

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROPAGANDA ELEITORAL: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL DE 2014 A 2019

## FREEDOM OF EXPRESSION AND ELECTORAL PROPAGANDA: ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR ELECTORAL COURT FROM 2014 TO 2019

Lucas Catib de Laurentiis\*

Frederico Boldrin Ferraciolli\*\*

### RESUMO

Resumo: Essa pesquisa aborda o conceito, os limites e as tensões geradas pelo direito fundamental à liberdade de expressão, tendo como foco a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral no período de 2014 a 2019. No aspecto conceitual, o artigo investiga o conceito, os fundamentos teóricos que justificam a garantia constitucional desse direito e, finalmente, os limites incidentes sobre o exercício de tal direito fundamental. Sob essa perspectiva, o artigo realiza uma revisão bibliográfica a respeito de textos clássicos que trataram do tema da liberdade de expressão. No que diz respeito aos limites dogmáticos de tal direito fundamental, foram analisados os detalhes e as características da proteção constitucional da liberdade de expressão. A pesquisa foi desenvolvida com base no método de análise documental, que busca inferir os contornos do direito fundamental em tematizado com base em decisões judiciais e suas fundamentações.

Palavras-chave: Direito fundamentais; Liberdade de expressão; Propaganda eleitoral e política; Jurisprudência TSE.

### ABSTRACT/ RESUMEN

Abstract: This research addresses the concept, limits and tensions generated by the fundamental right of freedom of expression, focusing on the jurisprudence of the Superior Electoral Court from 2014 to 2019. In the conceptual aspect, the article investigates the concept, the theoretical foundations that justify the constitutional guarantee of this right and, finally, the limits of the exercise of such fundamental right. From this perspective, the article performs a bibliographic review on classic texts that dealt with the theme of freedom of expression. Regarding the dogmatic limits of such fundamental right, the details and characteristics of the constitutional protection of freedom of expressions were analyzed. The research was developed based on document analysis method, which seeks to infer the contours of the fundamental right in themed based on court decisions and their rationales.

Key words: Fundamental rights; Freedom of speech; Electoral and political advertising; TSE case law.

\* Professor Titular Categoria A1 da PUC-Campinas. Mestre e doutor em Direito constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. <http://lattes.cnpq.br/2294492760875997>, <https://orcid.org/0000-0001-5596-6695>, [lucas.laurentiis@gmail.com](mailto:lucas.laurentiis@gmail.com).

\*\* Cursando o 9º semestre do curso de direito na Pontifícia Universidade Católica de Campinas. <http://lattes.cnpq.br/7168337748644312>, <https://orcid.org/0000-0002-8355-2008>, [boldrinfrederico@gmail.com](mailto:boldrinfrederico@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

Em tempos de polarização política, a manifestação partidária está no centro do debate. Discursos de ódio, participações em debates políticos, financiamentos de campanhas eleitorais, fake news. Hoje, todos estão acostumados com esses conceitos e com as tensões jurídicas, políticas e morais por eles geradas. Afinal, o candidato que ataca opositores, incentiva a prática da violência e a perseguição de minorias, enfim, se vale de notícias falsas ou fabricadas para se eleger, deve ter a sua candidatura cassada? Sob o ponto de vista constitucional, o direito fundamental à liberdade de expressão, suas características e limites constitucionais, é a peça fundamental para a solução dessa questão. Ele permeia casos que envolvem aspectos relacionados ao direito e à moral como, por exemplo, a publicação de biografias não autorizadas<sup>1</sup>, a comercialização de livros controversos ou extremistas<sup>2</sup>, as manifestações políticas a favor de regimes violentos e ditatoriais, entre outros.

Qual é o sentido atribuído a esse direito pelos tribunais eleitorais? Distanciando-se dos modelos de controle do processo eleitoral praticados no direito comparado, o Brasil criou uma justiça especializada, inteiramente dedicada à análise de questões eleitorais. A ela compete o controle da realização de convenções partidárias, tomada de contas eleitorais, as inscrições de candidaturas, a formação de coligações e, enfim, avaliar os limites possíveis da propaganda eleitoral.

Há aqui uma hipótese de controle, admitido e regulado por lei, do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão. E tal regulação tem uma finalidade aparentemente nobre: ela visa garantir que o direito ao voto seja exercido da maneira mais consciente e lúcida possível, características que podem ser contaminadas por propagandas falsas ou que gerem comoção emocional nos eleitores. Mas até que ponto essa regulamentação pode ser realizada sem se tornar um exercício de tutela estatal não só sobre a expressão dos candidatos, mas também e sobretudo, sobre o ato de escolha dos eleitores? E como é possível que o Estado exerça uma espécie de tutela da expressão realizada no período eleitoral sem que ele mesmo se torne um órgão partidário de algum dos polos ideológicos que disputam o poder?

Buscando responder a essas perguntas, essa pesquisa desenvolveu uma análise empírica da jurisprudência recente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Seu objetivo é, portanto, antes de mais nada, lançar luzes a essa jurisprudência e identificar o seu sentido e direcionamento.<sup>3</sup> Mas não só, pois além de tal análise empírica, essa pesquisa adota também uma perspectiva dogmática, por meio da qual se busca avaliar se a orientação jurisprudencial do TSE se adequa aos padrões normativos de proteção constitucional da

<sup>1</sup> Reclamação n. 38201-SP, relator Min. Alexandre de Moraes, j. 18 de dezembro de 2019, DJe-019 de 03 de fevereiro de 2020.

<sup>2</sup> HC 82424, relator Min. Moreira Alves, Relator para o acórdão Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17 de setembro de 2003, DJ 19 de março de 2004.

<sup>3</sup> Para uma pesquisa similar, mas com base nos precedentes do STF, ver: Napolitano, 2019.

liberdade de expressão. Os itens seguintes desenvolverão essa análise, mas antes é preciso determinar os critérios da coleta de jurisprudência realizada nesta pesquisa.

