sido um recurso cada vez mais usado pelos candidatos a cargos políticos eletivos, pois não basta que os candidatos mostrem aos eleitores seu plano de governo, suas propostas e tudo o que poderá fazer em sua gestão em prol da comunidade, mas também têm que mostrar que seu concorrente não tem as mesmas competências e que, ainda, tem muitos fatos que o desabonam e, por isso, não faz jus a receber o voto do eleitor.

A propaganda eleitoral negativa pode ser lícita ou ilícita. É lícita quando traz em seu conteúdo fatos reais que desabonam as qualidades, quer pessoais, quer de administrador, do adversário. Já as ilícitas, por seu turno, são aquelas em que são trazidos à tona fatos inverídicos que causem no eleitor estados mentais suficientes para influenciar seu voto.

²²⁰ NEVES FILHO, Carlos. *Ob. cit.*, p. 19-20.

De qualquer forma, para que o cidadão conheça os concorrentes aos cargos políticos eletivos têm que ter instrumentos para tanto e o principal deles é a propaganda eleitoral. A liberdade de expressão é o direito fundamental diretamente ligado à democracia, pois quanto mais democrático for o Estado, maior liberdade os cidadãos terão, inclusive para expressar suas opiniões, sejam elas favoráveis ou contrárias ao Poder Estatal, devendo-se lembrar de que o Estado tem um potencial opressivo, mas, também, usará seus poderes para que a igualdade e a liberdade de expressão sejam respeitadas em uma sociedade democrática.

Portanto, para que haja democracia deve haver debate, deve haver respeito ao direito à liberdade de expressão, deve haver discussão política entre os representantes e os representados. Quanto mais esclarecido for o povo, melhor será a democracia do país.

E a propaganda eleitoral é o meio mais eficaz para que o candidato se faça conhecer, demonstrar seus objetivos, sua plataforma de governo, pedir o voto do eleitor. Tanto a propaganda positiva como a negativa são válidas para que o cidadão conheça os candidatos aos cargos políticos eletivos, sendo que o eleitor não pode mais ficar à mercê do Estado paternalista que pode decidir o que é bom ou ruim para a população. Povo maduro tem capacidade em escolher seus representantes. A democracia no Brasil está em construção, e sendo aprimorada a cada dia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2015.
- ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- AZANBUJA, D. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Globo, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1998*: vol. I. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- CALAZANS, Paulo Murilo. *A liberdade de expressão como expressão da liberdade*. In: VIEIRA, José Ribas (org.). *Temas de Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CÂNDIDO, Joel José. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. Bauru. Edipro, 2006.
- _____. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Edipro, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra – Portugal: Gráfica de Coimbra, 2000.
- CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito Eleitoral Esquemático*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CHILDS, Harwod. *Relações públicas, propaganda e opinião pública*. Rio de Janeiro. FGV, 1967.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Menezes. *Dimensões das Liberdades de Informação e de Expressão: Elementos do Discurso Político*, 2016. Disponível em <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i1.9296>.
- CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral. Eleições*. 13 ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. *Poliarquia: Participação e Oposição*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1997.

_____. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____, *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____, *Levando os direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley Del Más Débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *El efecto silenciador de la libertad de expresión. Isonomia – Revista da Teoría y Filosofía Del Derecho*, Ciudad de Mexico, Instituto Tecnológico Autónomo de Mexico, n. 4.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. *Liberdade de Expressão e Estado Democrático de Direito*. In CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro – Vol. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

HABERMAS, Jürgen. *Três Modelos Normativos de Democracia*, Lua Nova – Revista de Cultura e Política, 1995, n. 36, Democracia.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 1998.

- JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Publicidade Comercial*. Ed. Juarez de Oliveira, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MENDES, Gilmar. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*, em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/munster_port1.pdf
- MIRANDA, Jorge. *Estudos de Direito Eleitoral*. Lisboa: Lex, 1995, p. 146.
- MORAES, Maria Carolina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In SARLET. Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e Mentira na Política*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda Eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- PAES, Janiere Portela Leite. *O sufrágio e o voto no Brasil: direito ou obrigação?* <http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-3-ano-3/o-sufragio-e-o-voto-no-brasil-direito-ou-obrigacao>.
- PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A reserva do possível como restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais*, em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/7623/4357>, acessado em 20/01/2018.
- OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *A igualdade de oportunidade nas competições eleitorais. Reflexões a partir da teoria da justiça como equidade de John Rawls*. Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciências Políticas. UFPR – v. 2, n. 2 (2013) – Curitiba: TRE, 2013.
- PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal - noções gerais*. São Paulo: Atlas, 2003.

PIMENTEL JR., Jairo. *Quem bate perde? Os efeitos afetivos dos spots eleitorais de TV no Brasil*. Rio de Janeiro: Autobiografia, 2017, e-book.

POST, Robert. *Participatory democracy and free speech*. Virginia Law Review, v. 97, 2011.

RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário de comunicação*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *O processo eleitoral como instrumento para a democracia*. Resenha Eleitoral – nova série, v. 5, n. 1, 1998. Disponível em <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/indexfe6a.html?no_cache=1>

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio Luis Guimarães. *Para Compreender a Dinâmica do Poder Político*, 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do 'hate speech'* em

https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/39332710/A_Liberdade_De_Expressao_E_O_Problema_Do_Hate_Speech_1.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1520945996&Signature=Ukdf4U7sVxANZvBOkeTqvA6iSTo%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_LIBERDADE_DE_EXPRESSAO_E_O_PROBLEMA_DO.pdf.

_____. *Liberdade de expressão, pluralismo e o problema do hate speech*. Revista de Direito do Estado, n. 4, out./dez.2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann). Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SIQUEIRA, Ana Paula Mantovani; VILLELA, Ângelo Goulart; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *A Justiça Eleitoral e o tom da campanha presidencial*. Disponível em <<https://jota.info/artigos/justica-eleitoral-e-o-tom-da-campanha-presidencial-22102014>>.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácias*. 2ª ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SUSTEIN, Cass. *A verdade sobre os boatos: como se espalham e porque acreditamos neles*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Livraria do Advogado, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.