

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A TUTELA DA JUSTIÇA ELEITORAL

Diogo Seixas Conduru¹

RESUMO

A justiça eleitoral tem como função, a garantia de eleições livres, justas e iguais e para isso possui tantos instrumentos quanto necessários para atingir este objetivo, entre eles, impor limite ao uso da propaganda eleitoral, seja ela extemporânea ou não, coibindo abusos de poder político e econômico que desequilibrem a disputa. O instrumento do controle da propaganda eleitoral em geral não possui uma relação direta com a liberdade de expressão, não sendo esse o *télós* da justiça eleitoral, senão indiretamente, através da estabilização do modelo democrático. Assim, ao tutelar e controlar a propaganda, seja através de aplicação de multa ou mesmo da retirada de conteúdo em redes sociais ou outros meios de comunicação, a justiça eleitoral está garantindo o equilíbrio do jogo democrático de maneira que é estranha à sua tutela a avaliação dos limites da liberdade de se expressar.

Palavras-chave: justiça; eleitoral; liberdade; expressão; propaganda.

ABSTRACT

Electoral justice has the function of guaranteeing free, fair

¹ Advogado, Juiz-Membro Titular do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, Mestre em Direito pela UFPA, Doutorando pelo IDP/Brasília

and equal elections, and for that it has as many instruments as necessary to achieve this objective, including imposing limits on the use of electoral propaganda, whether extemporaneous or not, curbing abuses of power political and economic that unbalance the dispute. The instrument of electoral propaganda control in general does not have a direct relationship with freedom of speech, which is not the *télós* of electoral justice, but indirectly, through the stabilization of the democratic. Thus, by overseeing and controlling advertising, whether through the imposition of a fine or even the removal of content on social networks or other media, the electoral justice is ensuring the balance of the democratic game in a way that the evaluation is alien to its guardianship at the limits of the freedom of speech.

Keyword: justice; electoral; freedom; speech; propaganda.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é uma das principais liberdades garantidas pelas democracias constitucionais², e junto com a liberdade religiosa foram as expressões genuínas do iluminismo do século XVIII. Com o declínio da era das ideologias e a confir-

mação do modelo de democracia constitucional de mercado, a liberdade de expressão passa a ser um dos pilares do sistema democrático.

No mundo atual em que a legitimidade do exercício do poder está vinculada de uma maneira ou de outra ao sistema democrático, ditadores e déspotas de plantão fazem de tudo para manter as aparências de um sistema de governo que se aproxime de eleições livres, voto secreto, separação de poderes e invariavelmente possuem até mesmo uma constituição (LANDAU, 2020), mas dificilmente conseguem sobreviver a liberdade de expressão, daí porque, apesar das aparências, geralmente controlam os meios de comunicação em massa e limitam o acesso a *internet* (MOUNK, 2019). A liberdade de expressão é, portanto, uma garantia do estado democrático, mas é também fruto dela, em uma espécie de ciclo de dependência mútua.

Não quero dizer com isso que a liberdade de expressão seja absoluta, pois em nenhum país democrático ela é exercida de maneira incondicional, possuindo diversas limitações ao seu exercício, limites estes que em regra geral são exercidos *a posteriori* e nunca através de juízo prévio. A liberdade de expressão é fundamental para a democracia, assim como ter eleições livres, justas e iguais.

Se de um lado o processo eleitoral é a porta de entrada para a democracia, a liberdade de expressão é a própria sobrevivência desta. No Brasil, onde a

² O conceito de democracias constitucionais inclui países como a Inglaterra, que embora não tenha uma constituição escrita, possui em sua formação institucional, os fundamentos e liberdades necessários.

justiça eleitoral é a quem cabe regular e fazer cumprir as regras da disputa, são utilizados diversos instrumentos para equilibrar o debate entre os múltiplos atores que lutam entre si pela maioria dos votos e pela implementação de sua agenda, entre eles, a proibição de propaganda eleitoral fora do tempo permitido e as limitações destas propagandas durante o período eleitoral.