### **Metodologia aplicada**

Esta pesquisa se insere no campo da dogmática jurídica e da análise empírica do direito constitucional. Ela busca identificar padrões decisórios e características do direito fundamental abordado. Importa, portanto, delimitar o conteúdo da liberdade de expressão, tendo em conta, sobretudo, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. No ângulo dogmático, para alcançar esse objetivo, serão utilizados textos que servirão de fundamento para determinar o conteúdo protegido da liberdade de expressão. Essa reflexão é necessária, tendo em vista a necessidade de se realizar uma análise fundamentada das questões tratadas nos acórdãos selecionados. Sob a perspectiva da pesquisa empírica, o objeto do estudo é composto por decisões judiciais colegiadas coletadas em site disponibilizado pelo próprio TSE.<sup>4</sup> Sempre com base neste mecanismo, foram aplicados os seguintes filtros na seleção dos julgados.

Primeiro, considerando que a jurisprudência do TSE é composta não só por decisões colegiadas, mas também liminares, sejam elas monocráticas ou colegiadas. A multiplicação de decisões monocráticas nos tribunais brasileiros é notória, fato que é constatado tanto nas instâncias superiores, quanto nas de base.<sup>5</sup> Sem desconsiderar essa peculiaridade, neste trabalho foram selecionados somente os casos que culminaram em decisões colegiadas, critério que tem o objetivo de filtrar os casos mais polêmicos e com maior repercussão social e jurídica. Aplicado esse primeiro filtro, a pesquisa de jurisprudência do TSE utilizou o seguinte critério de busca de dados: “propaganda adj eleitoral liberdade adj expressão”, sabendo-se que o conector adj indica a busca de palavras aproximadas. Foi ainda aplicado um filtro delimitador temporal na busca do objeto: foram selecionados os casos julgados de janeiro de 2014 até janeiro de 2019. Este critério temporal foi aplicado com o objetivo de se selecionar os julgamentos que dizem respeito às duas últimas eleições presidenciais, partindo, mais uma vez, do pressuposto de que o trabalho visa identificar os casos de maior relevância da jurisprudência do TSE. Como resultado, foram identificados 57 casos que discutem os limites do exercício da liberdade de expressão em período eleitoral. Esses julgamentos delimitaram o objeto da pesquisa.

### **Refinamento da triagem dos acórdãos e temas pesquisados**

Ocorre que após a aplicação dos referidos filtros, muitos julgados se mostraram repetitivos ou não tratavam da questão central proposta pelo trabalho. Foi necessário, então, refinar o objetivo da pesquisa empírica. Foi realizada uma nova triagem dos

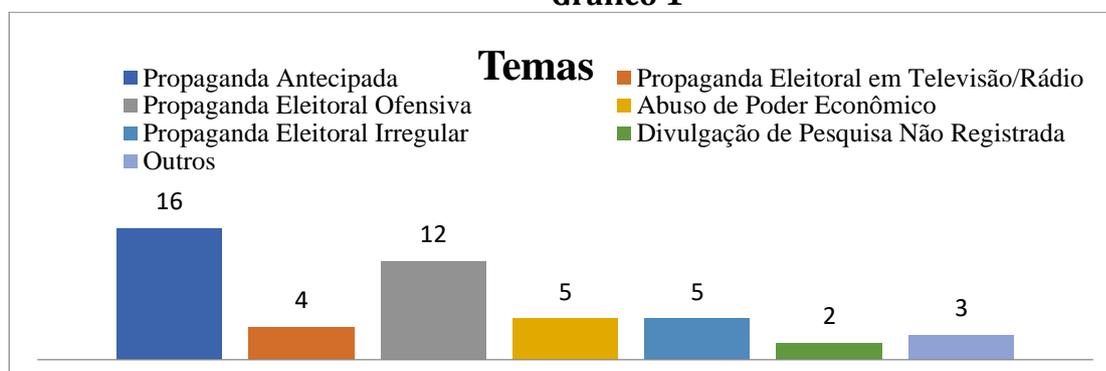
---

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>.

<sup>5</sup> Para uma análise quantitativa da evolução das decisões liminares monocráticas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ver: Arguelles; Ribeiro, 2018, p. 20.

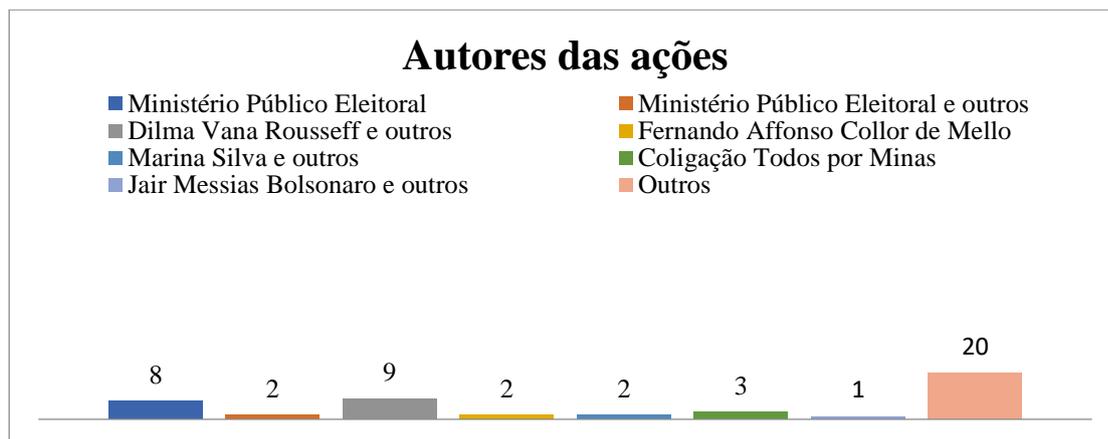
resultados. Com isso, dos 57 casos pré-selecionados pelo sítio eletrônico do TSE, 47 foram admitidos como objeto da pesquisa, conforme gráfico abaixo, na qual todos os processos são identificados por sua numeração no TSE. Nos demais acórdãos, o mérito do processo não foi analisado, seja por conta da composição entre as partes, nulidades processuais, desistência da ação ou por se tratarem de acórdãos que simplesmente estabelecem astreintes, ou seja, medidas coercitivas feitas através de aplicação de multa processual. Com base nesse resultado, foram elaborados os Gráficos 1, 2 e 3, que indicam a incidência e a distribuição de temas discutidos nos processos, assim como os autores e resultados dos acórdãos. Como se pode observar nesses Gráficos, a maior parte das ações foram desprovidas pelo TSE e o tema de maior incidência dos acórdãos foi a propaganda eleitoral antecipada. No Gráfico 1 são apresentados os temas abordados nas decisões coletadas.

