

© *Direito e Linguagem* nº 1, vol. 2. Extraordinário (2024), pp. 31-70
·ISSN – 3020-898X ·DOI – 10.5281/zenodo.13714584

A liberdade de expressão e o relativismo da verdade na retórica eleitoral brasileira

Freedom of speech and the truth's relativism in Brazilian electoral rhetoric

Sarah Gonçalves Ribeiro¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Sumário: 1.Introdução; 2. A hermenêutica da liberdade de expressão e o relativismo da verdade na retórica eleitoral; 3. A pesquisa e a propaganda eleitoral: as contradições entre direitos incidentes; 4. A discricionariedade como um limite para a ação de captar votos pelo candidato em período de propaganda eleitoral; 5. O conflito entre a liberdade de expressão e de informação do eleitor em face da discricionariedade do candidato: (im)possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade; 6. Considerações finais; 7. Referências.

Resumo: O artigo traz abordagem aprofundada e crítica sobre a relação entre liberdade de expressão, discricionariedade dos agentes públicos e a importância da transparência e ética na comunicação política no contexto democrático brasileiro. Destaca-se a necessidade de garantir a liberdade de expressão como direito fundamental, mas ao mesmo tempo respeitar os limites e responsabilidades dos agentes públicos, especialmente durante o período eleitoral. A discricionariedade, ao invés de ser vista como uma restrição à liberdade, é interpretada como um princípio que visa garantir a atuação transparente e responsável dos agentes políticos, evitando abusos de poder e desvios de finalidade. A análise sobre a importância da transparência na administração pública, a diferenciação entre direitos ativos e passivos dos cidadãos e a necessidade de prestação de contas por parte dos agentes públicos reforçam a necessidade de um ambiente político e eleitoral ético e comprometido com a democracia. A crítica à distorção de informações nas redes sociais e a manipulação de fatos em benefício de interesses particulares reforça a importância do respeito às normas e à responsabilidade dos agentes políticos em relação à informação que é divulgada para a população. A discussão sobre

¹Doutoranda e bolsista Stricto-Pro em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Direito pelo IDP. Assessora Jurídica.

a necessidade de um controle mais efetivo das redes sociais e do uso responsável da comunicação online por parte dos agentes públicos destaca um desafio significativo para a democracia brasileira na era digital. O texto ressalta a importância de garantir um equilíbrio entre liberdade de expressão, responsabilidade pública e transparência, visando fortalecer os princípios democráticos e promover um debate público saudável e informado.

Palavras-Chave: liberdade de expressão; discricionariedade; agente público/político; eleições; Justiça Eleitoral.

Abstract: The article provides an in-depth and critical approach to the relationship between freedom of expression, the discretion of public agents, and the importance of transparency and ethics in political communication in the Brazilian democratic context. The need to guarantee freedom of expression as a fundamental right stands out, but it also respects the limits and responsibilities of public agents, especially during the electoral period. Discretionary, instead of being seen as a restriction on freedom, is interpreted as a principle that aims to guarantee the transparent and responsible action of political agents, avoiding abuses of power and deviations of purpose. The analysis of the importance of transparency in public administration, the differentiation between active and passive rights of citizens, and the need for accountability on the part of public agents reinforce the need for an ethical political and electoral environment committed to democracy. Criticism of the distortion of information on social networks and the manipulation of facts to benefit private interests reinforces the importance of respecting norms and the responsibility of political agents for disseminating to the population. The discussion about the need for more effective control of social networks and the responsible use of online communication by public agents highlights a significant challenge for Brazilian democracy in the digital era. The text highlights the importance of ensuring a balance between freedom of expression, public responsibility, and transparency, aiming to strengthen democratic principles and promote a healthy and informed public debate.

Keywords: Freedom of speech; discretionary; political agents; electoral period; Electoral Justice.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade foi um dos princípios tratados pela retórica de Aristóteles e pôde ser notado, posteriormente, na liberdade de expressão, que utilizou a *expressão* como uma *ferramenta* de linguagem. Todos, de igual forma, tiveram os seus conceitos modificados ao longo da história, mudanças essas que serão ilustradas no decorrer desta dissertação. Porém, o que merece ser inserido a título de introdução é o marco histórico da liberdade de expressão, que foi a

Revolução Francesa. Esta Revolução registrou-a como sendo a representação do interesse das pessoas sobre um determinado Estado. O Estado Democrático, que passou a ser interpretado pelo poder *soberano do povo*, ou seja, o poder representado a partir da “*livre manifestação de diferentes vozes*” como uma premissa fundamental².

Alexis de Tocqueville afirma que “em política, como em filosofia e em religião, a inteligência dos povos democráticos recebe com muito prazer as ideias simples e gerais”³.

“Depois da ideia de um poder único e central, a que se apresenta mais espontaneamente ao espírito dos homens nos séculos de igualdade é a ideia de uma legislação uniforme. Como todos enxergam diferenças entre si e seus vizinhos, mal compreendem por que a regra que é aplicável a uma pessoa não seria as demais. Os menores privilégios, portanto, são repugnantes à sua razão. As mais ligeiras dessemelhanças nas instituições políticas de um povo o ofendem, e a uniformidade legislativa lhe parece ser a primeira condição de um bom governo. Por outro lado, *eu considero que essa noção de uma regra uniforme, imposta igualmente a todos os membros do corpo social, é como que estranha ao espírito humano nos séculos aristocráticos*. Ele não a aceita nem a rejeita”^{4 5}.

Tocqueville, em sua crítica, afirma que “essas inclinações opostas da inteligência acabam – de uma parte ou de outra – por se tornar instintos tão cegos e hábitos tão invencíveis que eles continuam a dirigir as ações a despeito dos fatos particulares”⁶.

²Essa garantia fundamental se consagrou como uma conquista da sociedade mundial, conhece-se como marco histórico a Revolução Francesa, que previu, expressamente, no artigo 11, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão², em 1789, que “*a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei*”. Assim, na Assembleia Nacional francesa, dentre os direitos aclamados, encontravam-se a liberdade de expressão livre de opressão do Estado. In: République Française. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>, acesso em: 24 dez. 2021.

³TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*. Campinas: Vide, 2019, p. 793.

⁴TOCQUEVILLE, Alexis de. *Ob. Cit.*, p. 793.

⁵Para Leandro Karnal: “Tudo já foi apresentado um dia como ético. Até aquilo que não é. Ou seja, a nossa ética hoje dialoga com a Ética a Nicômaco, de Aristóteles. Ela dialoga com a ética à maneira dos geômetras de Espinosa, com a ética kantiana. Mas ela é fruto de uma determinada concepção. E a estrutura que estamos discutindo aqui, que é uma crítica à relação ética-verdade-democracia-política, foi analisada de forma muito mais brilhante do que podemos fazer por Tocqueville, no século XIX: a democracia é estruturalmente problemática”. In: PONDÉ, Luiz Felipe; KARNAL, Leandro; DIMENSTEIN, Gilberto; CORTELLA, Mario Sérgio. *Ob. Cit.*, p. 29.

⁶TOCQUEVILLE, Alexis de. *Ob. Cit.*, pp. 793-794.

“Malgrado a imensa variedade da Idade Média, encontravam-se por vezes indivíduos perfeitamente semelhantes: mas isso não impedia que o legislador atribuisse a cada um deles deveres diversos e direitos diferentes. Em nossos dias, ao contrário, os governos exaurem seus esforços em tentar impor os mesmos costumes e as mesmas leis a populações que ainda não se parecem. À medida que as condições de um povo se tornam mais iguais, os indivíduos parecem menores e a sociedade, maior, ou antes, tornados semelhantes aos demais, os cidadãos se perdem na multidão, e só se percebe a vasta e magnífica imagem do próprio povo. Eles admitem facilmente que o seu próprio interesse é tudo, e o do outro, nada. Eles concordam de bom grado que o poder representado pela sociedade tem muito mais luz e sabedoria do que qualquer pessoa em particular que componha, e que é seu dever, assim como seu direito, tomar cada cidadão pela mão e conduzi-lo”⁷.

Assim, sendo a liberdade de expressão uma garantia fundamental para o cidadão comum, indaga-se: é possível afirmar que essa garantia esteja sendo relativizada quando equiparada à de um postulante a cargo eletivo em período de propaganda eleitoral? Assim, o candidato deve atuar conforme os limites da sua discricionariedade, e caso não faça, é possível que esteja agindo em detrimento da liberdade de informação do eleitor e colocando em risco a legitimidade das eleições na democracia brasileira?

Apesar de a Constituição de 1988 recepcionar o princípio democrático e reconhecer a soberania do povo como seu princípio cânone^{8 9}, os ataques à

⁷TOCQUEVILLE, Alexis de. *Ob. Cit.*, p. 794.

⁸O preâmbulo da Constituição de 1988, prevê conceitos democráticos para o Estado brasileiro, como cânone fundamental, ou seja, como o centro da sua sustentação: “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. *In*: BRASIL. *Constituição*. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 13 mar. 2022.

⁹“Foram os gregos – provavelmente os atenienses – que cunharam o termo *demokratia*: *demos*, o povo, e *kratia*, governar. Por falar nisso, é interessante saber que, em Atenas, embora a palavra *demos* em geral se referisse a todo o povo ateniense, às vezes, significava apenas a gente comum ou apenas o pobre. Às vezes, *demokratia* era utilizada por seus críticos aristocráticos como uma espécie de epíteto, para mostrar seu desprezo pelas pessoas comuns que haviam usurpado o controle que os aristocratas tinham sobre o governo. Em qualquer dos casos, *demokratia* era aplicada pelos atenienses e por outros gregos ao governo de Atenas e ao de muitas outras cidades gregas. Entre as democracias gregas, a de Atenas era de longe a mais importante, a mais conhecida na época e, ainda hoje, de incomparável influência na filosofia política, muitas vezes considerada um exemplo primordial de participação dos cidadãos ou, como diriam alguns, era uma *democracia participante*. [...] Assim, as instituições da Grécia, por mais

democracia por meio da comunicação são frequentes e de difícil controle, como será destacado. Para Robert A. Dahl democracia significa “criar um *conjunto de regras e princípios*, uma Constituição, que determinará como serão tomadas as decisões da associação”^{10 11}. Afirma ainda que “a associação deverá estar de acordo com um princípio elementar: todos os membros deverão ser tratados (sob a Constituição) como se estivessem igualmente qualificados para participar do processo de tomar decisões sobre *as políticas que a associação seguirá*”¹². Antes de entrar nos critérios sobre um processo democrático, Dahl afirmou que “no governo desta associação todos os membros serão considerados *politicamente iguais*”¹³.

“Critérios de um processo democrático [...]: a) *Participação efetiva*. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser essa política; b) *Igualdade de voto*. Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais; c) *Entendimento esclarecido*. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências; d) *Controle do programa de planejamento*. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança, se assim estes escolherem; e) *Inclusão dos adultos*. Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadão implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, esse critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justificá-lo exigiria que examinássemos porque devemos tratar os outros como nossos iguais políticos”¹⁴.

inovadoras que tenham sido em sua época, foram ignoradas ou mesmo claramente rejeitadas durante o desenvolvimento da moderna democracia representativa. [...] Os romanos preferiram chamar seu sistema de republicano; *res*, que em latim significa coisa ou negócios, e *publicus* – ou seja, a república poderia ser interpretada como ‘a coisa pública’ ou ‘os negócios do povo’ [...] Como em Atenas, o direito a participar restringia-se aos homens, o que também aconteceu em todas as democracias que apareceram depois, até o século XX”. In: DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2016, pp. 22-23.

¹⁰DAHL, Robert A. *Ob. Cit.*, p. 49.

¹¹Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho “a democracia é fruto da razão”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Direito e Psicanálise: interlocuções a partir da literatura*. 2º ed., Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 101.

¹²DAHL, Robert A. *Idem*.

¹³DAHL, Robert A. *Idem*.

¹⁴DAHL, Robert A. *Ob. Cit.*, pp. 49-50.

Robert. A Dahl afirmou que “quando qualquer das exigências é violada, os membros não serão politicamente iguais”¹⁵. Portanto, para Dahl, numa democracia, “o poder da maioria não faz o direito da maioria”¹⁶, ainda que “a democracia garanta a seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não concedem e não podem conceder”¹⁷. Assim, “a democracia não é apenas um processo de governar. Como os direitos são elementos necessários nas instituições políticas democráticas, a *democracia também é inerentemente um sistema de direitos*. Os direitos estão entre os *blocos essenciais* da construção de um *processo de governo democrático*”¹⁸.

Portanto, nota-se que a construção de direitos faz parte da democracia, e nestes se encaixa a liberdade de expressão, uma das garantias fundamentais do cidadão, historicamente protegida nas constituições mundiais democráticas. Assim, em período eleitoral, tendo em vista que o candidato a um cargo eletivo, por não poder ferir a liberdade de informação do eleitor e, ainda, utilizar-se de um partido político mantido fundamentalmente com verbas públicas, é possível afirmar que seja um agente discricionário? Ou seja, que deva cumprir com a finalidade pública do possível cargo, assim como deve um agente efetivo? Em outras palavras, é possível a aplicação do princípio da discricionariedade ao postulante de um cargo público eletivo?