Estas restrições nos levam a um aparente conflito entre a liberdade de expressão e a atuação da justiça eleitoral que pode inclusive determinar a retirada de conteúdos de sítios de internet, de redes sociais e de comerciais de televisão. Parece estranho que a justiça eleitoral tenha que fazer ponderação de valores na hora de decidir se um determinado conteúdo que antecipe ou que viole as regras de propaganda ultrapasse ou não a liberdade de expressão, e o objetivo aqui, para além da crítica do próprio uso da teoria de Alexy (2017) como é usada no Brasil, é mostrar que não há este conflito.

A questão que nos resta neste artigo, portanto, é saber se há relação entre a liberdade de expressão e o controle da propaganda política pela justiça eleitoral, ou se é possível esta análise pela justiça eleitoral, senão como retórica.

Para isso, iniciaremos fazendo uma breve introdução sobre a liberdade de expressão, para concluir se existe do ponto de vista normativo a possibilidade de sua limitação. Em seguida iremos analisar o papel da justiça eleitoral a partir da sua finalidade.

Uma vez delimitada a possibilidade de limitação, em tese, da liberdade de expressão em sistemas constitucionais e democráticos, e apontada a finalidade da justiça eleitoral, passaremos para o exame dos marcos legais na legislação vigente sobre os limites da propaganda eleitoral no Brasil e a forma como está enunciado em nossa legislação e precedentes, identificando se há na aplicação do direito a necessidade de análise, pela justiça eleitoral, sobre o conteúdo da liberdade de expressão, para ao final, em conclusão, responder a problemática exposta neste artigo.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão, considerada genuína expressão do Estado Liberal, coincide com o próprio constitucionalismo e, apesar da história ser uma construção contínua (e não estanque), tem como marco a Constituição dos Estados Unidos, mais especificamente sua primeira emenda, em 15 de Dezembro 1791:

*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*³ (2021).

Como decorrência lógica da luta iluminista pela liberdade religiosa, ou mais especificamente, pela liberdade de não crer em nenhuma religião, ou crer no estado secular (laico), a liberdade de expressão acabou se tornando a base de sustentação do constitucionalismo normativo, de maneira que não pode ser objeto de renúncia, substituição, revisão ou alteração, a cláusula constitucional que trate de maneira expressa ou não, da liberdade de expressão (2019). No Brasil, inclusive, delimitada naquilo que se denominou de cláusulas pétreas.

Do ponto de vista da filosofia política de Rawls (1993), por exemplo, a liberdade de expressão é arranjo necessário e estaria inserida em seu primeiro princípio, como liberdade básica, também chamado de "Princípio da Liberdade", segundo o qual:

cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que sejam compatíveis com um sistema de liberdade para as outras.

³ Em tradução livre: O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.

Na teoria do discurso de Habermas (2012) a liberdade de expressão atinge contornos ativos de uma liberdade que deve ser promovida de maneira positiva e não simplesmente o ato do Estado de não interferir, primeiro porque centra sua teoria no discurso e na capacidade de deliberação, e segundo porque precisa de um auditório informado e capaz de estabelecer a força do melhor argumento, portanto, para o exercício da livre expressão o Estado deve garantir as condições para tal.

A liberdade de expressão encontra protagonismo também na teoria de Dworkin (2016), do direito como integridade, sendo um trunfo contra o Estado para o exercício ético da igualdade de escolha e oportunidades.

Não creio que a defesa da liberdade de expressão, do ponto de vista teórico ou prático, seja um problema, aliás, *vis-a-vis* é uma unanimidade em teorias que levem em conta a dignidade humana, a questão é: de que maneira se justifica normativamente as suas limitações?

Partindo da teoria do direito como integridade, Dworkin (2016) destaca como valor político fundamental a igualdade, estabelecida no igual respeito e consideração que devemos ter por nós mesmos e pelos outros, a partir do qual se estabelece a integração de todos os sistemas (direito, moral, economia e etc) em um todo harmônico e coerente. Assim, a liberdade de expressão encontra limites no caso concreto quando a questão posta fere o direito fundamental de igualdade ou interfere nas escolhas éticas do indivíduo.

