

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

número 16 | junho 2024



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA
20 ANOS

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319 (meio físico)
ISSN 2675-195X (meio eletrônico)

REVISTA POPULUS

2024.1

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa dos autores.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

1ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, nº 150, CEP 41.745-901 – Salvador-BA

Tel.: (071) 3373-7445/7188/7156/7376

Presidente

Abelardo Paulo da Matta Neto

Vice-Presidente

Maurício Kertzman Szporer

Membros do Tribunal

Pedro Rogério Castro Godinho

Moacyr Pitta Lima Filho

Iran Esmeraldo Leite (Substituto)

Danilo Costa Luiz (Substituto)

Ricardo Borges Maracajá Pereira (Substituto)

Procurador Regional Eleitoral

Samir Cabus Nacheff Junior

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Moacyr Pitta Lima Filho

Coordenadora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Joaquim Moura Costa Sampaio

As ideias e as opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Escola Judiciária Eleitoral - nº 16, 2024.1 - Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2024 -1

Semestral

ISSN 2446-9319 (meio físico)

ISSN 2675-195X (meio eletrônico)

1. Direito Eleitoral – Periódico. 2. Direito Constitucional. 3. Ciência Política. 4. Filosofia Política. 5. Sociologia Política.

I. Bahia. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Escola Judiciária Eleitoral.



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

REVISTA POPULUS



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

Salvador
n. 16, 2024.1, Junho 2024

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319 (meio físico). ISSN 2675-195X (meio eletrônico).

Publicação semestral (Junho)

Linha editorial: Propiciar permanente reflexão acadêmica na seara do Direito Eleitoral e nas áreas do conhecimento que o circundam, como a Ciência Política, a Filosofia Política e a Sociologia Política, mediante a divulgação de artigos de juristas, cientistas sociais, filósofos e operadores do direito, sobre temas que vicejam no cenário político-eleitoral.

EDITORES RESPONSÁVEIS

Dr. Jaime Barreiros Neto

M.^a Marta Cristina Jesus Santiago

CONSELHO EDITORIAL

Dra. Ana Carolina Fernandes Mascarenhas (BA) Dra. Ana Cláudia Santano (PR) Dr. Carlos Rátis (BA) Dr. Dirley da Cunha Júnior (BA) Me. Fernando Leal (BA) Dr. Florian Grotz (Alemanha) Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (RS) Dr. Jaime Barreiros Neto (BA) Dr. Jairo Nicolau (RJ) Dr. Jorge Miranda (Portugal) Dr. José Ricardo Ferreira Cunha (RJ) Dra. Maria Benedita Urbano (Portugal)	Dra. Marilda de Paula Silveira (MG) Ma. Marta Cristina Jesus Santiago (BA) Ma. Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer (BA) Dr. Paulo Fábio Dantas Neto (BA) Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (CE) Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (BA) Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG) Dra. Suzana Maria C. L.T. da Silva (Portugal) Dr. Sérgio Silveira Banhos (DF) Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (DF) Dr. Vitalino José F. Prova Canas (Portugal) Dr. Wilson Alves de Souza (DF)
--	---

PARECERISTAS

Dra. Ana Cláudia Santano (PR) Me. Bruno Cezar Andrade de Souza (DF) Dr. Cláudio André de Souza (BA) Me. Cláudio Alberto Gusmão Cunha (BA) Me. Cristian Patric de Sousa Santos (BA) Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis (DF) Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel (BA) Me. Diogo Assis Cardoso Guanabara (BA) Dra. Elaine Harzeim Macedo (RS) Dra. Eleonora Schettini Martins Cunha (MG) Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch (BA) Dra. Fernanda Ravazzano (BA) Dr. Frederico Franco Alvim (SP) Dr. Gabriel Marques da Cruz (BA) Me. Josafá da Silva Coelho (BA) Dr. Júlio César de Sá da Rocha (BA)	Ma. Lara Marina Ferreira (MG) Dra. Maria Benedita Urbano (Portugal) Me. Maíra de Barros Domingues (PA) Dr. Marcelo Ramos Peregrino Ferreira (SC) Dr. Marcelo Weick Pogliese (PB) Dra. Maria Benedita Urbano (Portugal) Dra. Marilda de Paula Silveira (MG) Dr. Maurício Requião (BA) Ma. Michelle Pimentel Duarte (PI) Dra. Roberta Maia Gresta (MG) Me. Rogério Carlos Born (PR) Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG) Dr. Salete Maria da Silva (BA) Dra. Suzana Maria C. L. T. da Silva (Portugal) Me. Vitor de Andrade Monteiro (AL) Me. Volgane Oliveira Carvalho (PI)
---	---

Capa

Felisberto da Silva Bulcão Filho

Editoração e projeto gráfico

Tiago Alencar

Daiane Favero

Revisão e normalização técnica

Andrea Fabiana de Medeiros Pereira

Jaubert Moraes de Jesus

Maíra de Souza Lima

Tiragem deste número em meio físico: 50

SUMÁRIO

CAPÍTULO I ARTIGOS INÉDITOS

Amir Al Hasani Maturano

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODIO: Una materia que le compete a los organismos electorales.....13

Anderson Carlucho Oliveira dos Santos e Ubirajara Coelho Neto

SISTEMA ELEITORAL E REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA: Estudo dos impactos do sistema eleitoral nas eleições municipais de Salvador (2012-2020) nas candidaturas de mulheres e negros.....31

Anna Paula Oliveira Mendes e Iara Loureto Calheiros

UMA MENTIRA DITA MIL VEZES TORNA-SE VERDADE? A desinformação em contextos eleitorais e a atuação da Justiça Eleitoral.....75

Gabriel Lima Fernandes

LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: (Quando) é preciso falar a verdade?.....95

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

A DEFESA DA DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....139

Vinícius Salum

JULGAMENTO DE CONTAS DE CAMPANHA E QUITAÇÃO ELEITORAL: A inconstitucionalidade da Súmula nº 42 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).....149

CAPÍTULO II

MEMÓRIA

“EMENDA DANTE DE OLIVEIRA”: Proposta de emenda à Constituição nº 5, de 1983.

APRESENTAÇÃO

2024 é um ano muito importante para a Escola Judiciária Eleitoral e para a democracia brasileira: mais uma vez, milhões de brasileiros voltarão às urnas, desta feita para eleger prefeitos e vereadores de todo o país, em mais uma demonstração da consolidação da democracia em nosso país. A Justiça Eleitoral, buscando cumprir sua missão institucional de garantidora e fiadora da soberania popular, estará envolvida na organização e execução de mais um processo eleitoral, no qual mais de 150 milhões de brasileiros estarão habilitados a participar, em uma das mais pujantes demonstrações da força e da relevância da democracia para as sociedades contemporâneas.

No âmbito interno do Tribunal Regional Eleitoral, por sua vez, 2024 representa um ano de grande comemoração, com a passagem do vigésimo aniversário da instalação da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia, cada vez mais fortalecida como o braço forte da Justiça Eleitoral baiana na realização da função educacional deste Tribunal, crucial para a legitimidade do sufrágio, objetivo maior da democracia nacional.

Comemorando seus 20 anos, a EJE Bahia apresenta ao público a décima sexta edição da já consagrada Revista Populus, oferecendo trabalhos acadêmicos com grande profundidade e atualidade.

Neste volume, Iara Loureto Calheiros e Anna Paula Oliveira Mendes nos brindam com importante trabalho sobre o tema do combate à desinformação, com o artigo “Uma mentira dita mil vezes torna-se verdade? A desinformação em contextos eleitorais e a atuação da justiça eleitoral”.

Apresentando tema correlato, o professor espanhol e grande referência mundial nos estudos sobre a liberdade de expressão, professor doutor Amir Al Hasani Maturano, oferece estudo intitulado “La libertad de expresión y discurso del odio: una materia que le compete a los organismos electorales”. Também tratando da liberdade de expressão, Gabriel Lima Fernandes suscita importantes reflexões no artigo “Limites

à liberdade de expressão no Brasil: (quando) é preciso falar a verdade? ”.

Anderson Carlucho Oliveira dos Santos e Ubirajara Coelho Neto, por outro lado, escrevem nesta edição artigo sobre representatividade política e sistema eleitoral, enquanto que Vinícius Salum discorre sobre o julgamento de contas de campanha e a quitação eleitoral, tema bastante prático e importante.

Para a honra da escola, o ilustre professor da USP, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, apresenta à Populus o artigo “A defesa da democracia e os direitos fundamentais”.

Por fim, na sessão memória, em júbilo ao aniversário de 40 anos da Campanha das “Diretas Já”, marco histórico da reconstrução da democracia no Brasil, ocorrido no ano de 1984, a Revista traz ao público o inteiro teor da famosa “Emenda Dante de Oliveira”, estopim para a ocorrência de um dos maiores e mais importantes momentos da nossa história política, crucial para a retomada democrática no nosso país.

Parabéns à Escola Judiciária Eleitoral da Bahia pelos seus vinte anos e pela décima sexta edição desta grande referência acadêmica que é a Revista Populus.