Aqui se analisa um eventual conflito entre os princípios: liberdade de expressão e de informação do cidadão *versus* discricionariedade do candidato para o cargo público em período de propaganda eleitoral. Não se discute nessa pesquisa a liberdade de expressão do cidadão, esta é certa e historicamente conquistada, mas se o agente político, que pretende exercer o cargo público, encaixa-se a discricionariedade administrativa para fins de ponderação em caso de eventual conflito entre princípios. A problematização se posiciona, portanto, por uma “força relativa afirmada por Dworkin”¹⁹, que não se “confunde com as equivocadas práticas da ponderação aplicadas no Brasil – nem mesmo com a teoria da ponderação de Robert Alexy. Isso porque, havendo a aplicação

¹⁵DAHL, Robert A. *Ob. Cit.*, p. 50.

¹⁶DAHL, Robert A. *Ob. Cit.*, p. 61.

¹⁷DAHL, Robert A. *Idem*.

¹⁸DAHL, Robert A. *Ob. Cit.*, pp. 61-62.

¹⁹VASCONCELOS, Cleber; DA SILVA, Marco Antônio. *Ob. Cit.*, p. 28.

segundo a coerência e integridade, não há colisão de princípios, quando há é porque foram mal interpretados”²⁰. Para Cleber Vasconcelos e Marco Antônio da Silva “a teoria da ponderação alexyana foi incorporada erroneamente no direito brasileiro, na medida em que não se aplica a sofisticada fórmula desenvolvida pelo autor alemão”²¹. Ainda que “trata-se de uma *vulgata* discricionária para justificar, mediante álibi teórico, mera escolha – arbitrariedade – do ‘intérprete’ que se apropria da significação do direito. Atividade nitidamente antidemocrática”^{22 23}.

2. A HERMENÊUTICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O RELATIVISMO DA VERDADE NA RETÓRICA ELEITORAL

Após as duas grandes guerras, a Organização das Nações Unidas destacou, no seu artigo 19, que “todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem considerações de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”²⁴.

A interpretação do conceito de liberdade de expressão se consagrou como uma garantia fundamental, em que as pessoas poderiam se expressar sem *medo* de opiniões ou represálias. A mídia também possui um papel importante, pois reúne meios de comunicação que alargam o campo de abrangência de uma

²⁰VASCONCELOS, Cleber; DA SILVA, Marco Antônio. *Idem*.

²¹VASCONCELOS, Cleber; DA SILVA, Marco Antônio. *Idem*.

²²VASCONCELOS, Cleber; DA SILVA, Marco Antônio. *Idem*.

²³Sobre os eventos históricos do Direito Romano e o positivismo jurídico, Norberto Bobbio afirmou que: “Os juristas medievais justificavam formalmente a validade do direito romano ponderando que esse era o direito do Império Romano, que tinha sido reconstituído por Carlos Magno com o nome de Sacro Império Romano: este raciocínio não levava em conta a solução de continuidade que se havia verificado entre o Império Romano do Oriente (bizantino) e o Império Romano do Ocidente (germânico). Mas o verdadeiro fundamento da validade do Direito Romano era outro: decorria de considerar tal direito como *ratio scripta*, isto é, como um conjunto de regras racionalmente fundadas, exprimindo a própria essência da razão jurídica (*Juristenrecht*), e como tais capazes de serem usadas para resolver todas as possíveis controvérsias, mediante, é claro, uma sábia manipulação das próprias normas por obra dos interpretes, mediante o recurso à aplicação analógica e as outras técnicas hermenêuticas que permitem aplicar as normas estabelecidas para um caso a caso distintos”. In: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006, pp. 30-31.

²⁴ONU. *Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> acesso em: 26 dez. 2024.

determinada notícia. Nesse contexto todos os meios de comunicação são válidos; a isso, inclui-se a *internet*.

Nota-se que a liberdade de expressão é uma conquista do cidadão, e ela é utilizada como meio para controlar eventuais abusos de poder do Estado, por essa razão não pode ser interpretada da mesma forma que a de um agente público (político). No ambiente eleitoral, interpreta-se a liberdade de expressão com o mesmo peso, tanto para um quanto para outro, ocorre que essa garantia fundamental passou a ser utilizada como garantidora de retóricas voltadas à captação de votos²⁵.

Observa-se um eventual erro de interpretação nesse sentido. E, traz-se à tona um dos problemas que a interpretação jurídica tenta superar: o solipsismo. Como observou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho “a hermenêutica segue privada da ética; e cada um, em nome das suas verdades tem construído uma democracia à sua imagem e semelhança. Estamos no reino do solipsismo. Quando o mundo se rege dessa forma, é sintomático que tudo passe a ser um problema de poder”^{26 27}.

2. A PESQUISA E A PROPAGANDA ELEITORAL: AS CONTRADIÇÕES ENTRE DIREITOS INCIDENTES

Para contextualização temática, inicialmente, destaca-se que os agentes públicos são: “os *agentes políticos*, os servidores públicos e os particulares em

²⁵Segundo Daniela Bucci: “os limites à liberdade de expressão política podem ser materiais ou formais. São materiais quando a restrição incide sobre o conteúdo da expressão política e do indivíduo; e formais quando a liberdade de expressão política do indivíduo é limitada por razões alheias ao conteúdo da mensagem transmitida”. Para ela, o conteúdo utilizado pelo candidato ou partido durante a campanha eleitoral são os materiais. *In: BUCCI, D. Ob. Cit.*, p. 200.

²⁶COUTINHO, J.N.M.C. *Ob. Cit.*, p. 97.

²⁷“Nessa perspectiva de uma sociedade que tem um *ethos* hermenêutico, não é casual que a gente tenha um Judiciário, em grande medida, atuando como poder moderador que dom Pedro I queria. Afinal, o que é um poder moderador senão um interpretador de quem está certo? É a mesma situação do árbitro, que é aquele que só aplica a regra. A pergunta ‘ta certo, Arnaldo?’, que ficou famosa no meio esportivo, vale para algumas situações e agora está sendo aplicada. A sociedade hermenêutica dá, por exemplo, ao presidente da Câmara dos Deputados o poder de interpretar o regimento. Mas também dá ao professor a possibilidade de interpretar o conteúdo; dá ao comerciante a possibilidade de interpretar aquilo que é correto dentro das normas do que é lícito ou não. [...] Outro dia vi uma discussão em que se dizia que o nosso idioma, por ser um idioma latino em que as frases são menos duras, nos permite explicar: ‘Não foi bem isso o que eu quis dizer’. E, portanto, permite a nós refazer a argumentação com outra interpretação. Hoje, e na nossa história, em grande medida, o poder está em quem dá a palavra final naquela interpretação”. *In: PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G; CORTELLA, M.S. Ob. Cit.*, p. 14.

colaboração com a administração”²⁸. Partindo da etimologia da palavra “agente”, ou seja, aquele que age em nome de um terceiro, no setor público, este age em nome do Estado^{29 30}. Além disso, visando esclarecer o conteúdo proposto, distingue-se o ato e o fato jurídico-administrativo³¹.

“Atos jurídicos são declarações, vale dizer, são enunciados; são ‘falas’ prescritivas. O ato jurídico é uma pronúncia sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela, deverá ser. Fatos jurídicos não são declarações; portanto, não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele. Onde a distinção entre ato jurídico e fato jurídico é simplicíssima. Toda vez que se estiver perante uma dicção prescritiva de direito (seja oral, escrita, expressa por mímica ou sinais convencionais) estar-se-á perante um ato jurídico; ou seja, perante um comando jurídico. Quando, diversamente, se esteja ante um evento não prescritivo ao qual o Direito atribua consequências jurídicas estar-se-á perante um fato jurídico. O interesse da distinção entre o ato jurídico e fato jurídico, para o Direito Administrativo, reside em que a Administração não só produz atos jurídicos, mas também fatos jurídicos, e é preciso, então, separar os atos administrativos dos fatos da Administração, o que só é possível depois destes esclarecimentos. Esta distinção precisa ser feita porque, como além se verá, (a) atos administrativos podem ser anulados e revogados, dentro dos limites do Direito; *fatos administrativos não são nem anuláveis, nem revogáveis*; (b) atos administrativos gozam de *presunção de legitimidade*; fatos administrativos não; (c) o tema da vontade interessa nos atos administrativos denominados (ainda que a terminologia não seja boa) *discricionários*, isto é naqueles em cuja prática a Administração desfruta de certa margem de liberdade; nos fatos administrativos nem se poderia propô-lo”³².

²⁸NETTO DE ARAUJO, E. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

²⁹Vale lembrar que o Estado existe, *única e exclusivamente*, em função do interesse público, e este se difere do interesse pessoal do agente público e, ou político.

³⁰“Alguns teóricos como Hannah Arendt, encaram o político como um espaço de liberdade e de discussão pública, enquanto outros o consideram *um espaço de poder*, de conflito e de antagonismo. Minha compreensão do ‘político’ faz parte, evidentemente, da segunda perspectiva. Mais precisamente, é assim que diferencio ‘o político’ da ‘política’: entendo por ‘o político’ a dimensão de antagonismo que considero constitutiva das sociedades humanas, enquanto entendo por ‘política’ o conjunto de práticas e instituições por meio das quais uma ordem é criada, organizando a coexistência humana no contexto conflituoso produzido pelo político”. In: MOUFFE, C. *Sobre o político*. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 08.

³¹“Por essa razão, não deve ser considerado o direito político o exercício de cargo, emprego ou função pública, pois. Estes regulados não pelo direito político/constitucional, mas sim pelo direito público/administrativo, no sentido de que os agentes públicos que não são agentes políticos (Mandatários, Ministros de Estado, Secretários de Estado, Secretários de Estado, Secretários Municipais, Magistrados, Membros do Ministério Público) praticam atos administrativos, não atos de Estado ou de Governo”. In: VASCONCELOS, C; DA SILVA, M.A. *Ob. Cit.*, p. 63.

³²BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, pp. 378-379.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que se deve ter, no setor administrativo do Estado, “plena transparência em seus comportamentos”, assim, o princípio da publicidade “não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”³³, assim, “o agente público, ao desempenhar suas funções, age em nome do Estado, e não em seu próprio nome”³⁴, e para exercer o *interesse público*, “na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal”³⁵. Ocorre que alguns cargos públicos são exercidos com discricionariedade, como previsto em lei, e, nestes casos, o ato jurídico deve ser examinado frente aos seus elementos legitimadores, pois apenas nesse contexto o agente poderá manifestar a sua vontade, e, ainda, impor eventuais obrigações. Logo, a discricionariedade dos agentes públicos (políticos) deve respeitar três pressupostos obrigatórios: competência³⁶; forma³⁷; e finalidade³⁸.

“O ato administrativo, como o ato jurídico privado, percorre um itinerário lógico em direção à efetiva realização do *interesse público* que impulsionou seu nascimento, presidiu sua formação e condicionou seu objeto. Na verdade, caminha, com as cores do interesse público, do motivo para a finalidade, em perfeita simetria. Motivo é o que provoca o impulso volitivo que condicionará a formação do ato, sua execução e sua eficácia, porque a Administração só pode agir de acordo com o *interesse público*, conforme a lei determina ou permite. Assim, ao contrário do que ocorre com o ato jurídico privado, o motivo que se situa fora do ato, deve ser existente e ter, ele próprio, uma causa, ambos relacionados com um *interesse público* concretamente

³³BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 117.

³⁴NETTO DE ARAUJO, E. *Ob. Cit.*, p. 465.

³⁵NETTO DE ARAUJO, E. *Ob. Cit.*, p. 466.

³⁶A competência deve ser compreendida pela atribuição pública à pessoa, essa atribuição é definida por lei e ela, também, confere validade ao ato praticado pelo agente (agente e o motivo do cargo que ocupa). Celso Antônio Bandeira de Mello chama de “conteúdo”, ou seja, “não basta a verificação de que o ato, por seu conteúdo, não contraria a lei. É preciso mais: cumpre que seja permitido (ou imposto, conforme o caso), pela lei”. *In*: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 389.

³⁷Por forma, de igual forma vinculativa, “é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência”. *In*: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 389.

³⁸A finalidade é o interesse público, ou seja, “finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato” [...] “O propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma-se falar em ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’”. *In*: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, pp. 409-410.

existente. O objetivo e a finalidade do ato administrativo devem ser simétricos a esse motivo”³⁹.

Entrando na esfera eleitoral, primeiramente, destaca-se o lapso entre propaganda eleitoral (lícita – candidato) e antecipada (ilícita – pré-candidato)⁴⁰. A “definição da propaganda eleitoral, que se circunscreve ao período de campanha, ou seja, da data do registro de candidatura até o dia da eleição. Antes de tal lapso, não há tecnicamente propaganda eleitoral, mas sim, propaganda irregular”^{41 42}.