**Gráfico 1**



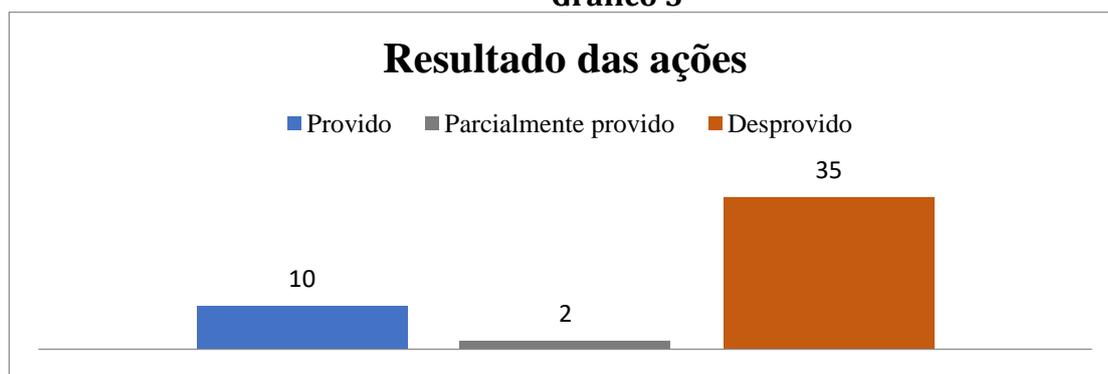
Em sua maioria (28 casos), esses temas foram judicializados pelo Ministério público eleitoral, o que indica não só a forte atuação deste órgão junto ao TSE, mas também é um indicativo de que os reais atores da disputa (partidos, coligações e candidatos) têm uma função secundária no processo de judicialização desta matéria. Este é um dos indicativos de que não só as eleições, mas o controle do discurso e da expressão em matéria eleitoral, segue uma tendência, no Brasil, de progressivo controle estatal e ingerência de órgãos oficiais. Fora isso, observa-se que metade das ações propostas pelo MPE dizem respeito ao tema propaganda antecipada, o que à primeira vista indica a preocupação deste ator processual em assegurar a paridade de armas no processo eleitoral.

**Gráfico 2**



Por sua vez, o Gráfico 3 demonstra o alto índice de desprovimentos das demandas formuladas ao TSE que dizem respeito ao exercício da liberdade de expressão em período eleitoral. O maior número de desprovimento tem relação com o tema da propaganda eleitoral ofensiva, grupo em que 11 ações foram desprovidas e apenas 1 provida pelo TSE<sup>6</sup>. Em sua maioria, estes recursos foram propostos pela coligação "Com a Força do Povo", encabeçada pela ex-Presidenta Dilma Vana Rousseff (9 recursos), seguido pelas coligações da ex-candidata Marina Silva (2 recursos) e do ex-candidato Aécio Neves (1 recurso). Destes, o maior número de provimentos ocorreu em demandas que tratam do tema da propaganda eleitoral antecipada, com um total de 7 casos providos. Como indicado no Gráfico 3, houve apenas 2 casos de parcial provimento, sendo que um deles também tratou do tema da propaganda eleitoral antecipada<sup>7</sup> e, o outro, dos temas de abuso de poder econômico, uso indevido dos meios de comunicação social e propaganda negativa<sup>8</sup>.

**Gráfico 3**



Considerando todos esses fatores e observando a delimitação do objeto da pesquisa, os temas foram distribuídos pelos assuntos mais suscitados no processo, como

<sup>6</sup> Representação n. 172.445, relator Min. Admar Gonzaga, publicada em sessão de 21 de outubro de 2014.

<sup>7</sup> Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 2931, Relator Min. Luís Roberto Barroso, DJE-238, j. em 03 de dezembro de 2018, pp. 97-98.

<sup>8</sup> Recurso Especial Eleitoral n. 93389, relatora Min. Luciana Lóssio, DJE-39, j. em 27 de fevereiro de 2015, p. 74.

constam da ementa dos acórdãos. No entanto, é de se observar que esses temas não são, necessariamente, excludentes entre si, podendo um assunto ser permeado por outro. É o caso, por exemplo, da Representação n. 060.120.834, ajuizada pela Coligação "Partido Novo" em face da Coligação "O Povo Feliz de Novo" (PT/PC do B/PROS), em razão de suposta propaganda eleitoral irregular veiculada através de televisão, o que teria beneficiado o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e "confundido" o eleitor. Da ementa do acórdão extrai-se que o assunto nele tratado foi a "propaganda eleitoral em televisão" e, por essa razão, essa decisão foi inserida no conjunto do tema "propaganda eleitoral em televisão/rádio" e não em "propaganda eleitoral irregular". Isso não exclui o fato de que os temas foram tratados no acórdão. Tais distinções, embora muitas vezes tênues, foram expostas nas ementas dos processos consultados e, por isso, com base nesse critério foram divididos os temas do Gráfico 1. Isso quer dizer que, o núcleo da ação pode tratar de determinado tema, o que não exclui a possibilidade de discussões paralelas ou laterais.

Estes casos se referem ao tema propaganda ofensiva e neles se demanda, em síntese, o direito de resposta. No grupo "outros", foram catalogados 20 autores expostos na tabela. São ações propostas por coligações ou políticos diversos que demandaram, em muitos casos, uma mesma demanda, sendo distribuídos de tal maneira apenas por questão espacial. A identificação dos autores das demandas se mostrou importante para se verificar se os julgamentos favorecem algum ator processual, o que poderia significar uma tendência partidária do Tribunal. Fora isso, essa identificação foi importante para se aferir o nível de controle de empregado pelo TSE sobre a liberdade de expressão varia de acordo com o autor da demanda.

Enfim, essas considerações indicam que o TSE adota compreensões diferenciadas acerca do nível de proteção da liberdade de expressão em período eleitoral de acordo não só com procedimento judicial aplicado e em função do tema analisado na demanda, mas também em função do autor do recurso. O objetivo desta pesquisa será justamente avaliar quais são esses critérios e de que forma o TSE justifica essa forma de diferenciação.