Salvador, junho de 2024

Des. Moacyr Pitta Lima Filho

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Abelardo Paulo da Matta Neto

Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

ARTIGOS INÉDITOS



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODIO: UNA MATERIA QUE LE COMPETE A LOS ORGANISMOS ELECTORALES

FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH: A MATTER THAT IS RESPONSIBLE TO ELECTORAL BODIES

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO: UMA MATÉRIA QUE COMPETE AOS ORGANISMOS ELEITORAIS

Amir Al Hasani Maturano¹

RESUMEN

Los discursos odiosos - en ocasiones del odio - como límites a la libertad de expresión requieren una mayor precisión y criterios abstractos para dotar de mayor seguridad a los operadores jurídicos, principalmente en el ámbito penal. También, necesariamente los organismos electorales necesitan criterios que les permita diferenciar lo que realmente es un debate político amparado por un ejercicio legítimo y lo que es un discurso del odio.

Palabras clave: *Discurso del odio; libertad de expresión; delitos de odio; discurso político.*

SUMMARY

Hate speech - sometimes hate speech - as limits to freedom of expression requires greater precision and abstract criteria to provide greater security for legal operators, mainly in the criminal field. Also, electoral institutions necessarily need criteria that allow them to differentiate between what is really a political debate protected by a legitimate exercise and what is hate speech.

Keywords: *Hate speech; freedom of expression; hate crimes; political speech.*

SUMÁRIO

Os discursos odiosos – em situações de ódio – como limites à liberdade de expressão - requerem uma maior precisão e critérios abstratos para dotar de maior segurança os operadores jurídicos, principalmente no âmbito penal. Também necessariamente os organismos eleitorais necessitam de critérios que os permita diferenciar o que realmente é um debate político amparado por um exercício legítimo e o que é um discurso de ódio.

Palavras-chave: Discurso de ódio; liberdade de expressão; delitos de ódio; discurso político.

1. INTRODUCCIÓN: EL DILEMA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODO

La temática que refiere al discurso del odio y su incidencia a la libertad de expresión, continúa siendo un tema de actualidad y relevante en la mayoría de sistemas democráticos². Para colmo, como nadie ignora será un tema que siga presente y, al menos, en un transcurso de tiempo prolongado. Así como sucede con otras cuestiones sociopolíticas y jurídicas, la repercusión se produce a nivel global.

En ese sentido, la controversia que ocasiona a nivel político y jurídico, origina una atención y la aportación de medidas por parte de: las instituciones, la sociedad civil y, los investigadores.

En principio, la esencia troncal del problema es la generalización mediante la utilización del castigo penal a lo que se ha caracterizado como *discurso de odio*, a costa de una negación a la protección de un derecho fundamental como es la libertad de expresión. A saber, un tema complejo -por múltiples motivos- para su análisis, al igual que, para el ofrecimiento de una respuesta común. Puesto que hablamos de un tema interdisciplinar de las ciencias sociales y jurídicas que conecta los principios jurídicos de la libertad de expresión con otros principios generales.

Una esfera pública será más próspera o de *calidad*, cuando la traducción de las emociones a elementos discursivos en acción, no se traduzca en una restricción a expresarse con una amplia libertad.

2 “los discursos del odio son en realidad tan antiguos como la humanidad, pero la novedad es ahora doble: por una parte, han llegado a tener un tratamiento jurídico, pueden llegar a considerarse como <delitos de odio> (hate crimes); por otra, una sociedad madura se pregunta cada vez más si ese tipo de discursos no es un obstáculo para construir una convivencia democrática”. En Cortina Orts, A.: ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 94, 2017, pp.77-78.

La expulsión de toda expresión y/o emoción dañina a través de una contención penal no los elimina realmente de la esfera, inclusive, en algunas ocasiones, lo que provoca es una amplificación de ese discurso malsonante u hiriente. En todo caso, mediante ese empleo restrictivo al ejercicio legítimo de la libertad, los mensajes se excluyen *ratione materiae* del libre mercado de las ideas. Por ende, se restringe el ejercicio de la libertad de expresión³.

Naturalmente, no lo compartimos con todo tipo o clase de discursos, ya que no todo está permitido en el ámbito de la esfera pública. Los discursos injuriosos, crueles o vejatorios no aportarían nada al debate público, y en ocasiones tasadas⁴, serán un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión. Dado que “la democracia requiere de la labor de mediación de la esfera pública para aminorar o eliminar el potencial destructivo de los discursos del odio”⁵. En suma, el discurso del odio es un fenómeno complejo y multidimensional que tiene consecuencias peligrosas y de gran alcance para los derechos humanos y el Estado de derecho en las sociedades democráticas. Por si fuera poco, el discurso de odio en línea, esto es, aquel que se realiza mediante las nuevas tecnologías nos plantea

3 En especial la idea de que “amparar solo significa, en estos casos, renunciar a su represión jurídica”. En Teruel Lozano, G.M.: Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español, *Revista española de derecho constitucional*, nº 114, 2018, p. 42.

4 “Cuando las palabras sí actúen como palos y piedras, cuando con la palabra se pretenda silenciar a los otros a través de la extorsión, la intimidación y la incitación directa a la violencia, habremos abandonado el ámbito de la esfera pública (y de la protección por el derecho a la libre expresión), y el Estado sí tendrá plena legitimidad para reprimir con la sanción penal tales conductas”. En Alcácer Guirao, R.; Fouce, H.: Emociones tóxicas en la nueva esfera pública: controversias mediáticas y discurso del odio, *Revista Mediterránea de Comunicación: Mediterranean Journal of Communication*, vol. 11, nº. 2, 2020, p. 133.

5 Alcácer Guirao, R.; Fouce, H.: Emociones tóxicas en la nueva esfera pública: controversias mediáticas y discurso del odio, *Revista Mediterránea de Comunicación: Mediterranean Journal of Communication*, vol. 11, nº. 2, 2020, p. 133.

unos desafíos específicos o singulares.

En habidas cuentas, nos conduce a un dilema clásico entre el binomio dignidad y la libertad. Todo ello, con la actual transformación, ya que se “abren así nuevos debates en la concepción de la libertad de expresión ante la realidad de las actuales sociedades multiculturales y la relevancia que adquiere la identidad”⁶.

Antes de nada, mencionamos que la fundamentación de la libertad de expresión como derecho fundamental en un ordenamiento constitucional, se ha originado a través de una doble naturaleza a la libertad de expresión, en sentido individual e institucional. Además, debe indicarse que es uno de los derechos de primera generación, asimilado por el conjunto de los sistemas democráticos.

A propósito de esa naturaleza de la libertad de expresión, tanto el TEDH como el TC, reconocieron en un primer momento, una posición preferente a la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales. De hecho, la libertad de expresión se caracteriza por ostentar una trascendencia o relevancia institucional hacia otros derechos. O, para la democracia en si misma que le otorga ese carácter preferente. No obstante, la evolución en el contexto legislativo y jurisprudencial europeo no parece marcar este camino, sino, más bien, una expansión del derecho penal y un efecto silenciador de la libertad de expresión, a costa de la protección de otros bienes jurídicos o derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales no son absolutos. De ahí que el establecimiento de límites al ejercicio de la libertad de expresión -que es un tema clásico-, pero en este caso, a través de la recepción como categoría, del manejo del discurso del odio, sea la reflexión central. En especial, por la falta de criterios clarividentes por parte de la jurisprudencia. En

6 Teruel Lozano, G.M.: Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español, *Revista española de derecho constitucional*, nº 114, 2018, p. 17.

síntesis, será necesario establecer límites y el debate se centra en discernir cuáles deben ser esos límites y en proporcionar criterios idóneos.

2. UNA APROXIMACIÓN DEL DISCURSO DEL ODOIO COMO LÍMITE AL EJERCICIO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La hipótesis inicial nos conduce a examinar qué son y cómo se caracterizan los discursos del odio.

Los discursos del odio⁷ tienen origen en la expresión⁸ catalogada como *hate speech* de la doctrina jurídica norteamericana⁹. Con una visión general, el término agrupa distintas expresiones que contienen desprecio y humillación. Aunque, la práctica demuestra que se ha convertido en un *cajón de sastre* que incluye cualquier conducta de animadversión. Sin embargo, la doctrina estadounidense¹⁰, poco a poco, ha acogido visiones protectoras a miembros de minorías vulnerables. Esa garantía básica de inclusión en la sociedad para todos los miembros de la misma. El discurso

7 “El rótulo <discurso del odio> ha recibido toda suerte de críticas: no necesita ser un discurso, puede ser un simple insulto o exabrupto, tampoco necesariamente ha de denotar odio, puede expresar otros sentimientos y emociones más débiles”. En Cortina Orts, A.: ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 94, 2017, p.88.

8 Un estudio interesante, vid. Pérez de la Fuente, O.: Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21, 2010.

9 Con una evolución de las concepciones originales, vid. Hare, I. y Weinstein, J.: *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Igualmente, vid. Rosenberg, I.: *The Fight for Free Speech. Ten Cases That Define Our First Amendment Freedoms*, NYU Press, 2021.

10 Vid. Waldron, J.: *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2014.

del odio se considera una amenaza para las minorías.