Assim, a propaganda eleitoral, apesar de ser a expectativa para um mandato, não deixa de ser o exercício, mesmo que prévio e incerto, de e para uma função pública. O Direito Eleitoral também é um ramo do Direito Público, e “regula o exercício do poder de sufrágio com vistas à concretização da soberania popular, à validade da ocupação de cargos políticos e à legitimação do exercício da soberania estatal”⁴³, devendo os seus atores respeitar limites discricionais, seja na propaganda, seja no exercício do cargo político.

O paradoxo proposto nesta dissertação pode ser, inicialmente, identificado no pensamento majoritário da doutrina brasileira, que entende por princípio a liberdade de expressão do candidato como sendo *similar* à do cidadão comum⁴⁴. Em uma análise mais crítica, Daniele Bucci, afirma que o

³⁹NETTO DE ARAUJO, E. *Ob. Cit.*, p. 465.

⁴⁰“Propaganda lícita é a realizada de acordo com todas as estipulações da lei eleitoral, seja em seu conteúdo, seja em seu prazo [...]. A propaganda irregular é aquela que se desenvolve ferindo os dispositivos da legislação em vigor, mas sem se configurar uma tipificação delituosa, um crime”. In: VELLOSO, C.M.D.S; MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, p. 258.

⁴¹VIEIRA DE CARVALHO NETO, T. *Liberdade de expressão e propaganda eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 180.

⁴²“A propaganda eleitoral só é permitida a partir do dia 16 de agosto do ano da eleição até o dia do pleito, durante, pois o período eleitoral (LE, art. 36, caput). Nessa oportunidade, o candidato já terá sido escolhido na convenção e seu pedido de registro já deverá ter sido requerido à Justiça Eleitoral, pois o prazo para a prática desse ato encerra-se às 19 horas do dia 15 de agosto. Se feito fora desse período, qualifica-se como espontânea ou antecipada, sujeitando-se o agente a responsabilização e sanção”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 551.

⁴³GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 29.

⁴⁴“O caso *Mika v. Grécia* nos é de particular importância porque a Corte Europeia pôde opinar sobre o período eleitoral no caso, e fez uma interpretação conferindo ainda maior amplitude à liberdade de expressão, durante este período [...]. A Corte Europeia reiterou sua jurisprudência no sentido de que as restrições à liberdade de expressão são menores no campo do debate político e questões de interesse geral, e que os políticos devem se mostrar mais tolerantes às críticas, já que está sob controle da mídia e do público geral. A crítica à gestão de uma autoridade pública, ainda mais durante uma campanha eleitoral, como era o caso, coloca a questão em um debate de interesse geral, sendo que, inclusive, o período eleitoral é um momento em que, para a Corte, o artigo 10 exige um nível de proteção ainda mais elevado à liberdade de expressão”. In: BUCCI, D. *Ob. Cit.*, p. 78.

entendimento das Cortes Internacionais “os tribunais brasileiros conferem maior grau de proteção ao político”⁴⁵. A divergência pode ser notada, pois a liberdade de expressão, direito fundamental para ambos, quando se refere ao candidato apresenta limites determinados pela discricionariedade inerente à sua condição de agente público (político). Agindo em desacordo com estes limites, o candidato, agente público (político) em questão, fere o direito constitucional do cidadão em sua liberdade de informação e de expressão (voto), prejudicando sua capacidade em escolher seu representante político.

Conforme observado no gráfico a seguir, o candidato a um cargo público (político) é um sujeito que exerce a sua discricionariedade (princípio da discricionariedade), e esta deve ser interpretada de forma distinta da garantia fundamental do cidadão⁴⁶.

Para Norberto Bobbio a liberdade de expressão “deve ter uma esfera de atividade pessoal protegida contra as ingerências de qualquer poder externo, em particular do poder estatal”⁴⁷, ou seja, ela deve ser observada como um instrumento para o cidadão, ou para a imprensa, porém não parece viável que esta, também, seja utilizada pelo agente político (cargo público) em campanha eleitoral. Porém, na contramão e adentrando no pensamento doutrinário eleitoral, José Jairo Gomes, destaca que “não importa que a liberdade de expressão seja exercida oral e imediatamente perante uma ou mais pessoas, em local ou evento privado ou público, pela mídia escrita (jornal ou revista), televisão, rádio, *internet* e redes sociais (*Facebook*, *Twitter*, *Instagram*), *WhatsApp*, *Telegram* etc. em qualquer ambiente incide a proteção”^{48 49}. Assim,

⁴⁵BUCCI, D. *Ob. Cit.*, p. 401.

⁴⁶Para compreender a proteção que se deve fazer as garantias do cidadão no Direito Penal, Paulo César Busato afirma que “a identificação de um Estado como social e democrático de Direito constitui um bastião garantista para o cidadão em suas relações sociais. A linguagem que se estabelece entre o sujeito Estado e o cidadão se antecipa à especulação e à barbárie”. In: BUSATO, P.C. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 5º ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 144.

⁴⁷BOBBIO, N. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 86.

⁴⁸GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 87.

⁴⁹Sobre o princípio da autonomia partidária, o artigo 3º da Lei nº 9.096 de 1995, prevê que: “é assegurada, ao partido político, autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento”. Porém, isso não exclui os seus deveres como também está expresso no artigo 4º desta mesma lei: “os filiados de um partido político têm iguais direitos e deveres”. In: BRASIL. *Lei nº 9.096 de 1996. Idem*.

parte da doutrina brasileira⁵⁰ entende que a liberdade de expressão, apesar de possuir uma “posição preferencial que lhe é conhecida no sistema constitucional, não é absoluta”^{51 52}. O autor afirma que a “livre circulação de ideias, pensamentos, valorações, opiniões e críticas promovida pela comunicação é essencial para a configuração de um espaço público de debate”⁵³, e “sem isso, a *verdade* sobre os candidatos políticos pode não vir à luz, prejudicam-se o diálogo e a discussão públicos”⁵⁴. Gomes ressalta, ainda, que “o povo tem o direito de receber qualquer informação, seja ela ‘positiva ou negativa’ acerca dos candidatos e partidos políticos que disputam o pleito”⁵⁵.

Para compreender os meios de captação de voto, as publicidades permitidas em campanha eleitoral são: a pesquisa e a propaganda eleitoral. Por pesquisa eleitoral “*compreende-se o levantamento e a interpretação de dados atinentes à opinião ou preferência do eleitorado quanto aos candidatos que*

⁵⁰Na linha contrária, ou seja, afirmando que não há garantia fundamental de liberdade de expressão para o candidato, mas dever com o sufrágio e com a legitimidade do pleito, encontram-se, por exemplo, Cleber Vasconcelos e Marco Antônio da Silva. In: VASCONCELOS, C; DA SILVA, M.A. *Idem*.

⁵¹GOMES, J.J. *Idem*.

⁵²Neste mesmo sentido, alinhando liberdade de expressão tanto para o cidadão (direito político ativo), quanto para o candidato (agente público – direito político passivo), afirma Aline Rezende Peres Osório: “Se democracia envolve tanto a representação política, como a ampla participação no debate público, a liberdade de expressão deve proteger tanto as manifestações expressivas que ocorrem durante o pleito, quanto aquelas que ocorrem fora dos períodos eleitorais. Se a democracia é governo da maioria, sem excluir a minoria, é absolutamente indispensável viabilizar a inclusão de todos os indivíduos e grupos da sociedade nos fóruns de discussão e decisão política, formais e informais, para que suas necessidades, interesses e opiniões possam se manifestar nas decisões políticas”. In: OSÓRIO, A.R.P. *O direito eleitoral e a liberdade de expressão: política, palavra e paixão*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2015, p. 256.

⁵³GOMES, J.J. *Idem*.

⁵⁴GOMES, J.J. *Idem*.

⁵⁵GOMES, J.J. *Idem*.

disputam eleições^{56 57 58}. Já a propaganda eleitoral merece maior atenção, pois se encaixa no centro de discussão desta dissertação⁵⁹.

A etimologia da palavra “propaganda”⁶⁰ significa “*difundir, espalhar, propalar, alastrar, multiplicar por meio de reprodução, tornar comum a muitas pessoas*”⁶¹ e para suceder as suas finalidades se conecta, de forma direta, com a discricionariedade do agente público ou político. A propaganda política e eleitoral dividem-se em: partidária⁶², intrapartidária⁶³, institucional⁶⁴ e eleitoral. A propaganda eleitoral pode ser feita “por partidos políticos e seus candidatos com a finalidade de se comunicar com a comunidade e *captar votos* do eleitorado para investidura em cargo público-eletivo”^{65 66}.

O trecho do livro de Direito Eleitoral do José Jairo Gomes ressalta aquela contradição, pois afirma que a propaganda eleitoral se caracteriza “por levar ao conhecimento público, *ainda que de maneira disfarçada ou dissimulada*, candidatura ou os motivos que induzam à conclusão de que o beneficiário é o

⁵⁶GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 527.

⁵⁷Apesar de não ser o objeto principal dessa dissertação vale destacar que “toda a pesquisa elaborada para conhecimento público deve ser registrada na Justiça Eleitoral no prazo de até cinco dias anteriores à divulgação [...]. A finalidade do registro é permitir o controle social, mormente das pessoas e entidades envolvidas no pleito, que poderão coligir os dados levantados. [...] Por encontrar em jogo o direito fundamental de manifestação do pensamento e a liberdade de informação, ambos de extração constitucional, o requerimento de registro não é passível de indeferimento”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, pp. 528-529.

⁵⁸“Enquete eleitoral – pesquisa eleitoral não deve ser confundida com enquete. Esta se configura como sondagem informacional de opiniões, sendo bem menos rigorosa que a ‘pesquisa eleitoral’ quanto ao âmbito, à arbitragem e ao método de realização adotada”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.* p. 529.

⁵⁹Sobre a propaganda relacionada a coligação: “com relação à propaganda política da coligação, nas eleições majoritárias, ela deve usar sob sua denominação as legendas de todos os partidos que a integram; nas eleições proporcionais, em 2018, cada partido deve usar apenas sua legenda sob o nome da coligação”. In: VELLOSO, C.M.D.S; MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, p. 181.

⁶⁰“Termo propaganda deriva do latim *propagare*, ou seja, ‘difundir’”. In: Infopédia. *Origens da Propaganda*. Dicionário Porto Editora. Disponível em: [https://www.infopedia.pt/\\$origens-da-propaganda](https://www.infopedia.pt/$origens-da-propaganda) acesso em: 31 jan. 2024.

⁶¹GOMES, José Jairo. *Ob. Cit.*, p. 533.

⁶²“É a comunicação estabelecida entre o partido e a sociedade; nela são divulgados a ideologia abraçada pela agremiação, seus valores, projetos e programas com vistas ao bem-estar e desenvolvimento da sociedade”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 540.

⁶³“Essa comunicação tem caráter interno, sendo promovida pelos filiados que querem se candidatar (os ‘candidatos a candidato’) e dirigida aos integrantes da convenção incumbidos de escolher os candidatos do partido”. In: GOMES, J.J. *Idem*.

⁶⁴“Comunicação que o Estado, a Administração Pública e seus órgãos estabelecem com a sociedade”. No Estado Democrático de Direito – em que o povo é o titular do poder –, a transparência de informações são regra de ouro”. In: GOMES, J.J. *Idem*.

⁶⁵GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 542.

⁶⁶Para Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra a propaganda eleitoral divide-se “em propaganda eleitoral, partidária e institucional”. In: SILVA VELLOSO, C.M.D; MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, p. 255.

mais apto para o cargo em disputa”^{67 68 69 70}. Porém, o próprio doutrinador se contradiz ao afirmar que “os candidatos e o partido têm direito à realização de propaganda eleitoral, enquanto os *cidadãos têm direito fundamental à informação*, de modo que *possam exercer a cidadania conscientemente*”^{71 72}.

Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra afirmam que “a propaganda é um conjunto de atividades com o objetivo de transferência de valores entre um partido político ou candidato e seus eleitores”⁷³. A distinção neste pensamento doutrinário se observa no trecho em que os ditos autores destacam que a “propaganda política se diferencia dos demais tipos de propaganda, como exemplo, da mercadológica – voltada para o consumo -, porque tem finalidade diversa, consistente no objetivo de interferir nas decisões tomadas pela organização política institucionalizada, atinge todas as classes sociais”^{74 75}.

⁶⁷GOMES, J.J. *Idem*.

⁶⁸Pedro Collor de Mello afirmou, ainda, que o seu irmão Fernando Collor de Mello tinha “a arte de falsear a verdade de acordo com sua conveniência que também era empregada no campo profissional”. In: COLLOR DE MELLO, P. *Ob. Cit.*, p. 39.