Para Rawls (1993) a liberdade de expressão tem limites quando está em jogo a formação de arranjos institucionais justos, cabendo ao judiciário a correção destas distorções a partir de uma razão pública que poderá ser exercida a partir de uma fundamentação pública em cortes constitucionais e para Habermas (2012) estes limites se encontram estabelecidos não somente pela força do melhor argumento, mas também pela correção moral que a comunidade estabelece a partir do debate livre, justo e informado.

Portanto, normativamente, três das mais importantes teorias contemporâneas, permite que sejam limitados os discursos discriminatórios e de ódio, por exemplo, de modo que cada país pode impor, dentro dos limites estabelecidos pelas teorias que adota, fronteiras para a liberdade de expressão.

No Brasil, embora utilizando-se de maneira discricionária da ponderação de princípios de Robert Alexy (2017), o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da inconstitucionalidade (BRASIL, 2009) da lei de imprensa (Lei 5.250/67) destacou que os limites da liberdade de expressão encontram eco na ofensa à honra e à imagem e na apologia ao crime, por exemplo, contudo seus efeitos serão sempre estabelecidos *a posteriori*, seja a partir do direito de resposta, retirada de conteúdo ou indenização, e nunca *ex ante*, o que configuraria censura.

Em repercussão geral reconhecida, tema 837, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, ainda não julgada, o STF terá de enfrentar a seguinte tese já definida:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, IV e IX, e 220, caput, § 1º e § 2º, da Constituição Federal, a definição dos limites da liberdade de expressão, ainda que do seu exercício possa resultar relevante prejuízo comercial, bem como fixar parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas que lhe possam ser legitimamente impostas (BRASIL, 2015).

O *leading case* diz respeito a um Recurso Extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que reformou parcialmente sentença de 1º grau, assim ementado:

Colisão de direitos fundamentais. Entidade não governamental que atua na proteção dos animais versus promotor de tradicional rodeio (Festa do Peão de Barretos). Conflito que surge em razão de publicações sobre crueldades que se praticariam na are-

na, seguidas de abordagens diretas aos patrocinadores do evento como propósito de persuadi-los ao cancelamento da parceria Inadmissibilidade. Exercício abusivo do direito de agir em favor dos animais. Intervenção necessária do Judiciário para adequar pronunciamentos da entidade à verdade, evitando que seu site se transforme em instrumento de opressão e de boicote de uma atividade que transformou a festa em cultura popular e polo da economia municipal - Dano moral in re ipsa - Provento, em parte, dos recursos. (fls.667 destaques no original) (BRASIL, 2015).

Independente do conteúdo do que virá a decidir o Supremo, a questão aqui diz mais sobre a possibilidade de rever os termos dos limites da liberdade de expressão e menos sobre a constitucionalidade normativa e prática dos seus limites, cujo exercício absoluta é incompatível com a democracia.

3 O PAPEL DA JUSTIÇA ELEITORAL

A justiça eleitoral independente e vinculada ao judiciário não é a regra em democracias modernas, o modelo brasileiro, em verdade, é uma excepcionalidade. O controle das regras de disputas democráticas, variam sobremaneira no mundo inteiro, nos Estados Unidos, por exemplo, é feita pela judiciário comum, em regra estadual, uma vez que cada Estado possui autonomia legislativa quanto as suas regras eleitorais, restando para a justiça da união, matérias específicas, geralmente atinentes a financiamento de campanha e fraude no processo eleitoral.

Na Alemanha e Espanha, cujo Tribunal Constitucional é *ad hoc*, portanto fora da estrutura do judiciário, quem decide os conflitos sobre as regras eleitorais é a Corte Constitucional Federal, ficando a qualificação dos eleitos a cargo do parlamento e o controle das eleições é realizado por direções eleitorais estaduais e uma

federal. Na Itália, o recrutamento eleitoral é feito pelos governos locais e o contencioso pela corte de Apelação em primeira instância e o Tribunal de Cassação em segunda, sistema parecido com o que ocorre na França (STRECK, 2019).