En atención al contexto comunitario, la categoría discurso del odio se erige -de forma esencial- a través de las Recomendaciones de Política General (núm.7) sobre la legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial; junto a la Recomendación General (núm. 15) de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) y de su Memorándum explicativo. Con todo, la Recomendación (núm.97) 20 del Comité de Ministros conceptúo el término discurso de odio como: “toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”. Esta definición amplía a expresiones que propaguen, incite, promuevan o justifiquen odio. Tal como se apunta por la doctrina mayoritaria, la definición resultó algo imprecisa, dado que muchos discursos molestos u ofensivos no siempre tienden a la provocación de una violencia, ni incitan al odio. Y, por ese motivo, no debe incorporarse en la categoría discurso del odio a todas aquellas expresiones intolerantes que, realmente, no incitan al odio. Dicho esto, esta base jurídica sirvió de modelo para la modificación y adopción de la tipología de los delitos de odio en el Código Penal español (en adelante CP). Subrayamos, aquellos delitos que castigan las conductas de incitación pública a la violencia o al odio y su propagación contra un grupo de personas o un miembro del grupo recogido en el art. 510 CP; y la apología o negación flagrante de crímenes de genocidio o contra la humanidad recogido en el 578 CP. Igualmente, se recogen otros tipos penales en el ordenamiento jurídico penal, que se incluyen en la categoría del discurso del odio, si bien, los anteriores se consideran los dos tipos usuales o comunes.

La incorporación -o modificación- de estos tipos penales específicos que incriminan estos discursos, tiene un soporte jurídico en la Decisión Marco 2008/913/JAI. Con respecto a los mismos, se plantea dudas en cuanto a la legitimidad constitucional de los mismos. Teniendo en cuenta que sin unos criterios jurídicos específicos que delimiten esta categoría del discurso del odio, no podrá hablarse de una democracia constitucional abierta y una esfera pública de calidad. Por consiguiente, un ejercicio de la libertad de expresión que tenga como límite al discurso del odio, en algunas ocasiones, y, que sean reconocidas por parte del aplicador del derecho. No tan solo, sino que también incorpore discursos malsonantes, odiosos, hirientes en determinadas circunstancias y situaciones como ejercicio legítimo; y, la respuesta penal relegada a los casos imprescindibles para una defensa de un bien jurídico protegido. Y, con ello, permita evitar un efecto desaliento al legítimo ejercicio de la libertad de expresión. En suma, un hipotético retorno a la jurisprudencia norteamericana (o la inicial del STEDH Handyside c. Reino Unido) en relación a la idoneidad del mensaje y su peligro claro e inminente, sea el *camino* adecuado. Puesto que la libertad de expresión no ampara solo las ideas o expresiones inofensivas o favorables, sino aquellas que importunan o desagradan. Al fin y al cabo, se caracteriza por ser un derecho que molesta al poder. Carecería de sentido la protección de la libertad de expresión de algo que resulta favorable hacia todos.

Así las cosas, en aquel ámbito del discurso “odioso” -no del odio-, que se sitúa o pertenece a una esfera política o artística, el legislador como el aplicador debería emplazar esa posición o valor preferente al ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Por el contrario, las formas de expresión que propaguen un odio basado en intolerancia, sí que requieren una sanción -cuestión distinta si penal u otra-. Por ende, se rebasará el límite del ejercicio cuando se lesione a otro derecho o bien jurídico y se posicione de modo preferente a la libertad. Aun con ello, no

necesariamente una extralimitación del ejercicio conlleva la justificación de acudir a la sanción penal. En esa tutela de derechos, un discurso odioso podrá transformarse en discurso del odio y ser un límite al ejercicio de la libertad de expresión. O, en cambio, continuar siendo una expresión odiosa, pero amparable por un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

A todo esto, el discurso del odio no aparece como un límite literal o expreso en nuestro orden jurídico, ni en el art.20.4 CE ni en el art. 10.2 CEDH. Otra cuestión distinta, es si se infiere de forma implícita. En vista a ello, se ha conceptualizado la reciente normativa europea, de modo que ha facultado a la legislación penal modular el ejercicio de la libertad de expresión. Como avanzamos, se ubican distintos tipos penales en nuestro ordenamiento (arts.174.1;510;515.4;522 a 525; 578; etc.) con una tipología de delitos de odio. Sin embargo, los principales por su trascendencia práctica siguen siendo el art.510 y 510 bis, y el art. 578 CP.

La cuestión del bien jurídico de estos artículos continúa en una avanzada fase de discusión dogmática -principalmente por la ciencia de derecho penal-, con posturas que abogan por considerar el mismo como un derecho a no ser discriminado; aquellas otras por valorar el honor; incluso otras por pivotarlo en la idea de dignidad -dicho sea de paso, esta algo abstracto y difusa-. En su esencia, un bien jurídico que se podría incluir en el catálogo de delitos antidiscriminatorios.

Uno de los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional español (adelante TC), dónde utilizó la expresión discurso del odio se produjo con la STC 235/2007. En la misma, y así fue sucesivamente, se designaba la Recomendación nº97 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, como una referencia interpretativa de los límites del art.10.2 CEDH, esto es, a la libertad de expresión. Así, las sucesivas sentencias del TC, con una atención previa a la STC 235/2007 mencionada, recogen

doctrina sobre el discurso del odio en remisión a jurisprudencia del TEDH. Entre otras, a una concretamente controvertida, como es el caso Feret, que contiene una afirmación especialmente problemática desde la perspectiva del estándar internacional del discurso del odio, a saber, «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo» (84 Goran)

Como se ha puesto de relieve, la censura del discurso causa un daño a la libertad de expresión, y en última instancia a la democracia. En el voto particular de jueces del TEDH, en el caso Féret c. Bélgica ya avisó que los conceptos de insulto, ofensa y odio no han sido bien delimitados ni precisados en las leyes penales. Entre otras cosas, apuntamos que las “restricciones mediante leyes penales contra el discurso de odio deberán fundamentarse en incitaciones a la violencia inminente y no violencia potencial hipotética” (Al Hasani Maturano, 2023, 162). Además de prestar atención a cuestiones del contexto y el ámbito del discurso -especialmente si es político o artístico- más allá de las convicciones personales o sociales que influyen en cada juzgador para decidir lo que es peligroso o no. La banalización del discurso del odio y la mera lectura del Caso Féret c. Bélgica del TEDH, de 16 de julio de 2009 u otras similares, es decir, la doctrina de incitación al odio sin llamamiento a la violencia solo lleva a equiparar cualquier intolerancia en odio. Una carga peyorativa del término odio como criterio de delimitación negativa del derecho fundamental. Lo que conlleva una clara restricción al ejercicio de una libertad pública. La creencia que una expresión que molesta hiere o de mal gusto, sea automáticamente un discurso del odio no parece una solución acorde a la esencia del orden abierto de la democracia constitucional. Dicho esto, aquellas formas de expresión que propaguen, justifiquen el odio basado en intolerancia, y, de forma especial cuando se dirigen a grupos diana, merecen algún tipo de castigo o reproche¹¹.

11 Este sería aquel que, “pronuncia el discurso o quien comete el delito del odio

Nos referimos a expresiones que van dirigidas contra una persona o personas integrantes de un grupo social vulnerable por determinadas características que le hacen diferente (raza, género, religión, etc.). Esas expresiones deben verter un contenido ofensivo (humillante, amenazante, provocador...) y con una intencionalidad directa de provocarlo. O, una motivación de actuar contra ese grupo social vulnerable.

Con todo, no existen soluciones fáciles ni absolutas, de ahí, la necesidad de precisar con cánones y criterios que definan los límites. El TC -en esencia- realiza una operación dónde cita y enumera los bienes en conflicto y luego los criterios o cánones que, aplicados al caso en concreto, permitirán decidir sobre la legitimidad constitucional de la injerencia. Su tarea esta en la ponderación¹² que han realizado los jueces en la toma de decisiones judiciales al aplicar una norma limitadora, para ver en qué medida esta ha respetado el contenido constitucionalmente protegido del derecho en juego¹³.

En la STC 25 de febrero de 2020 que resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la STS 4/2017 de 18 de enero, el conocido caso del rapero César Strawberry, realizó una nueva interpretación del art.578 CP del delito de enaltecimiento penal. Este tiene dos conductas típicas:

está convencido de que existe una desigualdad estructural en relación con la víctima, cree que se encuentra en una posición de superioridad frente a ella. Y utiliza el discurso del mismo modo que funciona la ideología(...)”. En Cortina Orts, A.: ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 94, 2017, p. 80.

12 Vid. Cuerda Arnau, M. L.: Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento, *Revista General de Derecho Penal*, (8), 3, 2007.