⁶⁹“O caçador de marajás” era a *slogan* da campanha à presidência do Fernando Collor, afirmando que iria acabar com a corrupção do país, nas suas palavras: “*no meu governo quem roubar vai para a cadeia*”. In: COLLOR DE MELLO, P. *Ob. Cit.*, p. 16.

⁷⁰A afirmação do autor colide diretamente com os impedimentos mercantis, em período de propaganda eleitoral, artigo 44, §2º, da Lei das Eleições, que de forma expressa proíbe em “horário reservado para a propaganda eleitoral, *não se permitirá utilização comercial ou propaganda realizada com a intenção, ainda que disfarçada ou subliminar, de promover marca ou produto*”. In: BRASIL. *Código Eleitoral*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/4737compilado.htm, acesso em: 10 fev. 2021.

⁷¹GOMES, José Jairo. *Ob. Cit.*, p. 543.

⁷²Nota-se também uma citação feita por Jairo José Gomes, neste livro, fora de contexto. A com referência ao linguista Ludwig Wittgenstein (GOMES, J.J., *Ob. Cit.*, p. 38), que apesar de ser o autor do fenômeno que ficou conhecido como “jogo de linguagem” não o fez para permitir o mau uso da linguagem, pelo contrário, Wittgenstein afirma que “o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem”. In: WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 38.

⁷³SILVA VELLOSO, C.M.D; MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, p. 255.

⁷⁴SILVA VELLOSO, C.M.D; MOURA AGRA, W.D. *Idem*.

⁷⁵Apesar de concordar com o ponto de vista ideológico, os autores Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra defendem um ponto de vista mais neutro sobre a propaganda eleitoral. “A propaganda eleitoral difere da propaganda partidária, que possui o objetivo de explicar as ideias agremiações e procurar adesões a seus pontos de vista ideológicos. [...] Enquanto a primeira se realiza em momentos pré-eleitorais, com vistas a conquistar o maior número possível de votos nos pleitos, a segunda tem constância permanente, buscando, de forma contínua, divulgar as ideias da agremiação, para cooptar mais militantes e simpatizantes [...]. Além dessas duas espécies mencionadas, existe a propaganda institucional, também pertencente ao gênero propaganda política, que é a publicidade de atos, obras, campanhas, serviços de órgãos públicos, cuja finalidade *deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social*”. In: VELLOSO, C.M.D.S; MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, pp. 255-256.

Como se percebe, tais (des)igualdades frente à liberdade (de expressão) são meios de retórica desde a Grécia Antiga. Estas práticas foram questionadas por inúmeros pensadores, como exemplo Thomas Hobbes⁷⁶. Ocorre que estes mecanismos de retórica podem ser inseridos na mentalidade da população, educando-os na contramão do que se projeta sobre possíveis avanços democráticos. Luiz Felipe Pondé faz pontuações sobre este desvio geradas a partir de uma educação social, questionando o conceito de democracia no país, que se reflete também no ambiente político.

“A mentira também está presente. Em outras palavras, seria ‘omitir a verdade’. Por exemplo, se temos um amigo ou uma amiga que, com muito esforço faz um regime e nos pergunta: ‘eu emagreci?’, não vamos responder: ‘não, você engordou’.

Portanto o que quero dizer é que acredito que o clichê de que o candidato que sempre fala a verdade não seja eleito – o que penso que seja mesmo verdade – vale também para grande parte da vida relacional. Se alguém diz a verdade o tempo todo, é uma pessoa insuportável, desumana, que não é capaz de compor, de fazer acordos no cotidiano.

Na política, não falar a verdade o tempo inteiro, chama-se *marketing* – que, me parece, é a grande ciência social”^{77 78}.

⁷⁶“É comum os homens se iludirem com o especioso nome de liberdade e, não tendo capacidade de distinguir, considerar muitas vezes como herança particular e seu direito inato o que é apenas direito do Estado. [...] Nos países do mundo ocidental, são acolhidas opiniões referentes à instituição e aos direitos do Estado provenientes de Aristóteles, de Cícero e de outros autores, gregos e romanos, que, vivendo em Estados populares, em vez de fazerem derivar esses direitos dos princípios da natureza, transcreviam-nos para seus livros com base na prática de seus próprios Estados, que eram populares, da mesma maneira como os gramáticos descreviam as regras da linguagem baseando-se na prática de seu tempo, ou as regras da poesia tendo como referência os poemas de Homero e Virgílio. Como os atenienses se ensinava (para impedir o desejo de mudar o governo) que eram homens livres e que todos os que viviam em monarquia eram escravos, Aristóteles escreveu em sua Política: ‘na democracia devemos *supor a liberdade*, pois, geralmente, *reconhecemos que ninguém é livre em nenhuma outra forma de governo*’ (livro 6, capítulo 2). Assim como Aristóteles, Cícero e outros autores baseavam sua doutrina civil nas opiniões dos romanos, que eram instruídos a odiar a monarquia, recebendo tal ensinamento primeiro daqueles que depuseram o soberano e passaram a partilhar entre si a soberania de Roma e, depois, por seus sucessores”. In: HOBBS, T. *Ob. Cit.*, pp. 174-175.

⁷⁷PONDÉ, L.F.; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G; CORTELLA, M.S. *Ob. Cit.*, p. 08.

⁷⁸Para Nietzsche a verdade é “as verdades são ilusões das quais se esqueceu que elas assim o são, metáforas que se tornaram desgastadas e sem força sensível, moedas que perderam seu troquel e agora são levadas em conta apenas como metal, e não mais como moedas. Ainda. Não sabemos donde provém o impulso à verdade: pois, até agora, ouvimos falar apenas da obrigação de ser veraz, que a sociedade, para existir, institui, isto é, de utilizar as metáforas habituais; portanto, dito moralmente: da obrigação de mentir conforme uma convenção consolidada, mentir em rebanho num estilo a todos obrigatório. O homem decerto se esquece que é assim que as coisas se lhe apresentam; ele mente, pois, da maneira indicada, inconscientemente e conforme hábitos seculares – e precisamente por meio dessa inconsciência, justamente mediante esse esquecer-se, atinge o sentimento da verdade. No sentimento de estar obrigado a indicar uma coisa como vermelha, outra como fria e uma terceira como muda, sobrevém uma emoção moral atinente à verdade: a partir da contraposição ao mentiroso, àquele em quem ninguém confia e que todos excluem, o homem demonstra para si o que há de vulnerável, confiável e útil na verdade”. In: NIETZSCHE, F. *Sobre verdade e mentira*. São Paulo: Hedra, 2008, pp. 36-37.

Mário Sérgio Cortella faz distinções entre a verdade e a omissão da verdade, comparando-as à sinceridade e à franqueza, “a sinceridade significa que tudo o que dissemos tem que ser verdade. A franqueza é você dizer *toda* a verdade. A *sinceridade é obrigatória na vida*; já a franqueza é circunstancial”⁷⁹ ⁸⁰
⁸¹. Para Gilberto Dimenstein “o interessante é que as pessoas – e *também a mídia* – exigem do poder público, às vezes, uma correção que elas próprias não tem quando, cruzam o semáforo vermelho, param o carro em faixa de pedestre, ou oferecem um pequeno suborno ao policial”⁸². Pondé afirma que “a forma por essência da política contemporânea é a democracia. Por ter sua soberania na chamada vontade do povo, a democracia deságua na crença de que a sociedade carrega em si alguma forma de verdade moral, já que ela é soberana”⁸³.

“Sempre que se afirma um valor em público, essa afirmação é, em grande medida, uma farsa a serviço do resultado esperado em termos de contagem de votos a favor ou contra o que você quer. Outro motivo para a democracia ser parceira da hipocrisia pública é sua dependência da adulação da opinião pública. Isso afeta desde os candidatos numa eleição (político agora é *marketing*) até artistas que vendem música: todos devem adular a opinião pública se quiserem conseguir o que almejam – a saber, o sucesso. Essa opinião pública

⁷⁹PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G; CORTELLA, M.S. *Ob. Cit.*, p. 11.

⁸⁰Para Foucault, a verdade e o poder são indissociáveis, ou seja, o conceito de verdade e de poder devem ser interpretados como sinônimos: “*a própria verdade é poder*”. Nas palavras de Foucault “A ‘verdade’ está circularmente ligada a sistemas de poder, que a produzem e apoiam, e a efeitos de poder ela induz e que a reproduzem. ‘Regime’ da verdade. Esse regime não é simplesmente ideológico ou superestrutural; foi uma condição de formação e desenvolvimento do capitalismo. É ele que, com algumas modificações, funciona na maior parte dos países socialistas (deixo em aberto a questão da China, que não conheço). O problema político essencial para o intelectual não é criticar ou fazer os conteúdos ideológicos que estariam ligados à ciência ou fazer com que sua prática científica seja acompanhada por uma ideologia justa; mas saber se é possível constituir uma nova política da verdade. O problema não é mudar a ‘consciência’ das pessoas, ou o que elas têm na cabeça, mas o regime político, econômico, institucional de produção da verdade. Não se trata de libertar a verdade de todo sistema de poder – o que seria quimérico à medida *que a própria verdade é poder* -, mas de desvincular o poder da verdade das formas hegemonia (sociais, econômicas, culturais) no interior das quais ela funciona no momento. Em suma, a questão política não é o erro, a ilusão, a consciência alienada ou a ideologia; é a própria verdade”. In: FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2021, p. 54.

⁸¹Apesar de Foucault ter utilizado a “vontade de potência” de Nietzsche para fundamentar a sua teoria sobre a microfísica do poder. Sabe-se que Nietzsche, um estudioso da “verdade”, também foi muito cauteloso ao afirmar um conceito objetivo sobre a verdade. Aliás, ao responder de forma objetiva a pergunta “o filósofo busca a verdade?”, Nietzsche respondeu que “não, pois, nesse caso, esperar-se-ia dele mais segurança. A verdade é fria, *a crença na verdade é poderosa*”. In: NIETZSCHE, F. *Ob. Cit.*, p. 90.

⁸²PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G; CORTELLA, M.S. *Ob. Cit.*, pp. 11-12.

⁸³PONDÉ, L.F. *Filosofia para corajosos*. São Paulo: Planeta, 2016, p. 131.

nem sempre é só uma questão de números grandes; muitas vezes é só uma questão de quem consegue *manipular mais as pessoas*⁸⁴.

O princípio da veracidade^{85 86}, na propaganda eleitoral, possui relevante importância em face da defesa da democracia. Alexandre Ramos, entende que o princípio da veracidade “veda que se exponham inverdades na propaganda”⁸⁷⁸⁸, ainda contextualiza ele ao artigo 323 do Código Eleitoral, que tipifica “divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado”^{89 90 91}.

⁸⁴PONDÉ, L.F. *Ob. Cit.*, p. 133.

⁸⁵Para Alexandre Ramos há divergências entre os princípios da propaganda eleitoral, para ele os que merecem destaque são os da legalidade; liberdade; igualdade; veracidade; responsabilidade; e, proporcionalidade. In: RAMOS, A. “A propaganda eleitoral antecipada: as inovações trazidas pela Lei 12.891/2013”. *Revista dos Tribunais*, vol. 960 (out/2015).

⁸⁶Para José Jairo Gomes os princípios que merecem destaque na propaganda eleitoral são os da legalidade; liberdade; liberdade de expressão e comunicação; liberdade de informação; veracidade; igualdade; responsabilidade; e, controle judicial. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, pp. 544-545.

⁸⁷RAMOS, A. *A propaganda eleitoral antecipada: as inovações trazidas pela Lei 12.891/2013*. *Ob. Cit.*, p. 05.

⁸⁸“Este princípio veda que se exponham inverdades na propaganda. Muito comum na propaganda eleitoral é o candidato se intitular como autor de determinada lei ou benefício e assim incutir na mente do eleitor como merecedor de seu crédito. Sob outro aspecto está a divulgação de sons e imagens dos adversários em situações não concretizadas, como ‘exemplo’ a edição de áudio, vídeo ou mesmo montagem de fotos que tentam fazer crer que o candidato praticou algo que prejudique sua imagem. O Código Eleitoral tipifica como crime tal conduta no art. 323 ao preconizar que ‘divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado (...)’. Questão interessante julgada foi pelo TRE do Estado de São Paulo que considerou como lícita a divulgação de imagem de um candidato que era Delegado Federal e divulgou na propaganda eleitoral gratuita na televisão imagens onde prende importante político conhecido nacionalmente. A corte entendeu que as imagens eram conhecidas de todos, já que divulgadas por todos os meios de comunicação e que por isso nada tinha de ilegal. Assim, podemos constatar que a mera reprodução de fatos notórios divulgados pela mídia não afronta ao princípio, pois por pior que seja o golpe, o fato é verídico e por isso não se tem censurado tal prática”. In: RAMOS, A. *Idem*.

⁸⁹BRASIL. *Código Eleitoral*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm acesso em: 10 fev. 2021.