### **Análise dos julgamentos de procedência total e parcial**

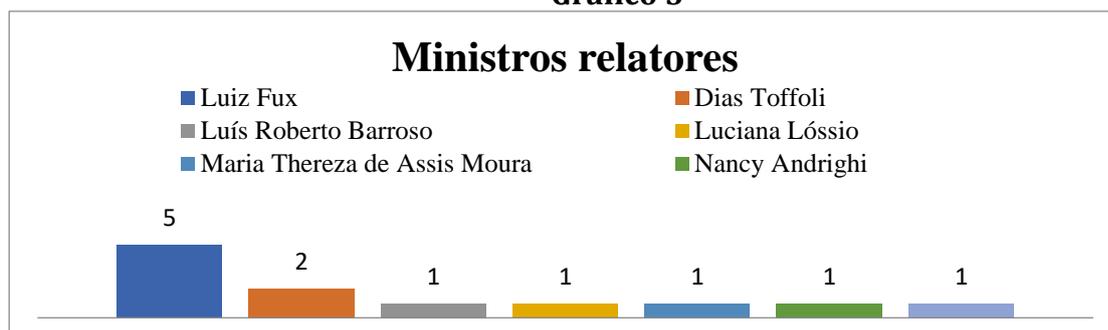
Dos 47 casos analisados, 12 sofreram alterações no TSE, sendo que 10 deles foram providos totalmente e 2 providos parcialmente. Estes casos que serão objetos de análise qualitativa e aprofundada, pois neles os magistrados aprofundaram a análise do tema debatido no processo. Examinando esses processos, foram elaborados o Gráfico 4, no qual se discrimina os temas dos respectivos casos, e o Gráfico 5, em que são indicados os ministros relatores dos processos e a quantidade de casos relatados por eles.

**Gráfico 4**



Extrai-se do Gráfico 4 que, dos 12 casos total ou parcialmente providos no período selecionado, 8 tratavam do tema da propaganda eleitoral antecipada. As fundamentações dessas decisões indicam que o TSE segue alguns parâmetros normativos para caracterizar propaganda eleitoral como antecipada, dentre eles, o pedido explícito de votos e a violação ao princípio de oportunidades entre os candidatos. Já o Gráfico 5 indica a distribuição dos relatores nos respectivos julgamentos.

**Gráfico 5**



Em suma, a Corte entende que ações parlamentares que somente enaltecem as obras, projetos e feitos de um integrante do partido, não são suficientes para ultrapassar os limites admitidos para o exercício da liberdade de expressão e de informação em período eleitoral. Nesses julgamentos há inclusive a indicação de que a exposição de obras públicas é uma forma de prestação de contas do mandatário frente aos eleitores, que devem conhecer suas realizações para avaliar seu trabalho e, se for o caso, reconduzi-lo ao cargo que ocupa na administração pública. A título de exemplo, de acordo com a Ementa do acórdão proferido no Recurso Especial Eleitoral n. 5124- MG, relatado pelo Ministro Luíz Fux, considera-se que:

A ratio essendi subjacente ao art. 36, caput, da Lei das Eleições, que preconiza que a propaganda eleitoral somente será admitida após 15 de agosto do ano das eleições, é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, visando a não desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de

chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral (...) a liberdade de expressão reclama proteção reforçada, não apenas por encerrar direito moral do indivíduo, mas também por consubstanciar valor fundamental e requisito de funcionamento em um Estado Democrático de Direito, motivo por que o direito de expressar-se - e suas exteriorizações (informação e de imprensa) - ostenta uma posição preferencial (preferred position) dentro do arquétipo constitucional das liberdades.

No mesmo sentido dessa citação, em 5 dos 8 acórdãos que envolvem o tema de propaganda antecipada — todos relatados pelo Ministro Luiz Fux — foi reconhecido que a liberdade de expressão é um direito que ocupa uma “posição preferencial”<sup>9</sup>. Mas essa afirmação genérica é fonte de dúvidas, pois não se sabe ao certo o que essa “posição preferencial” significa. Se considerada a legislação eleitoral e o teor dos acórdãos coletados nesta pesquisa, ela não quer dizer que a liberdade de expressão dos candidatos sempre e necessariamente prevalecerá sobre o dever de se garantir condições de igualdade de condições no processo eleitoral. Ao contrário, há inúmeros casos e situações em que se admite a restrição ou o completo afastamento dessa liberdade em favor de outras considerações. Dentre os exemplos a esse respeito, podem ser citadas as proibições de showmícios<sup>10</sup>, da utilização de “meios publicitários destinados a criar artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais”<sup>11</sup>, enfim, a proibição da propaganda política puramente negativa – aquela propaganda que simplesmente ataca o adversário e, por isso, é considerada não propositiva pela jurisprudência e pela literatura<sup>12</sup>. Esta última hipótese é altamente problemática, pois não há uma distinção clara entre os conceitos de “propaganda negativa” e “propaganda positiva”. Afinal, quando um candidato afirma que priorizará a educação e não a economia ou a construção civil, como ocorreu no governo anterior, está automaticamente criticando, de forma negativa e indireta, a gestão anterior. Sem isso, a proibição da propaganda negativa não é só arbitrária, mas também ineficaz, pois muitas críticas podem ser realizadas sem se atacar

<sup>9</sup> Ver Recurso Especial Eleitoral n. 5124, relator Min. Luiz Fux, publicada em sessão de 18 de outubro de 2016; Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 448351, relator Min. Luiz Fux, DJE de 17/ de junho de 2016, p. 48-49; Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 14248, relator Min. Luiz Fux, DJE - Diário de justiça eletrônico de 25 de abril de 2016, p. 33-34; Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 22217, relator Min. Luiz Fux, DJE - Diário de justiça eletrônico-158, de 20 de agosto de 2015, p. 30/31 e Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 52191, relator Min. Luiz Fux, DJE - Diário de justiça eletrônico-147, de 04 de agosto de 2015, p. 227/228.

<sup>10</sup> Dispõe a esse respeito o artigo 39, §7º, da Lei 9.504, ser “proibida a realização de showmício e de evento assemelhado para promoção de candidatos, bem como a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral”. Tal dispositivo é hoje questionado quanto à sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em ação relatada pelo Min. Luiz Fux (ADI 5970), juntamente em razão da intervenção no âmbito constitucional de proteção da liberdade de expressão.

<sup>11</sup> Conferir, a esse respeito o art. 242, do Código Eleitoral Brasileiro, que já serviu de fundamento para os mais diversos pedidos de suspensão de propaganda eleitoral, desde aquelas que relembram a morte de ex-candidatos à presidência, até aquelas que sugerem que medidas de liberalização da economia (privatização do Banco central) podem retirar o poder aquisitivo da população de mais baixa renda.