13 Coincidimos en que “no pueden restringirse discursos porque infundan o generen odio, ya que odiar no es un acto ilícito. Lo que sí que está prohibido son los actos violentos o discriminatorios y, por ende, puede restringirse la provocación a los mismos”. En Teruel Lozano, G.M.: Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español, *Revista española de derecho constitucional*, nº 114, 2018, p. 37.

una, el enaltecimiento o justificación del terrorismo; y otra, aquellas que conllevan descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas. Además de ello, si los hechos se llevan a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público, la pena se incrementa considerablemente. En la Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN se absolvió del delito del art.578 CP al rapero, en atención al sentido o la intención y al contexto con que fueron utilizadas las expresiones. No, en cambio en el TS, que revocó la sentencia de instancia condenando al recurrente, puesto que consideró irrelevante la intencionalidad del autor en términos de tipicidad. En esencia, venía a decir que la estructura del delito no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. En suma, consideran que es un discurso del odio que legitima el terrorismo. En ese punto, Valero Heredia¹⁴ estima que: “la indeterminación de conceptos como el de «enaltecer» o «menospreciar» es tal que deja un excesivo arbitrio al juzgador a la hora de concretar la aplicación del delito en el caso concreto. Abriendo la posibilidad de que este entienda constitutivas del tipo la mera adhesión política o ideológica a los objetivos perseguidos por la actividad terrorista o, incluso, como en el presente caso, la burla o la ironía en torno a ella”. El recurrente, aduce en sus argumentos que la sentencia condenatoria del TS no había ponderado con carácter previo si la conducta enjuiciada suponía el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Precisamente, el TC apunta a esta verificación como una cuestión previa; además de ponderar las diversas circunstancias concurrentes del caso. En coherencia con ello, el TC sostiene en la presente sentencia que el examen realizado por el Tribunal Supremo en su sentencia condenatoria «no resulta suficiente desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, ya que no

14 Valero Heredia, A.: La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso Strawberry, un paso más, aunque no definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 122, 2021, p. 373.

pondera con la intensidad exigida por la jurisprudencia constitucional las circunstancias concurrentes en el caso».

“Y es que incluso el ejercicio abusivo o extralimitado de un derecho fundamental puede tener cierta relevancia a la hora de analizar un hecho aparentemente delictivo”¹⁵. Por ese motivo, la STC 35/2020, consolidó un gran avance, tras rechazar que se castigue como delito apologético sobre la base de una presunción de peligrosidad, puesto que el carácter incitador debe ser idóneo y generar un peligro real. Y requiere un enjuiciamiento *ex ante* a la motivación final, a la luz del ámbito del discurso, las circunstancias, los sujetos, el contexto, entre otras circunstancias.

3. UNA MATERIA QUE PREOCUPA A LOS ORGANISMOS ELECTORALES

Los organismos electorales garantizan la integridad de las elecciones en los sistemas políticos democráticos. Estos organismos adoptan naturaleza constitucional, tanto por su inserción entre los poderes del Estado para garantizar su autonomía desde la trascendente misión de determinar unos resultados electorales; como por el contenido de sus decisiones que afectan a los derechos fundamentales. Aplican un sentido constitucional tanto al operar como al interpretar.

La cuestión del discurso del odio, esta llegando a estos organismos en campañas electorales, en discusiones sobre determinadas expresiones de los miembros de partidos políticos que en campaña electoral vierten expresiones o manifestaciones con un carácter -como poco- odioso.

En ocasiones este tipo de discursos puede considerarse incluido

15 Valero Heredia, A.: La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso Strawberry, un paso más, aunque no definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 122, 2021, p. 382.

en el ámbito catalogado de debate político, en cambio, en otras ocasiones puede ser causa de algún tipo de responsabilidad o reproche.

Si bien, el ejemplo que mencionamos es del Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso. En concreto la STS 735/2022, de 28 de febrero. Observamos que en la misma la Junta Electoral Central participo previamente. En el siguiente caso, en las elecciones autonómicas de Cataluña, del 14 de febrero de 2021, el partido político VOX publicó en su red social TWITTER, un tuit refiriéndose a la población magrebí que habita en Cataluña. La Junta Electoral, por falta de previsión legal, se limitó a juzgar la razonabilidad de la medida de limitar temporalmente algunas funciones de la cuenta TWITTER de este partido político. Consideró la Junta que la prohibición del discurso del odio era conforme con la jurisprudencia española y europea y por tanto defendió que la medida de suspender por tiempo limitado la cuenta (en atención al acuerdo usuarios con Twitter) era proporcional. El TS desestima el recurso contencioso-administrativo, siguiendo los pasos de la Junta Electoral en cuanto el fondo. Y, que la cuestión de una posible aplicación arbitraria de la prestadora del servicio debe plantearse en cuestión civil -relación contractual privada- y no ante el organismo electoral. Sin embargo, para no entrar en un conflicto entre órgano judicial y órgano electoral, se apunta en la Sentencia que le competía intervenir a la Junta Electoral de velar por que el proceso electoral se desarrolle con los principios de transparencia, objetividad e igualdad del art. 8.1 LOREG.

4. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Los límites a la libertad de expresión deben superar el juicio previo de adecuación y el posterior juicio de proporcionalidad, de cara a una valoración de los bienes en conflicto y la lesividad de esa conducta que necesariamente debe restringirse. A pesar de que el legislador diseñara un

delito de peligro abstracto hipotético. Bastaría así, un peligro de aptitud para justificar esa intervención penal. Esto se observa significativamente en el art.578 CP, cuando los Tribunales reconocían delictivo aquellas manifestaciones enaltecedoras que crean un caldo de cultivo o una atmósfera proclive a acciones terroristas, la antesala del delito mismo. Sin embargo, como anota, entre otros, Teruel Lozano¹⁶, con la STC 35/2020 se realiza una relectura del delito apologético. El reproche comienza a justificarse mediante su peligrosidad y los aspectos del caso (contenido, efectos del mensaje, receptores, etc.). Supuso un gran avance, que los discursos apologéticos se midan por la intencionalidad instigatoria y por el carácter incitador idóneo para generar un peligro cierto.

En consonancia, será necesario una distinción entre el discurso del odio (no protegido inicialmente por la libertad de expresión) y el discurso ofensivo e impopular (protegido por la libertad de expresión); y, con posterioridad, lo que es un discurso odioso todavía amparado por el libre ejercicio legítimo de la libertad de expresión, del discurso del odio castigado y no amparado.

Aquel discurso intolerante que estigmatiza a otros, sí que requiere una entrada de la función del derecho, dicho esto, sin una cultura por el diálogo respetuoso será ineficaz.

No existen respuestas fáciles, aunque coincidimos con Teruel Lozano¹⁷,

16 “El Constitucional, en esta sentencia, confirma la relectura de este delito apologético como una figura de apología *con* incitación en la que el reproche se justifica por su peligrosidad. Pero, además, examina la motivación de las resoluciones judiciales y concluye que, aunque las mismas habían tenido en cuenta aspectos como el contenido, la emisión y los efectos del mensaje, los argumentos dados habían sido insuficientes y no se había tenido en cuenta la dimensión institucional de la libertad”. En Teruel Lozano, G.M.: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá, *Teoría y realidad constitucional*, nº 47, 2021, p. 432.

17 Teruel Lozano, G.M.: Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español, *Revista española de derecho constitucional*, nº 114, 2018, p.42.

en que “se hace necesario perfilar con más precisión los cánones y criterios abstractos que definen los límites de la libertad de expresión precisamente para dotar de un mayor espacio para su ejercicio”.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alcácer Guirao, R.; Fouce, H.: Emociones tóxicas en la nueva esfera pública: controversias mediáticas y discurso del odio, *Revista Mediterránea de Comunicación: Mediterranean Journal of Communication*, vol. 11, nº. 2, 2020.

Cortina Orts, A.: ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 94, 2017.

Cuerda Arnau, M. L.: Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento, *Revista General de Derecho Penal*, (8), 3, 2007.

Hare, I. y Weinstein, J. : *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Pérez de la Fuente, O.: Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21, 2010.

Rosenberg, I.: *The Fight for Free Speech. Ten Cases That Define Our First Amendment Freedoms*, NYU Press, 2021.

Sunstein, C. (2007). *Republic 2.0*. Princeton: Princeton University Press.

Teruel Lozano, G.M.: Cuando las palabras generan odio: límites a la

libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español, *Revista española de derecho constitucional*, nº 114, 2018.

Teruel Lozano, G.M.: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá, *Teoría y realidad constitucional*, nº 47, 2021.

Valero Heredia, A.: La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso Strawberry, un paso más, aunque no definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo, *Revista española de derecho constitucional*, nº 122, 2021.

Waldron, J.: *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2014.

SISTEMA ELEITORAL E REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA:

**Estudo dos impactos do sistema eleitoral nas eleições
municipais de Salvador (2012-2020) nas candidaturas de
mulheres e negros**

ELECTORAL SYSTEM AND POLITICAL REPRESENTATION:

**Study of the impacts of the electoral system in the municipal
elections of Salvador (2012-2020) on the candidacies of women
and blacks**

Anderson Carlucho Oliveira dos Santos^{1}
Ubirajara Coelho Neto^{2*}*

RESUMO

Este estudo exploratório analisou a representatividade de mulheres e negros na política brasileira, com foco nas eleições municipais de Salvador dos anos de 2012, 2016 e 2020. A pesquisa investigou

1 * Advogado eleitoral e Gestor Governamental do Poder Executivo do Estado de Sergipe. Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Pós-graduando em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). E-mail: anderson.carlucho@hotmail.com.