⁹⁰Sobre o princípio da veracidade Jairo José Gomes afirma que aos: “reflexos desse princípio têm-se, por exemplo, a possibilidade de exercício do direito de resposta sempre que o candidato for atingido por afirmação ‘sabidamente inverídica’ (LE, art. 58), a criminalização da conduta de ‘divulgar na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influencia perante o eleitorado’ (CE, art. 323), a previsão de denúncia caluniosa eleitoral e a divulgação por qualquer meio ou forma do fato falsamente imputado (CE, art. 326-A, *caput*, e §3º)”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 545.

⁹¹“[...] a primeira coisa que se tem que pensar é a questão da propaganda eleitoral em si, independente de entrar ainda no assunto da *fake news*. Muitas vezes, nós olhamos a propaganda eleitoral como um direito do candidato, do partido político. É muito mais do que isso. A propaganda eleitoral é um direito do eleitor. É o direito do eleitor de saber quem são as pessoas que estão disputando a eleição, o que cada um propõe, o que cada um tem como ideia a defender [...]”. In: TSE. *Fake news e eleições*. Brasília, 2019, p. 34.

O ordenamento jurídico brasileiro regula a propaganda eleitoral de forma estruturada, partindo da Constituição, que no artigo 17, garante “a soberania nacional, o *regime democrático*, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”⁹². O Código Eleitoral prevê regras para o exercício da propaganda eleitoral, que se relacionam ao princípio da veracidade⁹³, destacam-se os artigos 222, que expressamente afirma ser “anulável a votação, quando *viciada de falsidade, fraude, coação*, uso de meios de que trata o artigo 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei”⁹⁴⁹⁵, e o artigo 242 afirma que toda e qualquer propaganda eleitoral não permite “empregar meios publicitários destinados a *criar, artificialmente, na opinião pública*, estados mentais, emocionais ou passionais”⁹⁶.

3. A DISCRICIONARIEDADE COMO UM LIMITE PARA A AÇÃO DE CAPTAR VOTOS PELO CANDIDATO EM PERÍODO DE PROPAGANDA ELEITORAL

A liberdade de expressão foi inserida em 1988 na Constituição brasileira⁹⁷, visando, de forma estruturada, a defesa de um Estado Democrático de Direito. Prevista como uma garantia fundamental, o artigo 5º, inciso IV, da Constituição, ressalta que “*é livre a manifestação do pensamento*, sendo vedado

⁹²BRASIL. *Constituição*. *Idem*.

⁹³Secundariamente o Código Eleitoral garante o direito à resposta frente ao princípio da veracidade, no artigo 243, inciso IX, §§ 1º, 2º e 3º, que não se permite crimes contra a honra, bem como questões sobre reparação ao dano moral. *In*: BRASIL. *Código Eleitoral*. *Idem*.

⁹⁴BRASIL. *Código Eleitoral*. *Idem*.

⁹⁵O artigo 237, do Código Eleitoral, prevê que “a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos”. *In*: BRASIL. *Código Eleitoral*. *Idem*.

⁹⁶BRASIL. *Código Eleitoral*. *Idem*.

⁹⁷A Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, as Constituições primeiras, de 1891 e de 1934, apesar de não garantirem a liberdade de expressão, também não previam meios de censura. Na Era Vargas, em 1934, incorporou-se a Justiça Eleitoral e a Trabalhista, em que se ampliou os direitos trabalhistas. Porém, logo mais Vargas criou o Estado Novo, e neste substituiu a Constituição de 1934, ampliando a concentração de poder em suas mãos, via eleições indiretas, suprimindo a independência dos poderes Legislativo e Judiciário. Assim, o então ditador, limitou os partidos políticos e cerceou a liberdade de expressão da mídia sobre questões políticas. O governo de Getúlio Vargas chegou ao fim em 1945, em que o General Enrico Gaspar Dutra venceu as eleições presidenciais. E via decreto ampliou os direitos individuais da população, extinguindo os meios de censura e perseguição sob pena de morte. Em 1964, o golpe militar que perdurou por mais de duas décadas, inseriu na Constituição a Lei de Imprensa nº 5.250 de 1967 e trouxe à tona, novamente, a censura a todos os meios de comunicação. *In*: BRASIL. *Constituições brasileiras*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras> acesso em: 14 fev. 2022.

o anonimato”⁹⁸. O artigo 200, novamente, afirma que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a *informação*, sob qualquer forma, processo ou veículo *não sofrerão qualquer restrição*, observado o disposto nesta Constituição”⁹⁹.

Do ponto de vista coletivo, “as liberdades expressivas assumem um papel fundamental e estruturante”¹⁰⁰. Cláudio Chequer afirma que “na Europa, predomina o entendimento no sentido de que o direito fundamental à liberdade de expressão compreende tanto *a liberdade de expressão em sentido estrito* quanto *à liberdade de informação, de forma que esta última não seria mais do que uma espécie daquela*”¹⁰¹.

“Em relação ao conteúdo de tais liberdades, a liberdade de expressão em sentido estrito não se confunde com o direito fundamental à liberdade de informação (acolhendo-se aqui uma concepção dual ou diferenciadora). De acordo com essa corrente de pensamento, a exigência da prova da verdade ou a existência de um necessário trabalho preparatório da informação são elementos exclusivos da liberdade de informação, já que esta se refere a fatos. A liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a ideias, opiniões, pensamentos, não está condicionada a verdade”¹⁰².

Para Chequer, a liberdade de informação “exige uma divulgação verdadeira sobre fatos de relevância pública”^{103 104}, assim “a verdade representa o limite (interno ou externo) apenas do direito fundamental à liberdade de informação”^{105 106}.

⁹⁸BRASIL. *Constituição. Idem.*

⁹⁹BRASIL. *Constituição. Idem.*

¹⁰⁰CHEQUER, C. *A Liberdade de expressão como Direito Fundamental preferencial prima facie*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. XIII.

¹⁰¹CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, pp. 11-12.

¹⁰²CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 12.

¹⁰³CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, pp. 11-12.

¹⁰⁴“A liberdade de informação exige uma divulgação verdadeira sobre fatos de relevância pública e, portanto, capaz de oferecer interesse para a reta conformação de uma opinião pública livre, requisito básico de toda sociedade democrática; ao passo que a liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a pensamentos, ideias ou juízos de valor, não se preta, por sua natureza abstrata, a uma demonstração de sua exatidão, fazendo com que aquele que a exercita não precise demonstrar a prova da veracidade de sua manifestação”. In: CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, pp. 12-13.

¹⁰⁵CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 13.

¹⁰⁶“Para além do conhecimento de sua amplitude, a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2001), o direito à liberdade de expressão – assim como os demais direitos fundamentais – deve ser entendido como princípio constitucional, norteador da hermenêutica jurídica. Segundo Alexy (2001, p. 112), os direitos fundamentais têm o caráter de princípios e, nessa condição, eventualmente colidem uns com os outros, sendo necessária uma solução

“[...] a função indispensável que tem a imprensa no sistema democrático é a função de informação. Se a democracia é o regime no qual os cidadãos decidem as orientações gerais da política interior e exterior, escolhendo com seu voto entre os diversos programas dos candidatos que eles designam para governá-los, esse regime não tem sentido nem pode funcionar no interesse de seus membros sem que os eleitores estejam corretamente informados dos assuntos tanto mundiais como nacionais. Esta é a razão pela qual a mentira é tão grave na democracia, regime que só é viável diante da verdade e leva à catástrofe se os cidadãos decidem sobre informações falsas”¹⁰⁷.

O postulante ao cargo público deve proteger a democracia, principalmente em período de propaganda eleitoral. Isto acarreta na total transparência e comprometimento com a verdade e o eleitor. Mais que isso, a partir do momento que escolhe ser um possível representante popular, o seu dever se conduz preferencialmente, como um direito fundamental, pela liberdade de informação¹⁰⁸. Porém, como não se pode esperar que todos atuem da forma desejada, compete às Instituições agirem em proteção direta da democracia¹⁰⁹. A Constituição se apresenta como defensora de garantias fundamentais, apesar de que a sua essência principal seja *limitadora* dos poderes do Estado, legitimada pela sua força normativa. Konrad Hesse diz que no poder normativo da Constituição, notam-se os *seus próprios limites*, ou seja, “a Constituição ordena a organização e o procedimento de formação da unidade política e da ação estatal; estabelece *limites à ação dos poderes públicos*”^{110 111}. “O real

ponderada em favor de um deles”. In: TÔRRES, F.C. “O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão”. *Revista de Informação Legislativa*, nº 200, out./dez. 2013, p. 63.

¹⁰⁷REVEL, J.F. *El conocimiento inútil*. Barcelona: Planeta, 1989, p. 207. In: CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, pp. 15-16.

¹⁰⁸“Quando ela se relacionar a um assunto de interesse público, a liberdade de expressão deve ser considerada, em razão de sua importância para a democracia, além de um direito fundamental, como um direito fundamental preferencial *prima facie*. Nos demais casos, envolvendo assuntos de interesse particular, a liberdade de expressão deve ser considerada tão somente como um direito fundamental”. In: CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 245.

¹⁰⁹Segundo o Ministro Edson Fachin, em entrevista no programa Roda Viva, a fiscalização de informações faz parte da democracia, principalmente em período de campanha eleitoral. Deixou claro que se deve respeitar o diálogo em um processo democrático, e também, haver transparência nas decisões do judiciário, pois apesar de os Ministros divergirem em alguns posicionamentos, todos convergem sobre a necessária preservação da democracia brasileira. In: Roda Viva. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZNBwRELg2S4>, acesso em: 02 abr. 2024.

¹¹⁰HESSE, K. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 07.

¹¹¹“O fato de o controle judicial de constitucionalidade ser ou não incompatível com a democracia não depende do que pensa ou como fala a maioria das pessoas; além disso, as pessoas têm divergências genuínas acerca da democracia, da liberdade e da igualdade, a despeito do fato de cada uma da liberdade e da igualdade, a despeito de cada uma utilizar uma concepção um tanto
@ Direito e Linguagem, Extraordinário nº 01, vol. 02, DOI - 10.5281/zenodo.13714584, 51
2024.

funcionamento dos regimes democráticos exige uma participação ativa do povo na vida política, estando subordinado ao fato de o povo estar tendo acesso a informações”¹¹² ¹¹³. “A liberdade de expressão é um requisito para que os cidadãos realmente participem da vida política”¹¹⁴, assim, a liberdade de expressão “não significa apenas ter o direito de ser ouvido, mas ter também o direito de ouvir o que os outros têm pra dizer”¹¹⁵, diante de informações verdadeiras em políticas públicas.

Assim, caso se permita, ou se cogite aceitar a manipulação de informações em propaganda eleitoral, a democracia não sobreviverá. No mesmo sentido Konrad Hesse afirmou:

“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 ‘formação preliminar 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 constituinte’ [...]”¹¹⁶.

Um dos meios para garantir a liberdade de expressão do eleitor é a partir do voto. O voto é obrigatório para maiores de 18 anos de idade, brasileiros natos ou naturalizados e capazes¹¹⁷ ¹¹⁸. Assim, para garantir a ideia de liberdade do

diferente desses valores políticos. Na verdade, as divergências políticas das pessoas são particularmente profundas quando elas divergem sobre o que é, de fato, a democracia, a liberdade ou a igualdade”. In: DWORKIN, R. *A justiça da toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 215.

¹¹²CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 13.

¹¹³O Princípio Republicano representa o compromisso das Instituições em zelar pela democracia e pelo interesse popular.

¹¹⁴DAHL, R.A. Sobre a democracia. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 110. In: CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 247.

¹¹⁵DAHL, R.A. Sobre a democracia. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 110. In: CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 247.

¹¹⁶HESSE, K. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 110. In: CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 247.

¹¹⁷Segundo o artigo 14, §1º, inciso II, da Constituição Federal, o voto é facultativo para analfabetos, menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos e maiores de setenta anos de idade. In: BRASIL. *Constituição. Idem*.

¹¹⁸“A obrigatoriedade do voto refere-se tão somente ao dever de comparecer às eleições ou, no caso de impossibilidade, ao dever de justificar a ausência. Não justificando, cabe ao eleitor pagar a respectiva multa fixada pela Justiça Eleitoral, suficiente para fins de quitação eleitoral e, consequentemente, aptidão eleitoral para o próximo pleito. A escolha que há de ser feita pelo eleitor é *evidentemente livre*, podendo ele tanto escolher os candidatos de sua preferência como, eventualmente, anular o voto ou votar em branco. Nos termos da Constituição, o sufrágio é

voto, e o respeito à soberania popular “exercida pelo sufrágio universal”¹¹⁹, o artigo 14, *caput*, da Constituição prevê que esta será exercida pelo voto “direto e secreto, com igual valor para todos e, nos termos da lei”¹²⁰. Para Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “embora não esteja explícito nessa norma constitucional, é evidente que esse voto tem outra qualificação: *ele há de ser livre*. Somente a ideia de liberdade explica a ênfase que se conferiu ao *caráter secreto do voto*”¹²¹. Assim, exige-se o voto direto para que seja mantida a liberdade de escolha do eleitor¹²².