<sup>12</sup> Essa orientação foi firmada pelo TSE no julgamento da Representação n. 1724/2014, em que se assentou que “o horário eleitoral não é ambiente próprio para ataques e ofensas, com críticas destrutivas ao adversário, com nítido desvirtuamento do espaço reservado à propaganda eleitoral”. A esse respeito, na literatura eleitoral, ver: Gomes, 2018, p. 502-503.

diretamente o outro candidato, sobretudo quando este representa o governo (Borba, 2015). Além disso, a crítica ao governo e às políticas públicas realizadas durante o mandato são um fator importante no debate público de ideias. Por meio da crítica, muitas vezes áspera, se possibilita a avaliação das virtudes e defeitos da gestão realizada durante o mandato político. Sem essa possibilidade, o gestor público ficará na prática imunizado a críticas contra os atos praticados em seu mandato (Meyer, 1996, p. 442).

Um exemplo contundente dessa orientação pode ser encontrado na Representação n. 172.445, ajuizada pela coligação “Muda Brasil” (encabeçada pelo PSDB e em favor do seu candidato à presidência da República, Aécio Neves), no ano de 2014, em face da coligação “Com a Força do Povo” (comandada pelo PT e em defesa de sua candidata, Dilma Vana Rousseff) em razão da veiculação de peça publicitária eleitoral com o alegado intuito de ridicularizar o candidato Aécio Neves da Cunha.<sup>13</sup> Na ementa deste acórdão se afirmou que “o horário eleitoral não é ambiente próprio para ataques e ofensas, com críticas destrutivas ao adversário, com nítido desvirtuamento do espaço reservado à propaganda eleitoral. Eventuais críticas e debates, ainda que duros e ásperos, devem estar relacionados com as propostas, os programas de governo e as questões de políticas públicas”. Há contradição na passagem, pois críticas e debates duros e ásperos são também críticas destrutivas. Mais do que isso, nela são utilizados conceitos imprecisos para silenciar o debate político realizado em período eleitoral, pois não há indicação do significado de noção de “crítica destrutiva” e justamente por isso não se sabe o que significa o “desvirtuamento” do espaço da propaganda eleitoral.

Sem a definição do que esses termos significam, a proibição da propaganda eleitoral negativa soa não só como um ato arbitrário de cerceamento do exercício da liberdade de expressão, mas também como uma porta aberta para o TSE criar instrumentos de controle do conteúdo da expressão admitida no processo eleitoral por via jurisprudencial e com isso definir, sem fundamentos ou parâmetros claros, o que o eleitor deve ou não ouvir durante a campanha eleitoral (Silva; Helpa, 2017, p. 53).

Outro exemplo de tal controle de conteúdo da expressão é encontrado no acórdão proferido no Recurso Especial Eleitoral n. 93.389, ajuizado pela “Coligação Unidos por Lavras”, em razão de suposto desgaste, através de publicações periódicas na imprensa local, da imagem da Prefeita e do candidato Silas Pereira, assim como do enaltecimento do candidato à prefeito, Marcos Cherem. Por unanimidade, o Tribunal entendeu que houve abuso dos meios de comunicação social (mas não abuso econômico) e, por isso, proveu parcialmente o recurso para cassar o mandato eletivo. Em sua fundamentação, a Ministra relatora afirma que, embora haja a possibilidade de a imprensa escrita adotar posição favorável a certa candidatura, não é possível “tolerar os excessos que descabem para a propaganda negativa do adversário”. Mas a relatora não diz porque a manifestação

---

<sup>13</sup> De acordo com os demandantes a peça publicitária violaria o disposto no artigo 53 da Lei das Eleições, segundo o qual “Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos. § 1º É vedada a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sujeitando-se o partido ou coligação infratores à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte. § 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a requerimento de partido, coligação ou candidato, a Justiça Eleitoral impedirá a reapresentação de propaganda ofensiva à honra de candidato, à moral e aos bons costumes”.

de um meio de comunicação a favor de um candidato é protegida e os discursos desfavoráveis, que “descabem para a propaganda negativa do adversário” não são. A única passagem do acórdão que toca esse ponto diz que “[a] liberdade de imprensa, embora reconhecida como um dos pilares da democracia, não pode contra esta se voltar, por não ser direito absoluto”, o que não explica nada, primeiro porque nenhum direito é absoluto, o que não autoriza o controle de conteúdo da expressão, segundo porque a imprensa define as suas próprias pautas e direcionamentos, sem que com isso ela se volte contra si mesma.

A “proteção reforçada” a que se refere o Ministro Luiz Fux existe, portanto, na medida em que o TSE admite e aplica esse “reforço”, o que não só gera uma situação de instabilidade da proteção da liberdade de expressão, mas também gera um efeito resfriador (*Chilling effect*) do debate político, pois o candidato que não tem segurança para exercer o seu direito à livre manifestação de pensamento tende a simplesmente permanecer calado. Essa é uma situação paradoxal, pois se a liberdade de expressão é um pressuposto essencial da democracia, esse direito deveria ser exercido em sua plenitude justamente no período eleitoral, pois essa é uma ocasião em que o cidadão tem direito de receber toda e qualquer informação, positiva ou negativa, acerca de fatos e circunstâncias envolvendo os candidatos e partidos políticos que disputam o pleito. Na prática, é justamente o contrário que ocorre. Para ajustar os rumos dessa orientação, é preciso voltar aos fundamentos da proteção constitucional da liberdade de expressão, ponto que é abordado e aprofundado no item seguinte.