2 * Professor Associado III de Teoria da Constituição, Direito Constitucional e Direito Eleitoral do Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe - UFS (Graduação e Mestrado). Coordenador do Curso e Chefe do Departamento de Direito. Graduação em Direito pela UFMG (1995), Especialização em Direito Constitucional pela UFMG (1997), Mestrado em Direito Constitucional pela UFMG (1998), Doutorado em Direito Constitucional pela UFMG (2002) e Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2018). E-mail: ucneto@academico.ufs.br..

a influência dos sistemas eleitorais majoritário e proporcional na composição dos vereadores eleitos, com ênfase na diversidade de gênero e etnia. Utilizando dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), foram comparadas as composições dos candidatos eleitos e os mais votados em cada eleição, considerando a autodeclaração de gênero e etnia. Os resultados revelaram diferenças relevantes entre os sistemas eleitorais: enquanto o sistema proporcional demonstrou representação mais diversa dos eleitos, com aumento na presença de candidatos negros e candidatas mulheres nos cargos de vereador, principalmente dos autodeclarados pretos, o sistema majoritário conhecido como distritão apresentaria uma representação mais homogênea, com predominância de candidatos eleitos homens e brancos, revelando que, no universo analisado, a finalidade do sistema proporcional concretizou-se, ainda que de forma insuficiente, ao promover aumento da diversidade étnica e de gênero. Essas conclusões ressaltam a importância do sistema eleitoral proporcional e dos partidos políticos para a representação política ser mais equitativa e inclusiva.

Palavras-chave: representatividade política; sistema eleitoral; diversidade de gênero; diversidade étnica; partidos políticos.

ABSTRACT

This exploratory study analyzed the representation of women and black people in Brazilian politics, focusing on the municipal elections in Salvador in the years 2012, 2016 and 2020. The research investigated the influence of majority and proportional electoral systems on the composition of elected councilors, with an emphasis on gender and ethnic diversity. Using data from the Superior Electoral Court (TSE), the compositions of the elected candidates and those with the most votes in each election were compared, considering self-declaration of gender and ethnicity. The results revealed relevant differences between the electoral systems: while the proportional system demonstrated a more diverse representation of those elected, with an increase in the presence of black candidates and female candidates in councilor positions, especially self-declared blacks, the majority system known as distritão would present a more homogeneous representation, with a predominance of male and white candidates elected, revealing that, in the analyzed universe, the purpose of the proportional system was achieved, albeit insufficiently, by promoting an increase in ethnic and gender diversity. These conclusions highlight the importance of the proportional electoral system and political

parties for political representation to be more equitable and inclusive.

Keywords: political representation; electoral system; gender diversity; ethnic diversity; political parties. Constitution.

1. INTRODUÇÃO

As regras eleitorais exercem significativa influência na forma de ocupação dos cargos de representação popular e, por consequência, na construção dos rumos da sociedade. É nesse contexto que o sistema eleitoral se apresenta como um objeto de estudo relevante nas democracias representativas, pois esse regime de governo visa, de forma eficiente, dar concretude à vontade popular, conferindo legitimidade aos mandatos eletivos.

No ano de 2024, o tema ganhou ainda mais relevância com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 7.228, 7.263 e 7.325, nas quais o Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou a importância dos partidos políticos pequenos, bem como do sistema proporcional previsto na Constituição, ao invalidar regra que dificultava o acesso a vagas no Poder Legislativo aos partidos com menor expressão de voto³.

No contexto da organização dos processos eleitorais, há discussões doutrinárias sobre os impactos dos sistemas majoritário e proporcional na adequada representação das diversidades das sociedades nos cargos eletivos. No entanto, após mais de 35 anos de vigência constitucional, o eleitorado ainda não se sente representado pelos políticos eleitos e pelos partidos políticos existentes, o que suscita reflexões sobre o método utilizado para a conversão do voto popular em mandatos eletivos, e medidas

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações diretas de inconstitucionalidade 7.228, 7.263 e 7.325. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 28 de fevereiro de 2024. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 29 fev. 2024.

legislativas estão sendo adotadas para combater a sub-representação de mulheres e negros no exercício de mandatos.

Nesse sentido, a adequada representação dos diversos grupos sociais nos espaços públicos decisórios é um dos pilares da ideia de democracia substantiva e uma forma de garantir a estabilidade institucional de um Estado-nação, de modo que a sub-representação dos grupos que compõem a sociedade pode construir um Estado cujos rumos não correspondem às verdadeiras necessidades do povo que o constitui.

A matéria, portanto, enseja controvérsias, levantando o problema de pesquisa: quais são os impactos do sistema eleitoral proporcional na representação dos grupos minoritários de mulheres e negros na ocupação de cargos eletivos, considerando os resultados das eleições de 2012, 2016 e 2020 de vereador do Município de Salvador, na Bahia?

O presente artigo tem como objetivo geral analisar os impactos do sistema eleitoral proporcional nas eleições municipais de Salvador nos anos de 2012, 2016 e 2020, sob a perspectiva das candidaturas de mulheres e negros. Os objetivos específicos incluem: a discussão da relação entre democracia representativa com os sistemas eleitorais, inclusive o modelo estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), seus efeitos na estruturação dos partidos políticos e na legitimidade da representação popular, como também estudar a relação entre o conceito de democracia substantiva com as medidas jurídicas adotadas nas legislações que regulamentam os processos eleitorais, visando fortalecer candidaturas de mulheres e negros. Por fim, por meio de um estudo de caso das eleições de Salvador de 2012, 2016 e 2020 para o cargo de vereador, pretende-se verificar, a partir da comparação de dois cenários, um com o sistema majoritário conhecido na doutrina como distritão e outro com o sistema proporcional, como esses mecanismos efetivamente influenciaram aquelas eleições na prática.

O tema despertou a atenção do autor nas discussões sobre o

Direito Eleitoral, principalmente no que se refere ao contexto brasileiro de necessidade de democratização interna dos partidos políticos, da sub-representação de grupos e da descrença nas instituições brasileiras, como os partidos políticos. Em alguns casos, tais discussões indicam que os partidos políticos são vistos como instrumentos para a perpetuação do domínio dos grupos detentores do poder político. No entanto, a CRFB/88 estabeleceu para alguns cargos o sistema proporcional, de modo a valorizar a votação obtida pelos partidos políticos. Dessa forma, a produção científica sobre a efetividade desse intento constitucional, que ainda é pouco estudado em termos práticos, mostra-se relevante para o aprimoramento das formas de representação popular.

Quanto à metodologia, esta se pautou na pesquisa bibliográfica e documental do tipo exploratória, com análise de dados. Utilizando o método hipotético-dedutivo, a pesquisa visa responder o problema de pesquisa. Por fim, realizou-se estudo de caso dos últimos três pleitos eleitorais de um mesmo município para o cargo de vereador.

Estruturalmente, o presente artigo foi dividido em três seções. Na primeira, abordou-se a relevância da organização dos processos eleitorais na democracia representativa, com foco nos sistemas eleitorais majoritário e proporcional, delineando a influência destes na ocupação de cargos de representação popular. A segunda seção direcionou-se para tratar da democracia substantiva e das medidas que buscam ampliar a representatividade de mulheres e negros nas eleições do Brasil. Já a terceira seção concentrou-se no objetivo geral do artigo: analisar os impactos do sistema proporcional nas eleições municipais de Salvador, nos anos de 2012, 2016 e 2020, com ênfase na representação dos grupos minoritários de mulheres e negros.

2. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E SISTEMAS ELEITORAIS: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

À medida que as sociedades se estabelecem, é uma consequência que desenvolvam normas de conduta para promover a ordem. Como fenômeno histórico, cultural e produto da criação humana, o Direito é concebido como uma ferramenta para resolver conflitos e promover a pacificação social, sendo essencial para a estabilidade das comunidades⁴.

No entanto, a teoria crítica aponta que o “Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe”⁵, o que permite que a produção jurídica da mesma forma que institucionaliza os interesses dominantes, seja utilizada para consolidar desigualdades na sociedade.

Entretanto, por ser uma ferramenta de garantia da estabilidade social, ainda que possua disfunções, existe um constante aprimoramento das sociedades por meio do Direito, movido pela necessidade de respeitar os interesses sociais prevaletentes, como garantia de que os cidadãos não se insurgirão contra a ordem instituída.

Ao tratar do assunto, Habermas expõe que o Direito vai além da construção de normas de comportamento:

O direito não se esgota simplesmente em normas de comportamento, pois serve à organização e à orientação do poder do Estado. Ele funciona no sentido de regras constitutivas, que não garantem apenas a autonomia pública e privada dos cidadãos, uma vez que também produzem instituições políticas, procedimentos e

4 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2023. p. 199.

5 BARROSO, ref. 2, p. 200.

competências⁶.

Assim, com o avanço do processo civilizatório, surgem as sociedades democráticas, que criam mecanismos de autorregulação para determinar os seus próprios rumos. Conforme leciona Luís Roberto Barroso, “A democracia é uma forma de governo em que o poder é fundado na participação e no consentimento do povo (Estado democrático) e uma forma de organização social baseada na cooperação de pessoas livres e iguais (sociedade democrática)”⁷.

Nessa perspectiva, observa-se na doutrina especializada que foram concebidos alguns modelos de democracia, que podem ser apresentados em três grupos: democracia direta, indireta e semidireta⁷. Detalhando cada conceito, José Jairo Gomes explica:

O modelo clássico é a democracia direta. Por ela procura-se realizar o ideal de autogoverno, no qual os cidadãos participam das decisões governamentais. Pretende-se fazer coincidirem as vontades de governantes e governados. As decisões são tomadas em assembleia pública, da qual devem participar todos os cidadãos⁸.

Na democracia direta, o poder político é exercido diretamente pelo povo, sem intermediários. Isso permite uma expressão mais precisa da vontade da sociedade, promovendo engajamento cívico e transparência nas decisões políticas. No entanto, é desafiador implementar em

6 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 183.