“A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores. Tendo em vista reforçar essa liberdade, enfatiza-se o caráter *secreto* do voto. Ninguém poderá saber, contra a vontade do eleitor, em quem ele votou, vota ou pretende votar. O caráter livre e secreto do voto impõe-se não só em face do Poder Público, mas também das pessoas privadas em geral”¹²³.

Konrad Hesse afirma que “direta é uma eleição somente quando está assegurado ‘que os representantes eleitos são determinados decisivamente pelos eleitores, portanto, pela votação e na votação’”¹²⁴. Ainda que apenas se pode afirmar ser livre a eleição quando “não se realiza qualquer coação ou pressão direta ou indireta, a qual poderia prejudicar a liberdade de resolução do eleitor – *o que, naturalmente, não se opõe à tentativa de uma influência consciente por propaganda eleitoral*”¹²⁵.

Portanto, compreende-se por democracia o regime político no qual liberdade de expressão e de informação são garantidos e normatizados pelo Estado, de modo que o cidadão possa exercer o seu direito ao voto de forma autônoma e, principalmente, livre de manipulações. Assim, a imprensa deve

universal, o que significa que o direito político se reconhece a todos os nacionais do País, independentemente da pertinência a dado grupo ou a dada classe, ou da apresentação de certa qualificação”. In: FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 827.

¹¹⁹FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 830.

¹²⁰BRASIL. *Constituição. Idem.*

¹²¹FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Idem.*

¹²²FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 831.

¹²³FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Idem.*

¹²⁴HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, pp. 127-128.

¹²⁵HESSE, K. *Ob. Cit.*, 1998, p. 128.

informar de forma imparcial e o candidato também deve permitir a realização da propaganda de forma transparente, sem permitir manipulações de informações em período eleitoral.

A democracia deve ser protegida pelas instituições e estas não podem permitir o desvio de finalidade nas eleições. Sérgio Buarque de Holanda ressalta que “o moderador é a *‘chave de toda a organização’*”¹²⁶.

Ainda, para melhor compreender a liberdade de informação do eleitor, ressalta-se que a “função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”^{127 128}. Assim, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o direito administrativo é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como *peçoas e órgãos que a exercem*”¹²⁹.

O “agente político” é um agente público^{130 131}, ainda, “a administração pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades”¹³². Deve-se observar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a amplitude do conceito de agente público; nela deixa *claro que o conceito não se restringe apenas aos que possuem um cargo efetivo*, pois abrange também empresas privadas que prestam serviço de interesse público. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conhecer para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem o Poder Público”¹³³. E que “*dois são os requisitos para a caracterização*

¹²⁶BUARQUE DE HOLANDA, B. *O homem cordial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 26.

¹²⁷BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 29.

¹²⁸“Funções do Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva), e a jurisdicional”. In: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 29.

¹²⁹BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 37.

¹³⁰“Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país”. In: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 251.

¹³¹“Do ponto de vista conceitual, pode-se trabalhar a categoria de ‘agente público’ como toda pessoa física que exerce uma função pública, ou seja, uma atividade específica definida pela lei e de atuação como órgão do poder público. Dessa maneira, em sentido amplo, os agentes públicos englobam os titulares de mandatos eletivos, os militares, os empregados públicos (empregados de entidades de direito privado da administração pública regidos pela CLT), particulares em colaboração com o Estado e servidores públicos em sentido estrito”. In: FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 1016.

¹³²BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 101.

¹³³BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 248.

*do agente público: um, de ordem objetiva, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; outro, de ordem subjetiva: a investidura nela*¹³⁴.

Assim, “onde há função, não há autonomia da vontade, *nem a liberdade em que se expressa*, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura dos interesses próprios, pessoais”^{135 136}. Sobre o grau de liberdade da administração na prática política, Bandeira de Mello ressalta que são “atos ditos discricionários e que melhor se denominariam atos praticados no exercício da competência discricionária”¹³⁷.

“(1) Os *atos discricionários* e que melhor se denominariam *atos praticados no exercício de competência discricionária* - os que a administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo [...]. (2) *Atos vinculados* – os que a administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos”¹³⁸.

Assim, o candidato, aquele inserido na propaganda eleitoral regular e *partidária*, com regulamentação própria para o eventual exercício público, deve se ater às normas regidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Os candidatos ao cargo representativo possuem como pilar os princípios da finalidade, discricionariedade, legalidade e supremacia do interesse público frente ao privado. Logo, a propaganda eleitoral, para alcançar sua finalidade, ou seja, o sufrágio, deve se ater aos parâmetros legais que são: legitimidade das eleições, democracia e veracidade. Não cabendo, portanto, utilizar discursos que induzam o eleitor ao erro, pois este deve ter respeitada a sua liberdade de informação para que possa exercer de forma plena a sua escolha sobre o pleito.

¹³⁴BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 249.

¹³⁵BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 101.

¹³⁶“Há descrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que no caso, é o público”. *In*: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 101.

¹³⁷BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 428.

¹³⁸BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Idem*.

4. O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO DO ELEITOR EM FACE DA DISCRICIONARIEDADE DO CANDIDATO: (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A perspectiva kantiana desafiou teorias que antecederam à sua, como exemplo, pragmática e a aristocrática¹³⁹. Kant se debruçou sobre o conceito de moral, alinhando-o ao comportamento humano. Ainda, para justificar os seus imperativos categóricos realinhou o conceito de moral à *boa vontade*¹⁴⁰, igualando os conceitos de moral e de liberdade, pois não poderia existir moral sem liberdade de vontade^{141 142 143}.

“Podemos não obstante, imaginar um imperativo no qual o fim é estabelecido como uma condição que não ordena de maneira subjetiva, mas objetiva, e esses são os imperativos morais. Por exemplo, ‘*não debes mentir*’ não é nenhum imperativo problemático, pois do contrário teria de ser enunciado assim: ‘se lhe prejudica, então não debes mentir’”¹⁴⁴.

Kant teve influência no iluminismo e os seus estudos foram alinhados ao domínio da razão e da liberdade humana. Ocorre que esse pensamento, posteriormente, foi direcionado à publicidade, o que se pode, também, identificar na propaganda eleitoral brasileira.

“Cortella: Mas o que eu não quero concluir nos debates aqui e em outros lugares, é que, então, todo mundo pode. Dado que todo mundo faz, todo mundo pode. O que eu quero não é que todo mundo possa, mas que ninguém possa! Em relação à corrupção e ao apodrecimento, não é que se todos fazem todos podem, mas que ninguém pode. Pondé: Isso é um argumento kantiano.

¹³⁹A interpretação sobre a ética entre Kant e Aristóteles deve ser observada de forma distinta. Para Aristóteles as pessoas deveriam fazer boas escolhas em busca da sua felicidade (*eudaimonia*). Kant, na contramão, pregou a verdade absoluta com o seu imperativo categórico, ocorre que, quando não há a possibilidade de fazer escolhas, estas também não são passíveis de punições, e tampouco eventuais correções disciplinares.

¹⁴⁰KANT, I. *Lições de ética*. São Paulo: Unesp, 2018, p. 86.

¹⁴¹KANT, I. *Ob. Cit.*, p. 88.

¹⁴²“A transposição nos é dada por Kant, quando ele coloca que o imperativo moral não se preocupa com o que se pode ou não se pode. O testemunho da obrigação, na medida em que ela nos impõe a necessidade de uma razão prática, é um Tu debes incondicional. Esse campo adquire, precisamente, sua importância pelo vazio em que o deixa, ao se aplicar rigorosamente a definição kantiana”. In: LACAN, J. *A ética da psicanálise – livro 7*. São Paulo: Zahar, p. 369.

¹⁴³“Afinal, hoje já não há espaço – embora se tente todos os dias – para se sustentar que verdade e mentira se excluem”. In: COUTINHO, J.N.D.M. *Ob. Cit.*, p. 83.

¹⁴⁴KANT, I. *Ob. Cit.*, p. 91.

Cortella: Claro. É um argumento kantiano ligado à publicidade, ou seja, da natureza pública de nossas ações”^{145 146}.

José Jairo Gomes afirma que tanto a propaganda quanto a publicidade “não apresentam idêntico sentido, mas, em geral, são usados como sinônimos, enquanto a finalidade da publicidade é sempre econômica-comercial – presentes as ideias de lucro, mercado e consumo -, a propaganda tem em foco a comunicação ideológica. Ambos têm em vista persuadir e chamar a atenção do público”¹⁴⁷.

“Importa frisar que, em si mesma, a *publicidade não apresenta compromisso com a verdade*, isto é, sua mensagem não tem necessariamente correspondência com a realidade, com o mundo objetivo. Não se à razão, mas à emoção, aos sentimentos e instintos. Deveras, há forte apelo à fantasia, ao imaginário. Basta perceber que o ato de consumir determinada bebida, fumar certa marca de cigarro ou usar roupas de determinada grife não torna o indivíduo mais atrativo, nem mais bonito e charmoso, muito menos rico ou poderoso, tampouco inteligente. Na verdade, a função básica da indústria publicitária é influenciar o processo decisório das pessoas fomentando da ilusão de que certos produtos ou serviços proporcionaram prazer e felicidade a quem os adquirir. Por igual razão, a propaganda não se confunde com o *marketing*, termo de significado ainda mais amplo que publicidade, mas também referido ao mercado consumidor e ao lucro. Não obstante, nada impede que a racionalidade, os métodos e as técnicas de publicidade e *marketing* sejam empregados na propaganda política. Isso aliás tornou-se comum nos dias de hoje”^{148 149}.

¹⁴⁵PONDÉ, L.F.; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G; CORTELLA, M.S. *Ob. Cit.*, p. 88.

¹⁴⁶“Seria bom não perder de vista a questão desde os laços, inclusive sociais, mormente quem mexe com matéria vinculada ao crime e é à criminalidade. Ora, nesse espaço, não há dúvida de que os laços estão mantidos, mas não se trata daqueles que se tinha antes do advento (principalmente) do neoliberalismo e conseqüente endeusamento do mercado. Sobre tal tema é despidendo discutir e aqui não se tem espaço para tanto. De qualquer maneira, ninguém hoje duvida que nele veio embutido uma tentativa de mudança epistêmica, a fim de se ter a primazia do princípio da eficiência. A partir daí tudo o mais: esfacelamento do Estado; desregramento; exclusão paulatina da ética; competição exacerbada [...]. Já não se sabe bem o que é ou não é; se é bom ou é mau; se é bem ou é mal; se é certo ou é errado; e *cosí via*. Consequência (quase que se não pode afastar e sintomática) visível: os laços estão cada vez mais marcados pelo medo e não pela vergonha!”. *In*: COUTINHO, J.N.D.M. *Ob. Cit.*, pp. 103-104.

¹⁴⁷GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 534.

¹⁴⁸GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 535.

¹⁴⁹“Sabe-se que o voto, em geral, não resulta de escolhas estritamente racionais, sendo certo que outros aspectos psicológicos e sobretudo a emoção têm peso decisivo na escolha de candidatos. O fato de o discurso político da modernidade ter caráter fantasioso e descolado da realidade confirma essa assertiva. Há muito não se assiste a debates político-eleitorais sérios, que tenham em foco autênticos projetos e programas de governo, que discutam com honestidade os reais problemas nacionais e mundiais”. *In*: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 535.

Na contramão do que afirma Jairo José Gomes, para os doutrinadores Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes o conteúdo comercial deve estar, obrigatoriamente, alinhado a critérios verdadeiros, e não se permite distorção ou indução ao erro¹⁵⁰.

“Não resta dúvida de que a comunicação social com conteúdo comercial está obrigada a não distorcer a verdade. O Código de Defesa do Consumidor, nessa linha, proíbe a propaganda enganosa e obriga o comerciante aos termos do seu anúncio (CDC, art. 30). A informação falsa não seria protegida pela Constituição, porque conduziria a uma pseudo-operação da formação da opinião. Assinala-se a função social da liberdade de informação de ‘colocar a pessoa sintonizada com o mundo que a rodeia [...], para que possa desenvolver toda a potencialidade da sua personalidade e, assim, possa tomar as decisões que a comunidade exige de cada integrante’. Argumenta-se que, ‘para se exercitar o direito de crônica, que está intimamente conexo com o de receber informações, será mister que se atenda ao interesse da coletividade de ser informada, porque através dessas informações é que se forma a opinião pública, e será necessário que a narrativa retrate a verdade’”¹⁵¹.

Adentrando na esfera eleitoral, e acompanhando o dito por Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes, a “propaganda” comercial (mesmo privada) não possui margem legal para induzir ao erro, pois seria crime. De igual forma se deve interpretar a propaganda política e eleitoral, pois está vinculada por limites estritamente legais frente ao interesse público, previstos no ordenamento jurídico, e, também, deveria ser crime contra o eleitor, além de um desvio de finalidade com a administração pública em prejuízo à democracia.