### **Proteção constitucional da liberdade de expressão**

Em termos dogmáticos, a liberdade de expressão é tratada em diversas passagens da Constituição brasileira. O inciso IV, do artigo 5º trata de sua forma mais elementar: o direito de manifestar ideias ou pensamentos. O texto constitucional não se conecta necessariamente à expressão de palavras, como ocorre no texto da primeira emenda à Constituição norte-americana, do que se infere que a proteção constitucional incide sobre quaisquer atos ou ações que façam com que o pensamento seja real ou potencialmente transmitido ao público. Expressões corporais, sinais ou símbolos também atraem a proteção constitucional, portanto. Ao mesmo tempo, o substantivo definido “pensamento” não se refere aqui ao simples ato de pensar, mas sim ao pensamento (ideias) que são compartilhadas com o público por meio da manifestação. O pensar que se protege com a liberdade de expressão é um pensamento compartilhado, socializado e construído, por meio do diálogo intersubjetivo. Sem deixar de ser um direito de defesa, que impede a intromissão não justificada em seu conteúdo protegido, a liberdade de expressão se apresenta, assim, como um direito intrinsecamente social, pois o que se protege é o pensamento que foi de alguma forma transmitido a outrem, não a reflexão individual (Grimm, 2010, p. 11). Um problema grave é gerado pela cláusula restritiva “sendo vedado o anonimato”, expressão que se encontra presente em praticamente todas as Constituições brasileiras, desde a proclamação da república. O conteúdo normativo subjacente a essa expressão é altamente controverso, pois sua aplicação pressuporia a

identificação prévia de todo e qualquer falante, o que além de impossível do ponto de vista prático, transformaria o Brasil em um Estado plenamente vigiado, em que o ato de se expressar é acompanhado pela vigilância constante exercida pelo poder público. Algo similar ao que ocorre nas mitologias distópicas pensadas por George Orwell (Martins; Laurentiis; Grizotto, 2021).

Em termos teóricos, não são menos desafiadoras as previsões do direito de resposta e o dever de indenização proporcional ao agravo, ambos previstos no V, do mesmo artigo 5º. Primeiro porque, considerado de maneira ampla, o direito de resposta é uma obviedade: assim como todos têm o direito de manifestar seu pensamento, quem se sente afetado por essa expressão de ideias tem o direito de responder com suas próprias ideias. Isso quer dizer que toda ideia e expressão encontra limites em um pensamento contrário, o que cria um “mercado de ideias”, termo que tem pouco a ver com o ganho econômico dos agentes que trabalham com a disseminação do pensamento (jornais e revistas) e muita relação com a busca incessante da construção de uma visão comum, que expresse os valores e de uma dada comunidade (Post, 2000, p. 2363).

O que quer dizer então o direito de resposta na acepção constitucional? Aqui o termo “proporcional ao agravo” é a chave para a compreensão dessa noção, pois o direito de resposta, nesse sentido, não é só o direito de se insurgir contra a manifestação do pensamento que “agrava”, ou seja, atinge outros direitos ou interesses; é também o direito de se manifestar pelos meios e formas equivalentes às que disseminaram as ideias que atingem terceiros. A equivalência aqui, diz o texto, não é idêntica nem poderia ser, o que se exige é uma equivalência proporcional ou similar, pois ninguém pode garantir que um jornal comercializado ou transmitido em certo dia terá o mesmo alcance em uma data posterior. Dado a indeterminação desses conceitos, é necessário que a lei determine o grau de igualdade do direito de resposta a ser concedido ao ofendido, o que a Lei eleitoral faz com razoável precisão, exigindo que a resposta veiculada em meio físico ocorra em “veículo, espaço, local, página, tamanho, caracteres e outros elementos de realce usados na ofensa”, ou então que se empregue “o mesmo impulsionamento de conteúdo eventualmente contratado”, para o caso de respostas veiculadas na internet (art. 58, §3º, I, e IV, da Lei 9.504). Fato é que, sem esses parâmetros, o direito de resposta passa a ser muito difícil, senão impossível, de ser exercido, pois neste caso a sua aplicação exigiria a criação de parâmetros diretamente pela via judicial.

Quanto aos pressupostos de incidência do direito de resposta, a legislação eleitoral fala das hipóteses em que conceitos, imagens ou afirmações são classificados como caluniosos, difamatórios, injuriosos ou, enfim, “sabidamente inverídicos”. Os primeiros conceitos são construções do direito penal. O último necessita de explicação, pois a avaliação do que é sabidamente inverídico depende do critério de verdade adotado. Nesse ponto, o TSE segue uma orientação não interventiva e minimalista, de acordo com a qual o sabidamente inverídico é o fato que “não demanda investigação, ou seja, deve ser perceptível de plano, a olhos desarmados”.<sup>14</sup> Disso se extrai que o direito de resposta deve

---

<sup>14</sup> Ação Cautelar na Representação n. 121.177, relator Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, j. 23 de novembro de 2014.

ser concedido em situações excepcionais, quando a verdade falseada pela propaganda eleitoral for evidente. Mesmo assim, permanecem dúvidas, pois a evidência da verdade é tão variável e contextual quanto a própria verificação da verdade. No próprio julgamento de onde se retirou essa afirmação há uma prova desse fato, pois nele o voto dissidente (Ministro Gilmar Mendes) considera que a afirmação veiculada na peça publicitária, em que se afirmava que o reconhecimento de autonomia do Banco central representaria a entrega do controle dessa instituição a banqueiros, era evidentemente inverídica. Isso quer dizer que a fórmula utilizada pelo TSE pode conter intervenções excessivas no exercício da liberdade de expressão, mas ela não afasta todas as possíveis arbitrariedades. Aqui é preciso lembrar que a liberdade de expressão não é um direito fundamentado em verdades, mas sim no confronto de ideias. É com base nesse confronto de pensamentos que uma verdade relativa e variável pode de alguma forma ser construída em conjunto e em sociedade, com base em hipóteses, teses e críticas (Laurentiis; Thomazini, 2020). Onde e quando é garantida a liberdade de expressão há verdade mutável, que expressa o pluralismo das diversas visões do mundo da sociedade<sup>15</sup>. Como consequência, essa orientação gera o engessamento do debate eleitoral e a alienação do eleitor.<sup>16</sup>

Finalmente, os incisos IX e XIV tratam de aspectos similares da liberdade de expressão. No primeiro são indicadas atividades profissionais que se utilizam da expressão para serem realizadas. O artista, o jornalista e o cientista se utilizam dela, liberdade de expressão, afinal, para divulgar o produto de seu trabalho. Mas aqui é preciso ter cuidado, pois isso não quer dizer que essas atividades possam ser reduzidas ao simples ato de “manifestar o pensamento”, este protegido pelo inciso IV. Na verdade, todas as atividades indicadas no inciso IX envolvem muitas outras ações que não podem ser reduzidas ao ato de manifestar ideias. Isso é especialmente claro no caso da liberdade artística, que compreende a compra de tintas, telas, instrumentos de modelagem, materiais para construir instalações artísticas, entre outros.