7 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2023. p. 477.

8 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. p. 50.

sociedades de grande escala e complexidade, requerendo cuidados para proteger os direitos e interesses das minorias, bem como evitar a tirania da maioria.

Desse modo, a complexidade das sociedades modernas leva à prevalência de democracias indiretas ou representativas, que conceitualmente podem ser entendidas da seguinte forma:

Indireta é a democracia representativa. Nela os cidadãos escolhem aqueles que os representarão no governo. Os eleitos recebem um mandato. A participação das pessoas no processo político se dá, pois, na escolha dos representantes ou mandatários. A estes toca o mister de conduzir o governo, tomando as decisões político-administrativas que julgarem convenientes, de acordo com as necessidades que se apresentarem⁹.

Como opção de conciliação entre os dois modelos apresentados, observa-se a existência da democracia semidireta, que em termos conceituais é doutrinariamente apontada como:

A democracia semidireta ou mista procura conciliar os dois modelos anteriores. O governo e o Parlamento são constituídos com base na representação: os governos são eleitos para representar o povo e agir em seu nome e em seu interesse. Todavia, são previstos mecanismos de intervenção direta dos cidadãos¹⁰.

Dessa forma, os sistemas eleitorais estão relacionados à democracia representativa, eis que reflete o modo pelo qual a vontade popular será organizada, repercutindo, dessa forma, em como a sociedade

9 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. p. 50.

10 GOMES, ref. 7, p. 51.

será representada. Em termos conceituais, quando se fala em sistema político, para o professor José Jairo Gomes, busca-se expressar técnicas e procedimentos que regem as eleições. Nesse sentido é afirmado que:

[...] sistema eleitoral é o complexo de técnicas e procedimentos empregados na organização e realização de eleições, ensejando a conversão de votos em mandato. Em outras palavras, trata-se do método que permite organizar e aferir a manifestação de vontade dos cidadãos nas urnas, de modo a propiciar a legítima representação do povo na gestão do Estado¹¹.

Aprofundando o assunto, argumenta-se que tais sistemas buscam permitir a captação eficiente, segura e imparcial da vontade do povo, objetivando a legitimidade na conferência e exercício dos mandatos populares¹².

Ou seja, à medida que o poder político passa a ser exercido por mandatário, é preciso assegurar mecanismo eficiente para a conversão dos votos populares em mandato, sob pena de os rumos da sociedade serem traçados de forma incompatível com os valores propagados pelo povo.

Sobre o mesmo tema, Velloso e Agra afirmam que:

A definição de sistema eleitoral se configura muito complexa, em decorrência de sua extensão conceitual, pois institui as maneiras em que a cidadania intervém no poder político, delineando os mecanismos que conduzirão as diretrizes da soberania popular. Ele se configura como o sistema pelo qual a manifestação da vontade dos eleitores será expressada e como os mandatários populares

11 GOMES, ref. 7, p. 139

12 GOMES, ref. 7, p. 139

serão escolhidos¹³.

Observa-se que a Constituição Federal de 1988 internalizou os valores democráticos e construiu as bases para o exercício, não somente dos direitos e garantias fundamentais, como também estabeleceu capítulo próprio a fim de assegurar os direitos políticos. Além disso, consagrou tanto os sistemas eleitorais majoritários quanto o proporcional. Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro confere para o sistema majoritário as eleições de presidente da república, governador, prefeito e senador; e pelo sistema proporcional as eleições de deputado federal, deputado estadual e vereadores. Nesse sentido, Velloso e Agra ressaltam que:

Os sistemas eleitorais previstos na legislação brasileira são: majoritário, para as eleições de chefes do Executivo e senadores, e proporcional, para vereadores, deputados estaduais e deputados federais. A nitidez que o sistema eleitoral reveste propicia um maior ou menor incentivo às decisões democráticas, podendo, inclusive, servir como instrumento de uma democracia simbólica, em que os “donos” do poder utilizam as eleições como apanágios para manutenção de seu poder real na sociedade¹⁴.

Nesse sentido, percebe-se que o legislador buscou não somente mecanismos de respeitar o princípio majoritário, como também dar voz aos diversos segmentos existentes na sociedade plural que compõe o Brasil. Por isso, conciliou os dois sistemas eleitorais.

13 VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 80.

14 VELLOSO; AGRA, ref. 11, p. 80-81.

2.1 PARTIDOS POLÍTICOS E SISTEMA MAJORITÁRIO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Os partidos políticos são forças sociais que contribuem para a construção de políticas públicas e para o aperfeiçoamento da sociedade à medida que agregam um conjunto de pessoas em torno de ideais comuns. “Logo, são conceituados como organismos sociais estruturados, com a finalidade de organizar as forças em torno de um ideário político para disputar o poder na sociedade”¹⁵, como lecionam Velloso e Agra.

Em linhas gerais, os partidos políticos agregam pessoas e disputam o poder para implementar os seus ideais, isto é, influenciar os rumos da sociedade. Assim, organizam a ação política de modo formal, mediando a relação do povo com o Estado no processo de formação da vontade política¹⁶.

Historicamente os partidos políticos surgiram para organizar as forças sociais notadamente no século XIX, impulsionado por ideais liberais, de igualdade, liberdade, independência e autonomia do indivíduo, como também pelos movimentos socialistas no período da Revolução Industrial¹⁷.

Tal contexto possibilitou que o regime de monarquia absoluta passasse a ser contestado, assim: “Adotando a razão como guia, passou-se a contestar a legitimidade do regime de monarquia absoluta, notadamente sua legitimação religiosa ou divina; todo governo só existe por consentimento dos governados, devendo ser limitado em seus

15 VELLOSO; AGRA, ref. 11, p. 157.

16 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 882.

17 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. p. 93.

poderes”¹⁸. Como ruptura ao modelo existente, a autodeterminação das pessoas passou a ser percebida como um direito. Nas lições de José Jairo Gomes: “À certa altura, tornou-se imperioso o alargamento da participação política de todos os cidadãos e a instituição de governos representativos”¹⁹.

Justamente como forma de elevação da participação dos cidadãos no processo político resultou a formação dos partidos políticos, “Da elevação das pessoas comuns à condição de sujeito político resultou a construção de novas formas de organização da participação política, e para esse fim os partidos políticos foram os modelos mais exitosos”²⁰. No entanto, como observam Agra e Velloso, a ideia da existência de um intermediário entre o povo e o Estado também teve resistência, “[...] maculavam sua função com a ideia de que serviria como um corpo intermediário entre o cidadão e o governo, impedindo a participação direta do cidadão nos negócios governamentais”²¹.

No contexto do Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegurou capítulo próprio para tratar dos partidos políticos, que em seus artigos garante a livre criação de partidos políticos (art. 17) e a autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento (§1º, art. 17). Além disso, a referida Carta Política trouxe como uma das condições de elegibilidade a filiação partidária (art. 14, §3º, V). Assim, observa-se o protagonismo que foi dado aos partidos políticos na CRFB/88, podendo-se afirmar que tais organizações detêm o monopólio da apresentação das candidaturas aos cargos eletivos.

A mesma constituição, no entanto, estabeleceu que para alguns

18 GOMES, ref. 15, p. 93.

19 GOMES, ref. 15, p. 93.

20 GOMES, ref. 15, p. 93.

21 VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 159.

dos cargos eletivos, apesar de ser essencial a filiação a partido político, a maioria da votação teria uma influência fundamental para a obtenção do mandato eletivo. Velloso e Agra afirmam:

No sistema majoritário, apenas o candidato que recebeu o maior número de votos consegue se eleger – os demais, mesmo que tenham recebido grandes votações, não terão assegurado um mandato. Nota-se, claramente, que, nesse sistema eleitoral, apenas a maioria tem representatividade, ficando a minoria excluída da representação eleitoral²².

O sistema majoritário, conforme explicita José Jairo Gomes pode ser distrital, no qual “a circunscrição eleitoral é repartida em distritos (ou círculos) menores, dentro dos quais é travada a disputa pelos votos dos cidadãos”²³. Além disso, tal autor explica: “Se o distrito for uninominal (voto distrital uninominal), elegerá um só representante, se for plurinominal (voto distrital plurinominal) elegerá mais de um representante”²⁴.

A abrangência do distrito é discutida na doutrina, inclusive com propostas como a conhecida como distritão no Brasil, sobre o tema Gomes diz:

Tem-se debatido acerca da implantação, no Brasil, do sistema denominado distritão. Mas apesar de já ter sido contemplado em reformas político-eleitorais, a sua adoção foi rejeitada na Câmara dos Deputados respectivamente em 2017 (PEC nº 77/2003) e 2021 (PEC nº 125/2011).

22 VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 81.

23 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. p. 140.

24 GOMES, ref. 21, p. 142.

Esse sistema é, na verdade, o sistema distrital plurinominal com a peculiaridade de haver um só distrito na circunscrição eleitoral, ou seja, no Estado ou no Município. Portanto, a circunscrição eleitoral não é dividida em distritos menores; ela própria constitui o único distrito existente – daí denominar-se o sistema de ‘distritão’²⁵.

Desse modo, como aponta José Jairo Gomes sobre o distritão “Cuidando-se de sistema majoritário, apenas os candidatos mais votados em cada Estado (para Deputado Federal, Estadual ou Distrital) ou Município (para Vereador) são eleitos”²⁶.