“Os limites da ação voluntária do agente são, portanto, o ordenamento jurídico (limites traçados pela lei para o caso concreto), a competência (do agente e do órgão), a finalidade (do interesse público concreto) e a forma (prescrita ou permitida pela lei): ultrapassar esses limites significa arbitrariedade, ao contrário da discricionariedade, que é a liberdade de movimentação do agente público, nos atos não vinculados, dentro de tais limites”¹⁵².

Assim, o voto é secreto, livre e deve ser interpretado como um patrimônio público. O eleitor deve e tem o direito a receber uma informação sem influências ideologicamente distorcidas, manipulações ou meias verdades. Para que o voto

¹⁵⁰FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 284.

¹⁵¹FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Idem*.

¹⁵²NETTO DE ARAUJO, E. *Ob. Cit.*, p. 489.

seja livre, ou seja, dentro da amplitude de liberdade destacada por Hobbes (sem impedimentos)¹⁵³, o candidato deve, em propaganda eleitoral, agir de forma transparente e verdadeira, objetivando o sufrágio universal, para que as eleições sejam legítimas. Esse conflito entre princípio e regra sobre as liberdades serão tratados a partir da teoria de Ronald Dworkin. Este entendeu que “podemos tratar o princípio jurídico da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que *alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei* e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas”^{154 155}

156 157 158

“Os argumentos de princípios são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um *objetivo coletivo*. Os *princípios* são *proposições que descrevem direitos*; as políticas são proposições que descrevem objetivos. Mas o que são os direitos e os objetivos, e qual é a diferença? É difícil fornecer alguma definição que não incorra em petição de princípio. Parece natural dizer, por exemplo, que *a liberdade de expressão é um direito e não um objetivo, pois os*

¹⁵³Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho “só nos foi possível entrar para a Modernidade – para o jogo da igualdade que lhe é típico – porque há um pressuposto, no pacto de que Hobbes tratava, que é o fato de haver confiança”. Fazendo uma conexão do que Coutinho diz com o voto: deve haver confiança de que as eleições serão legítimas e que caso haja alguma tentativa de ameaça a democracia as instituições irão cumprir com a sua finalidade. “Precisamos acreditar que até as situações mais limites (...), não serão suficientes para quebrar, nos outros, a barreira, os limites, que nos seguram”. In: COUTINHO, J.N.D.M. *Ob. Cit.*, pp. 31-32.

¹⁵⁴DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2020, pp. 46-47.

¹⁵⁵“Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs* e *Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do ‘direito’), lançando mão de princípios extraleais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar”. In: DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, p. 47.

¹⁵⁶O caso *Riggs vs. Palmer* foi levado a Corte norte-americana e tratou de Direito Fundamental (Ronald Dworkin fez uma análise defendendo o posicionamento do Hart visando limitação hermenêutica contra o positivismo). O caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors* que trata da diferença entre regra e princípio e a sua validade em detrimento ao outro.

¹⁵⁷“No curso dos seus estudos, Ronald Dworkin concordou que um princípio *normativo* e uma regra se assemelham, na medida em que ambos estabelecem obrigações jurídicas. O que os estremaria seria não o maior ou menor grau de vagueza da disposição, mas, sim, o tipo de diretiva que apresentam”. In: FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 75.

¹⁵⁸“O sentido da norma jurídica resultante do processo interpretativo não pertence à subjetividade do intérprete-juiz, pois é, na verdade, haurido no sistema jurídico com todos os fatores condicionantes que aí se apresentam. O juízo resultante deve estar integrado no conjunto do sistema jurídico e ser coerente com ele, notadamente deve harmonizar-se com a Constituição política. É esse o sentido da ideia de integridade, conforme formulação do jus-filósofo norte-americano Ronald Dworkin. Próprio do Estado Democrático de Direito, a integridade impõe que o intérprete-juiz produza sua decisão de forma coerente com o conjunto do Direito”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 39.

cidadãos têm direitos a essa liberdade por uma questão de moralidade política^{159 160 161}.

Para Robert Alexy, “a natureza dos princípios como *comandos* de otimização conduz diretamente a uma conexão necessária entre os princípios e o exame da proporcionalidade”^{162 163 164 165}.

“As máximas da adequação e necessidade se referem à otimização no que diz respeito às possibilidades fáticas. A otimização referente às possibilidades fáticas consiste em evitar custos evitáveis. Porém,

¹⁵⁹DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, pp. 141-142.

¹⁶⁰“Uma teoria política completa também deve reconhecer duas outras distinções que utilizo implicitamente neste capítulo. A primeira é a distinção entre os direitos contra o Estado e direitos contra os cidadãos. Os primeiros justificam uma decisão política que não pode prescindir da ação de algum órgão governamental; os segundos justificam uma decisão de exercer coerção contra determinados indivíduos. [...] O direito à liberdade de expressão geralmente se insere em ambas as categorias. Parece estranho definir os direitos que os cidadãos têm uns contra os outros como direitos políticos; por ora, contudo, esses direitos só nos interessam na medida em que justifiquem decisões políticas de diferentes tipos. A presente distinção vai além daquela que se verifica entre os direitos preferenciais e os direitos institucionais; a segunda faz uma distinção entre pessoas ou instituições que devem tomar uma decisão política; a primeira o faz entre pessoas ou instituições que essa decisão instrui para que ajam ou abstenham-se de agir”. In: DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, p. 147.

¹⁶¹“Em termos construtivos, Dworkin alega que a característica básica dos princípios jurídicos, como uma subclasse dos princípios políticos em geral, é que eles identificam os direitos de cidadãos como indivíduo e, portanto, são distintos de política que identifiquem ‘objetivos coletivos’”. In: MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. 2º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 301.

¹⁶²ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. *Ob. Cit.*, p. 05.

¹⁶³“A máxima da proporcionalidade, que nas últimas décadas tem obtido um reconhecimento internacional cada vez maior na prática e na teoria da jurisdição constitucional, consiste em três máximas parciais: a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Todas as três máximas parciais expressam a ideia de otimização. Por essa razão, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e vice-versa”. In: ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. *Ob. Cit.*, p. 05.

¹⁶⁴“Os princípios seriam aquelas normas com o teor mais aberto do que as regras”. In: FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 74.

¹⁶⁵“Alexy também fala nos princípios convivendo no mundo normológico com as regras. Para ele, princípios e normas configuram as pontas extremas do conjunto das normas, mas são diferentes – e a distinção é tão importante que Alexy a designa como ‘a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais’. Toda norma, diz ele, é um princípio ou uma regra, e ambas as categorias se diferenciam qualitativamente – não havendo entre elas apenas uma variação de grau. Os princípios, na sua visão – e que começa, aqui, a se distanciar de Dworkin –, ‘são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes’. Os princípios são, por isso mesmo, comandos de otimização. O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre a qual operará (possibilidade real). Enquanto os princípios concitam a que sejam aplicados e satisfeitos no mais intenso grau possível, as regras determinam algo. ‘Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos’. Desse modo, enquanto um princípio pode ser cumprido em maior ou menor escala, as regras somente serão cumpridas ou descumpridas. A distinção se torna crucial para se compreender que um caso de colisão de regras é diferente, na sua estrutura, de uma hipótese de colisão de princípios”. In: FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 76.

custos são inevitáveis *quando princípios colidem*. A ponderação torna-se então necessária. A ponderação é o objeto da terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade, a saber, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Essa máxima expressa o que significa a otimização no que diz respeito às possibilidades jurídicas. Ela é idêntica a uma regra que pode ser denominada ‘lei da ponderação. *Quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro*’¹⁶⁶.

A problematização dos princípios formais¹⁶⁷, levantada por Robert Alexy, buscou responder à acusação de ser “incapaz de determinar, de uma forma adequada, a relação por um lado, entre direitos fundamentais e jurisdição constitucional e, por outro lado, entre direitos fundamentais e democracia”^{168 169}.

“Contudo, esse aspecto real ou fático pode ser conectado com elementos ideais. O princípio da democracia é exemplo. A democracia é uma tentativa de institucionalizar, na máxima medida possível, os ideais do discurso enquanto deliberação pública. Entretanto, *ela é um princípio formal*. Na medida em que se trata da democracia representativa, e não da democracia direta, trata-se de decisões tomadas pelo parlamento, de acordo com regras de maioria. Porém, a

¹⁶⁶ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Ob. Cit., p. 05.

¹⁶⁷“Princípios formais são princípios. Princípios são comandos de otimização. Portanto, a definição de comandos de otimização como ‘normas que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas aplica-se a princípios formais do mesmo modo que a princípios materiais. A diferença entre esses dois tipos de princípio se limita àquilo a que a palavra ‘algo’ se refere, ou seja, ao objeto da otimização. A diferença específica dos princípios materiais é que seus objetos de otimização são determinados conteúdos, como, por exemplo, a vida, a liberdade de expressão, o mínimo existencial e a proteção do meio ambiente. Em contraste, os objetos de otimização de princípios formais são decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos. Princípios formais exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada. A conformidade com o ordenamento e a eficácia social são elementos definitórios do positivismo jurídico. Isso significa que os princípios formais se referem à dimensão real ou fática do direito”. In: ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 09-10.

¹⁶⁸ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Ob. Cit., p. 03.

¹⁶⁹A distinção se torna crucial para se compreender que um caso de colisão de regras é diferente, na sua estrutura, de uma hipótese de colisão de princípios. A colisão de princípios, da mesma forma que o conflito entre regras, refere-se a situação em que a aplicação de duas ou mais normas ao caso concreto engendra consequências contraditórias entre si. A solução para o conflito entre regras, porém, não é a mesma para o caso de colisão entre princípios. Um conflito entre regras é solucionado tomando-se uma das regras como cláusula de exceção da outra ou declarando-se que uma delas não é válida. Já quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisso consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes pretendido venha a prevalecer”. In: FERREIRA MENDES, G.; BRANCO GONET, P.G. Ob. Cit., p. 76.

democracia não é apenas um processo de decisões no meio de outros processos de decisão. Ela é o processo mais racional e legítimo de produção do direito. Por essa razão, o princípio da democracia não só atribui um peso especial às decisões do parlamento. Ele exige, sobretudo, que ‘o legislador democraticamente legitimado tome tantas decisões importantes para a sociedade quanto possível’. Com essa exigência, o princípio da democracia se refere não só à autoridade das decisões tomadas dentro do escopo das competências parlamentares. Ele também requer que esse escopo seja o mais amplo possível. Isso possui importância especial para a relação entre direitos fundamentais e democracia”¹⁷⁰.

Conforme se nota, para o cidadão a liberdade de expressão possui uma posição preferencial em uma democracia. Então, o dever do político dentro dela, principalmente em período de propaganda eleitoral, deve ser garantir o sufrágio universal, ou seja, “a manifestação de vontade de um conjunto de pessoas para escolha de representantes políticos”^{171 172}, e não a captação de eleitores com fins pessoais.

“Os Tribunais brasileiros conferem maior grau de proteção ao político – em detrimento do discurso – do que conferem as Cortes Internacionais. Neste ponto, vale a pena lembrar o HC 78.426-6/SP, muito citado nos tribunais eleitorais, em que uma proteção da honra e da reputação foi estendida aos políticos. Na análise geral com relação a ponderação feita pelos Tribunais nacionais, nota-se que eles não consideram as questões de interesse público como fator determinante para admitir ou não uma restrição ao exercício da liberdade de expressão política. O sopesamento nacional considera preponderantemente apenas a liberdade de expressão e o direito à honra do candidato. Isso não significa que os Tribunais nacionais não se valem de interesse público para fundamentar sua análise, eles apenas não conferem ao interesse público o mesmo peso argumentativo que lhe concedem as Cortes Internacionais. Dessa forma, o Brasil diverge das Cortes Internacionais, aplicando o que, na visão delas, é uma ponderação não harmoniosa dos valores envolvidos no conflito de direitos”¹⁷³.

O princípio formal (a sua forma), corresponde o conteúdo explicativo contido na norma. No caso da liberdade de expressão é possível analisar a sua

¹⁷⁰ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Ob. Cit., p. 10.

¹⁷¹GOMES, J.J. Ob. Cit., p. 71.

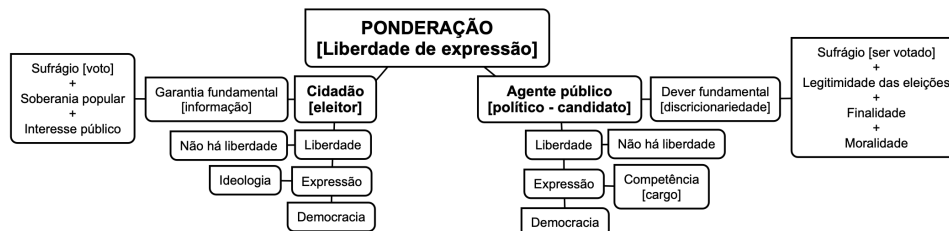
¹⁷²“Na seara jurídica, designa o direito público subjetivo democrático, pelo qual um conjunto de pessoas – o povo – é admitido a participar da vida política da sociedade, escolhendo os governantes ou sendo escolhido para governar e, assim, conduzir o Estado. Em suma: o sufrágio traduz o direito de votar e de ser votado, encontrando-se entrelaçado ao exercício da soberania popular”¹⁷². In: GOMES, J.J. Ob. Cit., p. 72.