Mais do que isso, o artista pode muito bem elaborar uma peça, escrever um livro ou um poema e se decidir por não propagar essa mensagem, pelos mais diversos fatos ou argumentos, dentre eles por pensar que o público não está preparado para ter acesso a esse tipo de obra artística. Em todos esses casos não há a manifestação de pensamento algum, mas nem por isso que o conteúdo da atividade artística não estará protegido pelo parâmetro constitucional. Situações similares ocorrem com os cientistas e jornalistas, que

---

<sup>15</sup> A esse respeito, na literatura constitucional norte-americana, defendendo arduamente essa visão que ficou conhecida como a corrente Madisoniana da liberdade de expressão: Maiklejohn, 1961, p. 245.

<sup>16</sup> No mesmo sentido, Felipe Borgea afirma que “O problema central do modelo brasileiro de propaganda reside no excesso de regulamentação imposto pela legislação eleitoral brasileira no que se refere ao seu conteúdo. Desde 1989, ano da primeira eleição presidencial, a lei eleitoral veda a veiculação de mensagens que possam degradar ou ridicularizar partido, candidato ou coligação. O desrespeito a essa norma jurídica acarreta duas consequências para o candidato infrator: a ordem de retirada da peça publicitária do ar e/ou a concessão do direito de resposta ao candidato que se sentir ofendido. O direito de resposta é o artifício que garante ao candidato atacado o direito de usar parte do tempo destinado à propaganda do adversário em sua defesa. O tempo deve ser equivalente ao usado para a ofensa e não pode ser inferior a um minuto. Embora a concessão do direito de resposta seja pouco usual, a presença desse artifício é importante na elaboração das táticas eleitorais devido, sobretudo, à sua influência psicológica: a ameaça de ser punido pela Justiça e perder tempo de televisão para o adversário desperta cautela na hora de atacar” (Borgea, 2015, p. 274).

também necessitam de aparelhos para elaborar a sua pesquisa e de instrumentos de divulgação para alcançar o público, sendo que ambos podem se decidir por não divulgar os resultados de seu trabalho, seja porque o experimento não está comprovado, seja porque a matéria a ser veiculada não está fechada. Fato é que todas essas atividades são protegidas pela Constituição, o que indica uma diferença nos âmbitos de proteção dos incisos IV e IX. Quanto a isso, a orientação vem do Supremo Tribunal Federal e ela foi bastante radical. Para esse Tribunal toda forma de censura da liberdade de expressão é automática e necessariamente inválida, do que se infere a completa impossibilidade de controle de conteúdo em qualquer hipótese.<sup>17</sup> Essa orientação é radical pois até mesmo os Estados Unidos da América, país conhecido pelo alto grau de proteção da liberdade de expressão, admite o controle prévio em algumas hipóteses de expressão, sobretudo quando esse controle é neutro quanto ao conteúdo da manifestação de ideias (Stone, 2009, p. 283).

Essa orientação do STF está em rota de colisão com o que se afirma no TSE a respeito do dever de se realizar campanhas propositivas e livres de ataques pessoais. A piada e a trucagem via de regra têm um tom pejorativo e praticamente nenhum conteúdo propositivo. Como conciliar essa decisão com a orientação do TSE de acordo com a qual “as campanhas devem ser programáticas e propositivas, visando ao esclarecimento do eleitor quanto a temas de interesse público”?<sup>18</sup>

Além dessa contradição, há dois problemas de fundo na orientação do TSE. Primeiro, ela pressupõe que o eleitor seja um sujeito indefeso, quase um incapaz. Aos olhos desse Tribunal ele é alguém sem o mínimo senso crítico suficiente para distinguir entre propostas concretas de campanha e um ataque gratuito; um não-sujeito de direitos, que necessita de constante tutela estatal, pois seu pensamento poderia ser manipulado pela propaganda eleitoral, como se outros elementos contextuais (a comunidade, a educação e as notícias diárias) não fossem importantes para a determinação do voto.<sup>19</sup> Além de paternalista, essa forma de pensar inverte uma noção básica da democracia: o eleitor é livre e deve decidir, de forma soberana, a respeito dos representantes que o representarão. Inverter esse pressuposto, partido da presunção de incapacidade crítica do eleitor, torna a própria eleição um ato insólito e até desnecessário.

Segundo ponto: o TSE parece pressupor que o debate eleitoral deve ser pautado por debates puramente racionais e neutros. A eleição seria, nesse sentido, um ambiente asséptico e refratário a manifestações de sentimentos pessoais (Osório, 2017, p. 254). Além de elitista, tendo em vista que exclui do debate político aqueles que expressam de maneira crua e direta a sua opção política, essa orientação dificilmente se alinha com o sentido da proteção constitucional da liberdade de expressão, que não distingue entre discursos e ideias bem ou mal formulados, sobretudo quando o debate tem fundo e função política. Nesse caso, excluir formas mais passionais e não elaboradas de expressão

---

<sup>17</sup> ADI 4451, relator Min. Alexandre de Moraes, Pleno, julgado em 21 de junho de 2018, DJe-044, divulgação em 1 de março de 2019.

<sup>18</sup> Representação eleitoral n. 1658-65, rel. Min. Admar Gonzaga, julgada em 14 de outubro de 2014.

<sup>19</sup> Indicando, no sentido contrário, que elementos contextuais são mais importantes do que a propaganda para a determinação do sentido do voto: Lazarfeld, 1944, p. 317.

significa não só eliminar a dissidência, mas também excluir do debate os candidatos que representam as camadas mais desfavorecidas da sociedade, que muitas vezes têm de expressar suas angústias de forma passional e intensa, justamente porque essas pessoas são submetidas a constantes injustiças. No mais, não se sabe porque a expressão passional teria menor valor do que a expressão pretensamente neutra e racional, pois se a liberdade de expressão tem posição preferencial isso indica que para se combater a expressão e a ideia passional ou agressiva é necessário mais, não menos, expressão, seja para esclarecer o ponto de vista apresentado por quem se manifesta de forma intensa, seja para apresentar outro ponto de vista de forma racional ou enfática.