No sistema majoritário o peso dos intermediários, que são os partidos políticos, é mitigado, de modo a possibilitar que a vontade da maioria prevaleça. Há relação mais direta entre eleitores e eleitos. No entanto, pode acarretar desafios, como a marginalização de grupos minoritários e a sub-representação de diversidades ideológicas, potencialmente gerando polarização política.

Apesar de a CRFB/88 ter dado protagonismo aos partidos políticos e do importante papel que desempenham para a democracia, para Manin, citado por Meneguello e Amaral, é inegável a insatisfação com a sua atuação em várias instâncias da política institucional. Nesse sentido, tal pesquisador indica:

Os partidos políticos tiveram êxito em manter sua posição predominante no funcionamento das democracias, mas é inegável a insatisfação com a sua atuação nas várias instâncias da política institucional. É verdade que parte das críticas sobre a sua incapacidade e inadequação às demandas dos contextos contemporâneos resulta das deficiências congênitas do governo representativos e das limitações da representação política, que

25 GOMES, ref. 21, p. 142.

26 GOMES, ref. 21, p. 142.

carregam uma dimensão oligárquica incontestável, e que distanciam os governantes e os governados²⁷.

Ainda sobre o tema, ao afirmar que desde a eleição presidencial de 1989 os partidos políticos têm as mais baixas porcentagens de avaliação de desempenho pelo eleitorado dentre as instituições democráticas, aponta-se como possíveis causas:

A presença de um quadro partidário fluido e muito fragmentado, atualmente com mais de 30 legendas, e poucas dentre elas com bases localmente estruturadas; uma intensa migração das elites, e uma legislação flexível às possibilidades de acesso à representação de pequenas estruturas nos parlamentos, são alguns dos aspectos presentes em quase todo o período democrático que colaboram para explicar o ceticismo e o forte distanciamento dos eleitores das organizações partidárias²⁸.

Analisando dados do Banco de Dados do Cesop/Unicamp sobre o assunto, Meneguello e Amaral indicam que a confiança nos partidos políticos é baixa:

Os dados entre 1989 e 2020 mostram que, à exceção de apenas um ponto no tempo, o ano 2002, as porcentagens de confiança não seguiram muito além dos 30%, e, mesmo assim, em 2002, pouco ultrapassou 40%. Também cabe salientar que o ano 2018, ano das eleições gerais que redefiniram a correlação entre forças partidárias

27 MENEGUELLO, Rachel; AMARAL, Oswaldo E. Para onde foram os partidos na opinião pública? As percepções sobre os partidos políticos na redemocratização no Brasil. USP Estudos Avançados, São Paulo, v. 36, n. 106, p. 55-67, 2022. Dossiê Eleições/Governança Florestal. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/205919/189436>. Acesso em: 15 abr. 2024. p. 56.

28 MENEGUELLO; AMARAL, ref. 25, p. 59.

e a composição das elites eleitas, a confiança nos partidos chegou à menor taxa de 12%²⁹.

Além disso, tais autores ressaltam que a confiança do cidadão nas instituições representativas é importante, pois nas democracias a submissão dos cidadãos ao governo, às leis e às instituições não acontece com base na coerção estatal, mas de modo voluntário.

Assim, os partidos políticos são intermediários ideológicos entre o povo e o Estado para que as complexas questões públicas da modernidade possam ser exercidas pelo povo com a outorga de um mandato. A CRFB/88 estabeleceu mecanismo de valorização partidária e um misto entre os sistemas eleitorais majoritário e proporcional, de modo que ainda que a influência da performance partidária seja menor no sistema majoritário, ela existe, tendo em vista que a filiação partidária é uma das condições de elegibilidade. No entanto, percebe-se que desde a eleição presidencial de 1989, os partidos políticos têm registrado baixas taxas de avaliação de desempenho pelo eleitorado entre todas as instituições democráticas, o que gera reflexões sobre o papel que vem sendo desenvolvido por tais instituições, podendo refletir na premissa de que o fortalecimento dos partidos políticos pelo sistema proporcional ampliaria a representação dos segmentos da sociedade nos cargos eletivos.

2.2 DO SISTEMA PROPORCIONAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O sistema proporcional, originado na Europa, foi concebido para refletir a diversidade de pensamentos e tendências na sociedade. Assim, busca distribuir as vagas legislativas entre múltiplos partidos para que a disputa pelo poder seja igualitária e assegure a representação de

29 MENEGUELLO; AMARAL, ref. 25, p. 61.

segmentos sociais, inclusive minoritários.

Ao tratar do histórico da criação do sistema proporcional, Jairo Nicolau explica:

Até o século XIX, as eleições para o legislativo de todos os países eram feitas utilizando algum modelo de representação majoritária. No fim daquele século, alguns matemáticos europeus propuseram um novo modelo de distribuição de cadeiras baseado no total de votos que cada partido obteve nas eleições. Este modelo é o que nós conhecemos hoje como proporcional de lista³⁰.

O referido autor ainda explica que tal ideia foi incorporada ao programa de partidos à época, principalmente os religiosos e socialistas, como estratégia para aumentar as suas chances de participar do poder elegendo candidatos³¹.

Complementando o histórico do assunto, José Jairo Gomes leciona que:

O sistema proporcional nasceu na Europa. Atribui-se ao político londrino Thomas Hare o mérito de sua idealização, o que foi feito em seus trabalhos *The machinery of representation* (1857) e *The elections of representatives* (1859). Não obstante, a ideia da representação proporcional também fora proposta pelo político dinamarquês Carl Andrae, tendo sido aplicada nas eleições da Dinamarca ocorridas no ano de 1855³².

30 NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. *Cadernos de Estudos Sociais e Políticos*, [s. l.], v. 4, p. 101-121, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/CESP/article/view/18998>. Acesso em: 15 abr. 2024. p. 103.

31 NICOLAU, ref. 28, p. 103.

32 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. p. 143.

Desse modo, é explicado que as duas concepções mencionadas acima ocorreram de forma independente e que em seguida, na Bélgica, o método desenvolvido pelo jurista-matemático Victor D'Hondt foi consagrado. Tal método estabelecia que a distribuição de cadeiras na Casa Legislativa seria feita a partir das votações dos partidos³³.

Tratando sobre a finalidade desse sistema, Gomes explica que o sistema proporcional visa tornar a disputa pelo poder mais equânime ao facilitar a representação de segmentos sociais minoritários³⁴. Assim, “Pretende, antes, assegurar a presença no Parlamento do maior número de segmentos e correntes que integram o eleitorado. Prestigia a minoria”³⁵.

Nessa perspectiva, com relação às forças políticas, Velloso e Agra afirmam que:

No sistema proporcional é assegurado representação tanto às forças políticas que ganharam as eleições como às que perderam, desde que haja a concretização do quociente eleitoral. Esse sistema permite, assim, a representação tanto da maioria quanto da minoria³⁶.

Desta maneira, “o sistema procura garantir que a proporção de cadeiras de um partido seja próxima à proporção de votos que este obteve nas urnas. Muitos fatores afetam o ‘grau de proporcionalidade’ de um sistema proporcional [...]”³⁷ explica Jairo Nicolau.

33 GOMES, ref. 30, p. 143.

34 GOMES, ref. 30, p. 144.

35 GOMES, ref. 30, p. 144.

36 VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 81

37 NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. *Cadernos de Estudos Sociais e Políticos*, [s. l.], v. 4, p. 101-121, 2015. Disponível em:

Tal sistemática foi incorporada pela CRFB/88. Ao se debruçar sobre as disposições constitucionais relacionadas às eleições proporcionais, nota-se uma clara intenção de garantir a presença no Congresso Nacional de distintos segmentos e correntes do eleitorado. A representatividade das minorias é, assim, enfatizada por Gomes³⁸.

A CRFB/88 estabelece as bases para o sistema proporcional em eleições legislativas, sobre as quais a representação equitativa dos partidos políticos ganha destaque. A fragmentação partidária, característica desse sistema, é contemplada pela Carta Magna como forma de garantir a diversidade ideológica e a representação plural na esfera legislativa.

Assim, a Constituição Federal de 1988, ao conciliar os sistemas majoritário e proporcional, busca harmonizar a vontade da maioria com a representatividade das minorias, refletindo a diversidade da sociedade brasileira. A compreensão dessa relação dos sistemas eleitorais é fundamental para a contínua evolução do processo democrático, assegurando aprimoramentos que visem à construção de uma democracia robusta e verdadeiramente inclusiva.

Jairo Nicolau trata da importância que representação proporcional teve para a democratização do país, tendo em vista que deu espaço no Poder Legislativo para vozes emergentes; permitiu a renovação da elite política do país; garantiu respeito às preferências eleitorais quando da transformação delas em representação política; além de ter contribuído para atrair forças políticas radicais para o processo eleitoral³⁹. No entanto, tal professor também aponta características negativas:

<https://www.e-publicacoes.uerj.br/CESP/article/view/18998>. Acesso em: 15 abr. 2024. p. 103.

38 GOMES, ref. 30, p. 145.

39 NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. Cadernos de Estudos Sociais e Políticos, [s. l.], v. 4, p. 101-121, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/CESP/article/view/18998>. Acesso em: 15 abr. 2024. p. 105

Apesar destas virtudes, o sistema representativo brasileiro tem sido marcado por duas características negativas, que se aprofundaram nos últimos anos: a hiperfragmentação partidária e as campanhas centradas em candidatos, com reduzida importância dos partidos nas disputas para o legislativo⁴⁰.