¹⁷³BUCCI, D. Ob. Cit., p. 401.

“matéria” no próprio texto normativo para que se permita fazer a sua ponderação ao caso concreto.

Sobre o *princípio formal* (liberdade de expressão) prevê o artigo 11 CEDH que “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão¹⁷⁴. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem considerações de fronteira. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social”. Neste é possível identificar o teor material do princípio da liberdade de expressão: (a) indivíduo; (b) liberdade; e, (c) expressão.

Como se nota, o princípio material não altera o formal, mas o torna aplicável ao caso concreto. Para que se possa compreender o erro de interpretação na jurisprudência brasileira, far-se-á a ponderação ao princípio da liberdade de expressão. Ressalta-se, no artigo 11 da Carta Europeia de Direitos Humanos, o trecho: “sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos”¹⁷⁵.



¹⁷⁴Sobre as explicações normativas do artigo 10 da Carta Europeia de Direitos Humanos: “1. O artigo 11º corresponde ao artigo 10º da CEDH, que tem a seguinte redação: ‘1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia; 2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial’”. In: CEDH. *Liberdades*. Disponível em: <https://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/11-liberdade-de-expressao-e-de-informacao> acesso em: 04 mai. 2024.

¹⁷⁵Encaixa-se ao caso a administração pública direta e indireta. Como foi ilustrado ao longo da dissertação.

Imagem 11^{176 177}.

Portanto, as regras eleitorais demonstram que o candidato em período de propaganda eleitoral possui deveres que, caso não sejam cumpridos, também há a previsão de sanções. Sabe-se que não é possível aplicar a teoria da proporcionalidade frente a conflito entre regras e princípios. E, no caso de colisão de princípios, a proporcionalidade deveria ser feita entre liberdade de expressão e liberdade de informação do eleitor *versus* discricionariedade do candidato. Como bem destacado por Alexy, o princípio da democracia deve ser interpretado com maior peso numa democracia representativa e, para que se evite um esvaziamento dela, deve-se priorizar a liberdade de expressão e de informação do eleitor¹⁷⁸. Assim, para que este a exerça, exige-se o acesso à plena liberdade de informação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, não restou dúvida que a liberdade de expressão, de igual forma, é contemplada como garantia fundamental, e ela deve ser vista como *preferencial* no Estado Democrático brasileiro *em favor* do cidadão. O direito *ativo* é distinto do *passivo*, sendo o ativo o direito de votar e o passivo de ser votado. No passivo há uma inserção da pessoa *na administração pública* e essa *deve ser feita por uma série de cadastros e respeitando todas as regras eleitorais*. Para tanto, o Estado Democrático *não possui dispositivo legal que permita ao agente público (político) atuar com a liberdade garantida ao cidadão, pois aquele deve agir com discricionariedade*. Dessa forma, compreende-se um

¹⁷⁶Imagem de autoria própria.

¹⁷⁷A exceção sobre a liberdade se encontra no direito ao sufrágio do eleitor, pois este tem o direito de votar de forma *livre*, e o voto é *secreto*.

¹⁷⁸O erro na interpretação, frente à colisão de princípios no Direito Eleitoral, pode ser visto também no entendimento da Aline Osório, que não apenas defende o princípio da liberdade de expressão político-eleitoral, mas também adota uma postura *preferencial para proteger a personalidade dos candidatos*: “Finalmente, a liberdade de expressão político-eleitoral constitui princípio tão essencial no processo eleitoral que compõe o conteúdo de todos os demais princípios substantivos estruturantes do direito eleitoral. Além dos princípios constitucionais eleitorais, outros princípios constitucionais têm sido invocados correntemente para justificar a restrição da liberdade de expressão nas eleições, como a proteção ao meio ambiente, o cumprimento de posturas municipais e a *proteção aos direitos da personalidade dos candidatos*. Em relação a esses interesses, a liberdade de expressão assume um *status preferencial* em caso de colisão”. In: OSÓRIO, Aline Rezende Peres. *Ob. Cit.*, p. 260.

totalmente diferente do outro, afirmar que um político (candidato), por melhor que seja a sua intenção, possa agir com a mesma liberdade de um cidadão comum (eleitor), seria permitir que ele ultrapassasse as garantias fundamentais deste e colocasse a democracia brasileira em risco.

Frente aos princípios da publicidade e da transparência da administração pública, também a discricionariedade é limitante, pois alinha a atuação do agente público (político) à plena veracidade de informações. Tendo que atuar de forma transparente, em qualquer contexto, pois o cidadão tem o direito *preferencial de ser informado*. Não se observa, portanto, a possibilidade de manipular ou omitir informações em *qualquer hipótese de atuação da administração pública*. Como visto na explanação sobre a Teoria dos Círculos Concêntricos, em casos nos quais prevalece o *interesse público*, nem o direito à privacidade (honra) é garantido ao agente público (político).

Sobre a liberdade de informação, a interpretação recepcionada pelas Cortes Internacionais diverge da brasileira, apesar de o Brasil ter ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como assumido o compromisso de respeito à liberdade como uma garantia fundamental do cidadão que também *deveria ser vista como complementar à liberdade de expressão*. Ambas se acrescentam como *ferramentas* que possibilitam à população participar da democracia, ou seja, garantir uma atuação mais consciente e produtiva no processo de escolha de seus representantes no sufrágio (direito ao voto) e na fiscalização da atuação estatal (legitimidade das eleições). A soberania popular, garantida pelo Estado Democrático, é prejudicada quando há manipulação ou distorção na informação prestada pelo agente público (político), e este direito deve ser interpretado de forma preferencial pelo Poder Judiciário.

Normas legais e princípios impedem que o agente público (político) utilize o direito fundamental à liberdade de expressão, no nível do permitido ao cidadão comum, quando no *exercício da sua função*. Aquele agente é dotado de poder. Caso o Estado e seus agentes passarem a interpretar a liberdade de expressão como uma garantia do próprio Estado, ampliarão o campo de abrangência da interpretação do conceito de liberdade de expressão, em detrimento da democracia. Portanto, não resta dúvida quanto ao caráter deletério à democracia deste entendimento sobre as garantias fundamentais.

O contrato social pactuado no Brasil prevê uma estrutura estatal composta por três poderes autônomos, na forma de uma democracia representativa, com soberania popular na escolha de representantes e na fiscalização da atuação do Estado. É função do Estado e de seus agentes zelar pelo cumprimento das premissas constitucionais que mantêm o pacto federativo. Cabe ao Poder Judiciário a fiscalização da ação dos agentes públicos (políticos), não havendo margem à relativização de princípios normativos.

Quanto ao princípio da discricionariedade deve ser interpretado *preferencialmente* ao candidato em período de propaganda eleitoral. Entende-se correto o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello que ressalta o conceito de agente público. Neste, refere-se a todos que servem o Poder Público. Ainda quanto aos dois requisitos para a caracterização do agente público (político), destacam-se: a) o *objetivo* (natureza estatal da atividade desempenhada), pois o candidato em período de propaganda eleitoral visa a captação de votos para desempenhar um cargo representativo; b) o *subjetivo* (a investidura da atividade), pois o candidato filiado a um partido além de receber fração do fundo eleitoral partidário, também é beneficiado por serviços públicos (sem custo ao partido), como exemplo, tempo em rádio e televisão.

Outro exemplo de agente público em período eleitoral: o mesário voluntário. Que é sujeito a eventual punição *administrativa*, civil e criminal, dependendo da análise do caso concreto. Portanto, seria imperioso afirmar que o candidato ao cargo representativo não estaria sujeito a qualquer responsabilidade em caso de desvio de finalidade, como se notou, pela própria jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, está.

Destaca-se o prejuízo ao erário em casos de propaganda eleitoral com desvio de finalidade. A questão se verifica pelo recebimento de fração do fundo eleitoral e, também, pelas concessões gratuitas (sem custo ao partido) a serviços públicos para viabilizar a propaganda eleitoral (como exemplo, tempo em televisão e rádio), por essa razão a campanha eleitoral, realizada pelo candidato com vínculo partidário, deve ser feita com o máximo de transparência e com informações verdadeiras para alcançar de forma plena a legitimidade das eleições e o sufrágio universal.

No Direito Eleitoral, a discricionariedade deve ser *preferencial* para o candidato, pois não se trata de limitar o progresso no mecanismo de informação,

mas sim de *impedir abusos de poder e desvios de finalidade*. A prática demonstra a razão de Thomas Hobbes, Émile Durkheim e outros pensadores de igual grandeza: o ser humano deve ter sua liberdade limitada, pois sua natureza, quando isenta de limites, o faz extrapolar os direitos que lhe foram concedidos pelo pacto social. A discricionariedade, o princípio e a norma firmada no pacto democrático, são os limites de ação do agente público e político, em respeito à sociedade.

Seria anacrônico, também, afirmar que a limitação à liberdade de expressão imposta ao detentor de mandato eletivo dificultaria sua atuação em prol de interesses populares. A análise lógica impõe a conclusão de que a conduta discricionária seria o melhor filtro na direção desses interesses, além de controlar a manipulação de informações, em geral danosas ao interesse social. O respeito às normas se reveste de fundamental importância na atualidade, frente aos mecanismos atuais de comunicação horizontal, possibilitados pelas redes sociais da *internet*, e o seu uso tem levado à polarização de grupos distintos, onde a única informação aceita é a que se encaixa na opinião daquele grupo, tornando a discussão de fatos e, por incrível que possa parecer, a própria realidade, secundários. *O uso destas redes sociais por agentes públicos, políticos, e grupos a eles associados, sem controle pelo Estado, é hoje a maior ameaça à democracia no Brasil.*

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de Direito Administrativo*. 29º ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BOBBIO, N. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BUARQUE DE HOLANDA, B. *O homem cordial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- BUSATO, P.C. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 5º ed., São Paulo: Atlas, 2015.

- BUCCI, D. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão: limites materiais*. São Paulo: Almedina, 2018.
- MOUFFE, C. *Sobre o político*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- CHEQUER, C. *A Liberdade de expressão como Direito Fundamental preferencial prima facie*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- COUTINHO, J.N.D.M. *Direito e Psicanálise: interlocuções a partir da literatura*. 2º ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.
- COLLOR DE MELLO, P. *Passando a limpo: a trajetória de um farsante*. 3º ed. Rio de Janeiro: Record, 1993.
- CEDH. *Liberdades*. Disponível em: <https://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/11-liberdade-de-expressao-e-de-informacao> acesso em: 04 mai. 2024.
- DAHL, R.A. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2020.
- DWORKIN, R. *A justiça da toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 215.
- FERREIRA MENDES, G; GONET BRANCO, P; e, MÁRTIRES COELHO, I. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- FERREIRA MENDES, G; GONET BRANCO, P.G. *Curso de Direito Constitucional*. 16º ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 12º ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2021.
- GOMES, J.J. *Direito Eleitoral*. 17º ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- NETTO DE ARAUJO, E. *Curso de Direito Administrativo*. 5º ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- HESSE, K. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- Infopédia. *Origens da Propaganda*. Dicionário Porto Editora. Disponível em: [https://www.infopedia.pt/\\$origens-da-propaganda](https://www.infopedia.pt/$origens-da-propaganda) acesso em: 31 jan. 2024.
- KANT, I. *Lições de ética*. São Paulo: Unesp, 2018.

- MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. 2º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NIETZSCHE, F. *Sobre verdade e mentira*. São Paulo: Hedra, 2008.
- ONU. *Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> acesso em: 26 dez. 2024.
- OSÓRIO, A.R.P. “O direito eleitoral e a liberdade de expressão: política, palavra e paixão”. *Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)*, 2015.
- PONDÉ, L.F. *Filosofia para corajosos*. São Paulo: Planeta, 2016.
- PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G; CORTELLA, M.S. *Verdade e mentira: ética e democracia no Brasil*. Campinas: Papirus 7 Mares, 2016.
- RAMOS, A. *A propaganda eleitoral antecipada: as inovações trazidas pela Lei 12.891/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 960 (out/2015).
- REVEL, J.F. *El conocimiento inútil*. Barcelona: Planeta, 1989.
- Roda Viva. *Edson Fachin*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZNBwRELg2S4>, acesso em: 02 abr. 2022.
- SILVA VELLOSO, C.M.D; MOURA AGRA, W.D. *Elementos de Direito Eleitoral*. 7º ed. São Paulo, Saraiva, 2020.
- TÔRRES, F.C. “O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão”. *Revista de Informação Legislativa*, nº 200, out./dez. 2013.
- VIEIRA DE CARVALHO NETO, T. *Liberdade de expressão e propaganda eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994.