Ao caminhar no sentido inverso, a jurisprudência eleitoral tende não só a afastar a proteção constitucional de um direito que serve de instrumento para a construção do sistema democrático justamente em um período crítico para a construção da democracia, mas também tende a reforçar a crescente desconfiança popular frente ao sistema político e eleitoral, que frequentemente é visto como um mecanismo de criação de privilégios e concentração de riquezas. Fechando-se ao contraditório e excluindo as camadas mais desfavorecidas e marginalizadas do sistema, a jurisprudência eleitoral termina por alimentar esse sentimento, criando o germe do radicalismo que um dia poderá ser a origem de sua própria destruição<sup>20</sup>.

## Conclusões

A liberdade de expressão é essencial para a construção de novas ideias. Sem ela não há inovação do pensamento, alteração de ideologias, mudança de rumos no governo. No direito eleitoral, a liberdade de expressão é instrumento de resistência. Com ela e por meio dela a minoria pode enfrentar o poder do governante e a influência da grande mídia. Exercida em ambiente eleitoral, a liberdade de expressão não é só uma garantia da democracia; é também a válvula de escape para o cidadão expor as frustrações diárias e exigir, muitas vezes de forma direta e crua, que os governantes reconheçam suas dificuldades. Por isso mesmo, as limitações ao exercício desse direito impostas pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral devem ser analisadas com cautela e distanciamento crítico. Este estudo demonstrou, com base em coleta de dados metodologicamente orientada, que tais restrições estão baseadas em fundamentos genéricos, avaliações subjetivas e conceitos indefinidos. Isso gera uma instabilidade no processo democrático e um paradoxo no sistema eleitoral: o Tribunal que deveria garantir a lisura do processo eleitoral (TSE) é justamente aquele que cria um descompasso entre a proteção constitucional da liberdade de expressão e o exercício desse direito em período eleitoral.

---

<sup>20</sup> Com considerações similares, acerca do fechamento do sistema democrático ao acesso das demandas formuladas pelas camadas mais desfavorecidas da sociedade: Mouffe, 2015. Corroborando com tal percepção, o jornal Folha de São Paulo listou 41 casos de “agressão à liberdade de expressão” perpetrados no período de setembro de 2017 a setembro de 2018, muitos deles determinados por órgãos integrantes da Justiça Eleitoral, que vão desde o recolhimento de material didático que trata do período da ditadura militar até o fechamento de exposições de arte em que eram expostas obras de Cândido Portinari. Fonte: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/em-1-ano-pais-teve-ao-menos-41-casos-de-agressao-a-livre-expressao-de-ideias.shtml>, acesso em 3 de agosto de 2020.

Mais do que isso, os acórdãos coletados indicam que tais medidas restritivas da liberdade de expressão estão baseadas em pressupostos de fundo paternalista, que negam um pressuposto elementar da própria democracia: a liberdade de escolha do eleitor. Nos julgamentos selecionados, ele (eleitor) não é tratado como o protagonista do procedimento eleitoral e da democracia – ao contrário, ele é apresentado como um não-sujeito. Alguém sem o menor senso crítico ou discernimento. Um incapaz, que não consegue discernir se e quando uma propaganda eleitoral ultrapassa os limites de um debate construtivo e muito menos pode avaliar o valor de um ataque eleitoral negativo. Essa pesquisa indicou que a mais alta Corte eleitoral brasileira trata o eleitor e o cidadão como um menor, que não está totalmente preparado para participar da democracia. Essa não é só uma concepção paradoxal, mas também perigosa. Ela pode gerar justamente o contrário do que pretende: a eliminação, não a defesa, da democracia. O controle hermético e confuso das manifestações de pensamento em período eleitoral é um fator que potencializa distanciamento do cidadão em relação ao jogo político, o que gera maior insegurança e incertezas não só a respeito do processo eleitoral, mas também acerca do próprio valor da democracia. Potencializada e radicalizada em meios virtuais, esse conjunto de insatisfações pode, enfim, ser o germe de atos extremistas, que dão vazão ao descontentamento contra o sistema democrático como um todo. Esse é o grande perigo que ronda a democracia atual, perigo que o TSE, por meio de sua confusa concepção a respeito da liberdade de expressão, ajuda a potencializar. Ainda é tempo de se alterar essa orientação, mas daqui há alguns anos, pode ser tarde demais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELLES, Diego. W.; RIBEIRO, Leandro. Ministocracia: O Supremo Tribunal Federal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos*. Cebrap, São Paulo, p. 13-32, 2018.

BORBA, Felipe. Propaganda negativa nas eleições presidenciais brasileiras, *Opinião pública*, v. 21, n. 2, p. 268-295, 2015.

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

GOMES, Jairo J. *Direito Eleitoral*, São Paulo: Editora Atlas, 2018.

GRIMM, Dieter. Freedom of speech in a globalized World, in HARE, Ivan; WEINSTEIN, James, *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, 2010.

LAURENTIIS, Lucas. C.; Thomazini, Fernanda. A. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 4, p. 2260-2301, 2020.

LAZARSELD, Paul. F. The election is over. *The Public Opinion Quarterly*, Oxford, v. 8, n. 3, p. 317-330, 1944.

MAIKLEJOHN, Alexander. The first amendment is an absolute, *Supreme Court Review*, v. 1, p. 245-266, 1961.

MARTINS, Leonardo; LAURENTIIS, Lucas Catib; GRIZOTTO, Felipe. Liberdade de manifestação do pensamento e anonimato: funções e limites dogmáticos na Constituição Federal, *Suprema: Revista de estudos constitucionais*, v. 1, n. 2, p. 75-111, 2021.

MEYER, Willian. In Defense of Negative Campaigning, *Political Science Quarterly*, v. 111, n. 3, p. 437-455, 1996.

MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*, São Paulo: Martins Fontes, 2015.

NAPOLITANO, Carlo. J. Supremo Tribunal Federal e as Propagandas Eleitorais, *Revista de estudos empíricos em direito*, v. 6, n. 1, p. 7-20, 2019.

OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*, Belo Horizonte: Fórum, 2017.

POST, Robert. Reconciling Theory and Doctrine in First amendment jurisprudence, *California Law Review*, v. 88, p. 2353-2374, 2020

SILVA, Guilherme. A.; HELPA, Caroline. O direito de atacar o adversário e o controle da mentira na propaganda eleitoral negativa, *Revista brasileira de direito eleitoral*, n. 17, p. 49-61, 2017.

STONE, Geoffrei. R. Free speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century. *Pepperdine Law Review*, v. 36, p. 273-300, 2008.

Data de Recebimento: 21.03.2022.

Data de Aprovação: 12.08.2022.