Na América do Sul, o Uruguai divide a atividade administrativa para as juntas eleitorais e o contencioso para uma Corte Eleitoral que, contudo, não integra o Poder Judiciário, a exemplo do que ocorre no Chile (STRECK, 2019).

Cada país tem um mecanismo próprio para controlar as regras do jogo e garantir eleições confiáveis e que representem de fato a vontade da maioria. No Brasil, a Justiça Eleitoral concentra todas as funções contenciosas e administrativas, desde a coordenação das eleições, sua execução, até mesmo o registro dos candidatos e a solução de conflitos. É justiça especializada, e faz parte do Poder Judiciário, guardando, entretanto para si, algumas peculiaridades que a tornam autônoma e a diferenciam das demais justças especializadas, possuindo autonomia legislativa, tendo as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral força de Lei e autonomia de execução de seus atos, ficando sob sua coordenação direta a polícia federal e o exército.

Esta autonomia da justiça eleitoral no Brasil foi bem sintetizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

Quando se discutem os critérios de atualização das bancadas parlamentares, o que está em jogo, em última instância, é o poder das maiorias políticas de conservarem ou aprofundarem o seu próprio poder, impondo limites à influência das minorias. Essa circunstância exige uma atuação especialmente cuidadosa por parte do Poder Judiciário, encarregado de zelar para que o peso político de determinados atores não seja utilizado para fechar ou direcionar os canais de representação segundo as suas conveniências. Nesse universo, a Justiça Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal apresentam melhores capacidades institucionais do que o sistema político, auto

interessado nos resultados a que se pode chegar. A definição do espaço que cada corrente ocupará no processo político não pode se submeter ao controle absoluto ou total das maiorias parlamentares de cada momento. Afirmar o contrário seria admitir que o grupo que hoje está no poder tivesse em suas mãos os meios de moldar a representação democrática, podendo, assim, impedir ou dificultar o acesso de outros atores, partidos ou ideologias (BRASIL, 2014).

O papel, portanto, da Justiça Eleitoral, ao concentrar funções anômalas dentro da própria estrutura do Poder Judiciário é o de tutelar o pleito eleitoral de maneira que se mantenha equidistante dos interesses da maioria de ocasião e dos poderes eleitos, evitando qualquer interferência e garantindo legitimidade ao exercício do poder.

As eleições são a porta de entrada do processo democrático e cabe a justiça eleitoral dentro do nosso modelo, zelar para que as partes em disputa tenham condições iguais para implementar as políticas que entendem ser as melhores para a comunidade, e na salvaguarda de sua função, a justiça eleitoral dispõe de diversos instrumentos a sua disposição, entre estes instrumentos, para o que aqui nos interessa, temos que compete à justiça eleitoral ditar as regras pré-estabelecidas de propaganda eleitoral, cabendo a ela, dentro deste contexto, punir eventuais descumprimentos.

4 OS LIMITES LEGAIS PARA A PROPAGANDA

Os limites da propaganda eleitoral estão fixados na Lei 9.504/97 (Lei das eleições) que optou por regular o período em que a propaganda com a finalidade eleitoral é permitida, sendo expressamente vedada em períodos fora daquele regulamentar.

O art. 36-A⁴, estabelece aqui-

⁴ Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação

lo que considera não ser propaganda eleitoral antecipada, não sendo, portanto, uma exceção a regra de que fora do período permitido, a propaganda eleitoral é vedada. No período eleitoral, há também limitação a propaganda, hoje nos termos da resolução do TSE 23.610/2019.

A *ratio* desta opção, de limitar a propaganda no período permitido e vedar no período vedado, deve ser interpretada em conjunto com a função que possui a própria justiça eleitoral em nosso país, é combater a influência financeira sobre as eleições, o uso do poder político e econômico, a ponto de minar a democracia, direcionando o exercício do poder sempre a um determinado grupo, uma vez que, se fosse liberada a propaganda a qualquer tempo, em um país pobre, com uma educação deficitária e um passado de eleições fraudulentas, aqueles que tivessem melhores condições estariam em posição de vantagem.

das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico; II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; III - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos; IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; V - a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais; VI - a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias. VII - campanha de arrecadação prévia de recursos na modalidade prevista no inciso IV do § 4º do art. 23 desta Lei.

Além de tentar deixar a concorrência mais equilibrada, as vedações do período permitido buscam também que deve haver entre os candidatos um debate propositivo e de qualidade, vedando ofensas a honra e a imagem dos candidatos. Em relação a esta última *ratio*, contudo, deve haver o cuidado para que, na tentativa de qualificar o debate, a justiça eleitoral acabe por conduzi-lo de maneira solipsista.

Não é raro, contudo, encontrar decisões judiciais que consideram, em propagandas extemporâneas ou mesmo nos excessos cometidos em propagandas no período autorizado, um conflito com a liberdade de expressão, mas, existe de fato este conflito?

De maneira indireta podemos dizer que até existe, uma vez que poderá ter reflexo normativo no comportamento das pessoas, por exemplo, alguém que tenha sido reiteradas vezes multado por um determinado conteúdo poderá deixar de exibir este conteúdo, ou mesmo, poderá ser determinada a retirada compulsória do conteúdo, inibindo-o de novas postagens. Ocorre que, uma coisa é a consequência da tutela jurisdicional, outra é o seu *télos*, a sua essência.

O § 1º o art. 10 da resolução TSE 23.610/2019 até expressa preocupação com a liberdade do pensamento, ou melhor, até tenta se preocupar com as consequências da tutela da justiça eleitoral:

§ 1º A restrição ao emprego de meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais e passionais não pode ser interpretada de forma a inviabilizar a publicidade das candidaturas ou embaraçar a crítica de natureza política, devendo-se proteger, no maior grau possível, a liberdade de pensamento e expressão.

No entanto a preocupação com as consequências do fim da tutela jurisdicional eleitoral é diferente dos requisitos a serem considerados para a defesa da sua finalidade. Ora, como dito, a razão de ser da aplicação de multa ou da retirada de conteú-

dos do ar, é o equilíbrio do pleito, evitando abusos, políticos e econômicos que coloquem um candidato em vantagem em relação aos demais. Se isso ocorrer, o sujeito deve ser multado e a propaganda pode e deve ser retirada, independente de estar tecnicamente dentro dos limites da liberdade de expressão.

Um exemplo que deixa a questão mais clara, imagine que um sujeito, fora do período permitido, coloque uma frase dizendo “vote em mim, serei o melhor prefeito desta cidade”, inegavelmente está dentro dos limites da liberdade de pensamento, contudo fere o equilíbrio do pleito na medida em que o antecipa. Agora suponhamos um caso mais limite, ou um *hard case*, de que o sujeito busque se promover e crie um perfil no *facebook* cuja finalidade é debater temas políticos, saúde, educação, cultura, lazer, economia, e em nenhum momento pede voto, contudo permite que se crie um ambiente em que as pessoas comentem: “você será o nosso prefeito”, “é o melhor candidato para nossa cidade”, “tem meu voto”. Ora, se considerarmos a liberdade de expressão é fácil perceber que este sujeito está no estrito limite desta, mas no entanto fere o equilíbrio do pleito quando o objetivo não é enaltecer as suas qualidades pessoais, mas promover uma cultura que gire em torno de sua candidatura.

Para ficar ainda mais complexo, suponhamos um sujeito que ultrapasse o limite da liberdade de expressão, quando diz, por exemplo que um determinado prefeito é mal pagador, que agride a mulher e os filhos, que é um péssimo exemplo para a família, que possui amantes e etc. É claro que neste caso, em sendo mentira, o sujeito extrapolou todos os limites da liberdade de expressão, criou notícias falsas e mexeu com a honra de uma pessoa, mas não buscou com isso e nesse exemplo, qualquer finalidade eleitoral, ou seja, é o que se consagrou chamar de um indiferente eleitoral, portanto, não há neste caso, qualquer tutela da justiça eleitoral, embora tenha tido excessos na liberdade de expressão.

O que se quer dizer com isso é que ao analisar os requisitos do uso abusivo ou vedado de

propaganda eleitoral, deve ser levado em conta o *télós* da justiça eleitoral, que seja, evitar o desequilíbrio da disputa e o abuso de poder político e econômico, sendo desnecessário analisar se o sujeito está ou não inserido dentro dos limites da liberdade de expressão.

O art. 38, § 7º da resolução TSE 23.610/2019 deixa claro que qualquer abuso da liberdade de expressão que não busque o *télós* da justiça eleitoral, deve ser buscado na justiça comum:

§ 7º Realizada a eleição, as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet não confirmadas por decisão de mérito transitada em julgado deixarão de produzir efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo por meio de ação judicial autônoma perante a Justiça Comum.

Não há nada que represente mais a ideia de que a finalidade da justiça eleitoral é coibir abusos que desequilibrem o pleito, do que limitar a sua interferência ao limite da disputa que já ocorreu.

O Tribunal Superior Eleitoral possui manifestações nos dois sentidos, em um primeiro, a liberdade de expressão deve ser considerada como retórica tão somente, mas não como requisito para a aplicação de multa ou mesmo a retirada de conteúdo das diversas mídias:

[...] Propaganda irregular. Fake news. Remoção de conteúdo. [...] 3. Segundo o caput e § 1º do art. 38 da Res.-TSE 23.610, a atuação da Justiça Eleitoral em relação aos conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático, a fim de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, de modo que as ordens de remoção se limitarão às hipóteses em que seja constatada violação às regras eleitorais ou ofensa aos direitos das pessoas que participam do processo eleitoral. 4. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior: ‘uma vez encerrado o processo eleitoral, com a diplomação dos eleitos, cessa a razão de ser

da medida limitadora à liberdade de expressão, consubstanciada na determinação de retirada de propaganda eleitoral tida por irregular, ante o descompasso entre essa decisão judicial e o fim colimado (tutela imediata das eleições). Eventual ofensa à honra, sem repercussão eleitoral, deve ser apurada pelos meios próprios perante a Justiça Comum’ [...] (AC. De 22.10.2020 na Rp n. 060169771, Rel. Ministro Sérgio Banhos)

Em um outro entendimento, do qual discordo, o Tribunal faz uma ponderação de valores, como se fosse necessário ou requisito para a retirada do conteúdo do ar, os limites da liberdade de expressão.

“[...] Propaganda eleitoral extemporânea. [...] Veiculação de mensagens no aplicativo whatsapp contendo pedido de votos. Ambiente restrito. Conversa circunscrita aos usuários do grupo. Igualdade de oportunidade entre os candidatos e liberdade de expressão. Conflito entre bens jurídicos. ‘viralização’. Fragilidade da tese. Ausência de dados concretos. Posição preferencial da liberdade comunicativa ou de expressão e opinião. [...] 3. Existe na espécie certo conflito entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico de um lado, a igualdade de oportunidade entre os candidatos e, de outro, a liberdade de expressão e opinião do cidadão eleitor (liberdade comunicativa), de modo que a atividade hermenêutica exige, por meio da ponderação de valores, o reconhecimento de normas carregadas com maior peso abstrato, a ensejar, por consequência, a assunção por uma delas, de posição preferencial, como é o caso da liberdade de expressão. 4. Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão assume uma espécie de posição preferencial (preferred position) quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais. 5. Quando o enfoque é o cidadão eleitor,

como protagonista do processo eleitoral e verdadeiro detentor do poder democrático, não devem ser, a princípio, impostas limitações senão aquelas referentes à honra dos demais eleitores, dos próprios candidatos, dos Partidos Políticos e as relativas à veracidade das informações divulgadas [...] 6. As mensagens enviadas por meio do aplicativo Whatsapp não são abertas ao público, a exemplo de redes sociais como o Facebook e o Instagram. A comunicação é de natureza privada e fica restrita aos interlocutores ou a um grupo limitado de pessoas, como ocorreu na hipótese dos autos, o que justifica, à luz da proporcionalidade em sentido estrito, a prevalência da liberdade comunicativa ou de expressão. 7. Considerada a posição preferencial da liberdade de expressão no Estado democrático brasileiro, não caracterizada a propaganda eleitoral extemporânea porquanto o pedido de votos realizado pela recorrente em ambiente restrito do aplicativo Whatsapp não objetivou o público em geral, a acaso macular a igualdade de oportunidade entre os candidatos, mas apenas os integrantes daquele grupo, enquanto conversa circunscrita aos seus usuários, alcançada, nesta medida, pelo exercício legítimo da liberdade de expressão. 8. Consignada pelo Tribunal de origem a possibilidade em abstrato de eventual 'viralização' instantânea das mensagens veiculadas pela recorrente, ausente, contudo, informações concretas, com sólido embasamento probatório, resultando fragilizada a afirmação, que não pode se amparar em conjecturas e presunções. [...]” (Ac de 07.05.2019 no Respe n. 13351, rel. ministra Rosa Weber.)

Imagino do ponto de vista argumentativo, os inúmeros casos em que o sujeito esteja dentro dos limites da liberdade de expressão e, contudo, peça para si ou para outrem voto fora do período permitido, ou ainda que utilize, dentro do limite da liberdade de expressão, meios de propaganda vedado durante o período eleitoral, que ponderação seria

possível? Parece, portanto, que a liberdade de expressão sempre irá esbarrar no limite que se defende a democracia, a partir de uma disputa igual, livre e justa, de modo que não há valor a ser ponderado, mas tão somente a identificação de propaganda que atinja o equilíbrio eleitoral e lá o sujeito já estará inevitavelmente, ultrapassando os limites da sua liberdade de se expressar.

5 CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é arranjo necessário em um estado constitucional e democrático, baseado em princípio liberais, no entanto, os seus limites são normativamente justificados de maneira que não pode e não deve ser exercida de maneira absoluta.

Os limites da liberdade de expressão, contudo, não tem a ver com o *télós* da justiça eleitoral, que é a salvaguarda do equilíbrio da disputa eleitoral, evitando-se o abuso de poder político e econômico, com a finalidade de evitar a perpetuação de um determinado grupo no poder, resguardando a democracia através de eleições justas, livres e iguais.

Se estivermos retirando um conteúdo pra defender a honra de alguém, não estamos garantindo o equilíbrio do pleito, mas restaurando a dignidade, função que cabe a justiça comum e não a justiça eleitoral. Dessa maneira é indiferente analisar se determinada conduta fere ou não a liberdade de expressão, uma vez que esta tutela não pertence a justiça eleitoral, sendo este argumento tão somente retórica sem conteúdo prático.

Ou melhor, ou bem o sujeito cometeu um indifferente eleitoral do ponto de vista da propaganda, ou, inevitavelmente está fora da sua liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Editora Forense, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4965**. Requerente: Mesa da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba. Interes-

sado: Tribunal Superior Eleitoral. Relatora: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130**. Arguente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Arguido: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 662.055, tema 837**. Recorrente: PEA - Projeto Esperança Animal. Recorrido: Os independentes. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso, Tribunal Pleno, em 27/08/2015.

DWORKIN, Ronald. **A justiça para ouriços**. São Paulo. Almedina Brasil, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, Vol.1 e 2.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**. Revista Jurídica da UFERSA, vol. 04, n. 7, January-June 2020, p. 17-71. HeinOnline.

SENATE, U. S. **Constitution of United States**. Washington: disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

PULIDO, Carlos Bernal. **Constitution-Making (without Constituent) Power: on the Conceptual Limits of the Power to Replace Or Revise the Constitution**. Braziliam Journal of Public Polity, vol. 09, no. 2, August 2019, p. 54-82. HeinOnline.

RALWS, John. **Liberalismo Político**. São Paulo. Editora Ática, 1993.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora GEN - Forense, 2019.