A fragmentação partidária característica do sistema proporcional, embora promova a representação de diversas perspectivas, também apresenta desafios à governabilidade. A necessidade de negociação e construção de consensos entre diferentes partidos pode dificultar a formação de maiorias coesas, exigindo habilidades políticas e cooperação entre correntes ideológicas diversas.

Além disso, conforme observado por Nicolau:

Muitos eleitores não entendem como alguns candidatos recebem excelente votação e não se elegem; enquanto outros, com votações menores podem se beneficiar dos votos de candidatos que conseguiram sozinhos ultrapassar o quociente eleitoral⁴¹.

Portanto, a análise dos sistemas eleitorais não apenas destaca as peculiaridades de cada um, mas sublinha a importância de encontrar um equilíbrio entre dar voz à maioria, mas respeitar os interesses dos diversos grupos presentes na sociedade. Essa ponderação é crucial para a construção de uma democracia sólida, capaz de conciliar decisões eficientes com uma representação justa.

40 NICOLAU, ref. 37, p. 105.

41 NICOLAU, ref. 37, p. 105.

3. DEMOCRACIA SUBSTANTIVA E REPRESENTATIVIDADE DE MULHERES E NEGROS NA POLÍTICA

A ideia de democracia passou a ser aprofundada pela doutrina, de forma que um governo democrático pode não representar somente aquele que adota os processos decisórios a fim de extrair a vontade da maioria, tendo em vista que, para parte da doutrina, é necessário ir além, e garantir materialmente direitos mínimos e que a representação, inclusive das minorias, ocorra. Isso porque existe, na doutrina, tanto a visão procedimental e a substantiva sobre o que é democracia.

Nas lições de Luís Roberto Barroso sobre democracia “A visão procedimental coloca ênfase na soberania popular e no governo da maioria: observados os processos decisórios adequados, qualquer decisão majoritária é válida”⁴². No entanto, o mesmo autor destaca que a visão substantiva acerca da democracia vai além do mero procedimento da escolha majoritária e deve reverenciar ideias básicas como justiça, liberdade, igualdade e moralidade política, como forma de estabelecer uma parceria dos cidadãos em um projeto de autogoverno⁴³.

Ao tratar dos problemas da visão da democracia somente procedimental, Barroso explica que não há garantias de que as maiorias sejam justas:

O grande problema dessa forma de pensar é a inexistência de garantia de que as maiorias vão ser justas ou razoáveis. Elas podem ignorar ou oprimir interesses da minoria, dos sub-representados, dos que não têm voz. Mesmo assim, para uma posição puramente majoritária, o regime

42 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2023. p. 482.

43 BARROSO, ref. 40, p. 482.

seria democrático, ainda que injusto⁴⁴.

Dessa forma, tais circunstâncias justificariam a existência de uma nova compreensão da ideia de democracia, que além do procedimento formal de escolha majoritária precisa garantir direitos mínimos. Dentro desse contexto, Habermas, ao tratar do direito e da democracia, aprofunda o raciocínio sobre tais instituições, explicando que somente a forma do Direito não seria suficiente para legitimar o exercício do poder:

[...] a profanização do poder, no início dos tempos modernos, revelou que a forma do direito, enquanto tal, não é suficiente para a legitimação do exercício do poder. É certo que o poder político deve a sua autoridade normativa unicamente àquela fusão com o direito, que eu representei no modelo. Entretanto, essa reconstrução revela também que o direito só mantém força legitimadora enquanto puder funcionar como uma fonte da justiça. E precisa continuar presente enquanto tal; ao passo que o poder político tem à mão, como fonte de força, meios coercitivos da caserna⁴⁵.

Dentro desse contexto, o Direito precisa ser uma fonte de justiça para ter a sua força legitimadora e, por consequência, contribuir com a autoridade normativa do poder político. Ao tratar especificamente do aspecto da legitimidade do Direito, Habermas demonstra a necessidade de aceitação racional de todos os membros do Direito:

A ideia do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa

44 BARROSO, ref. 40, p. 482.

45 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 184.

tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito legitimamente estatuído. E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade⁴⁶.

Assim, a aceitação racional dos membros do Direito teria como pressuposto a formação discursiva da opinião e da vontade. Desse modo, percebe-se o grau de complexidade de garantir a aceitação racional de uma ordem preenchida por diversos atores, grupos de interesse, se houver a possibilidade de sobreposição da vontade de um grupo sobre o outro sem a garantia de Direito mínimo e da igualdade de oportunidades de acesso aos meios de formar as opiniões e as vontades que conduzirão os rumos da sociedade.

No contexto em que se discutem as categorias de direitos que geram o código jurídico, especificamente do momento em que os sujeitos do direito se tornam autores de sua ordem jurídica, afirma-se que tal processo ocorre através de: “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo”⁴⁷.

Nos espaços onde as leis e políticas são formuladas, a predominância de certos grupos pode distorcer a representatividade e minar a legitimidade do sistema jurídico. Quando esses espaços são ocupados majoritariamente por determinados grupos, existe o risco de

46 HABERMAS, ref. 43, p. 172.

47 HABERMAS, ref. 43, p. 159.

que as normas resultantes não reflitam adequadamente a diversidade e complexidade da sociedade.

Esse desequilíbrio é particularmente preocupante no contexto da sub-representação de mulheres e negros nos órgãos de decisão política, pois esses grupos historicamente marginalizados podem não ter voz suficiente para influenciar as leis que regem suas vidas. A democracia substantiva, que busca não apenas a participação formal, mas também a justiça social e a igualdade de oportunidades, requer uma revisão crítica dos sistemas legais e políticos para garantir que todas as vozes sejam ouvidas e consideradas.

A falta de representatividade não apenas compromete a legitimidade das instituições democráticas, mas também perpetua desigualdades e injustiças estruturais. Ao negligenciar a diversidade da sociedade, corre-se o risco de perpetuar um sistema que privilegia certos grupos em detrimento de outros, minando os princípios fundamentais da democracia. Portanto, é essencial adotar medidas que promovam uma representação mais equitativa, garantindo que as leis e políticas reflitam verdadeiramente os interesses e necessidades de toda a população, contribuindo assim para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

Na mesma linha, mas ao tratar de democracia representativa, Barroso leciona o seguinte:

[...] cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser

subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico⁴⁸.

Nesse sentido, a sociedade brasileira é heterogênea e diversa, composta por uma ampla gama de grupos étnicos, culturais, sociais e econômicos. Diante dessa heterogeneidade, a questão da representatividade na política torna-se crucial para garantir que os interesses e as necessidades de todos os segmentos da sociedade sejam adequadamente contemplados nas decisões governamentais.

Na Constituição Federal de 1988, há claro reconhecimento dessa diversidade e a opção por fortalecer a pluralidade na representação popular, à medida que a República Federativa do Brasil busca construir uma sociedade livre, justa e solidária, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esses são os pontos de partida sobre os quais a sociedade brasileira decidiu caminhar.

A importância da representatividade na política torna-se ainda mais evidente quando observamos os dados demográficos mais recentes, conforme revelados pelo Censo Demográfico de 2022 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Este censo destaca que a sociedade brasileira é composta por 104.548.325 mulheres, representando 51,5% da população, enquanto os homens totalizam 98.532.431, correspondendo a 48,5%⁴⁹.

Além disso, a distribuição racial e étnica apresenta uma diversidade marcante. Dos brasileiros, 42,8% se identificam como brancos, 10,6%

48 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2023. p. 74.

49 IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estimativa da População Brasileira*. [S. l.], 2022. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em: 31 mar. 2024.

como pretos e 45,3% como pardos, isto é, 55,9% da população é negra⁵⁰, tendo em vista que a população negra engloba pretos e pardos. Esses números refletem a rica diversidade cultural e étnica que caracteriza o país, mas também destacam a importância de assegurar que todas essas vozes tenham representação significativa nos órgãos de decisão política.

Apesar de tais dados, nas eleições de 2022 do Brasil, ainda que tenha havido um aumento da representatividade de mulheres e negros, somente 18% dos mandatos do país foram conquistados por mulheres⁵¹, e apenas 32,12% por negros⁵². Ou seja, ainda que exista o princípio da igualdade que confere a cada eleitor o mesmo direito ao voto, o acesso aos cargos eletivos ainda é difícil para determinados grupos sociais.

3.1 ACESSO DE MULHERES E NEGROS NA POLÍTICA DO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICOS

A baixa representatividade de mulheres e negros nos cargos eletivos do Brasil é um fenômeno complexo que se origina de uma série de questões históricas profundamente enraizadas na trajetória política do país. Desde os tempos coloniais, a sociedade brasileira foi estruturada sobre uma base de discriminação e exclusão, com a escravidão servindo como pilar econômico central. Durante séculos, os negros foram subjugados e privados de direitos básicos, incluindo o direito de participação política, perpetuando uma estrutura de poder dominada por brancos.

A exclusão legal e institucional também desempenhou um papel significativo na marginalização de mulheres e negros na política brasileira.

50 IBGE, ref. 47.

51 BRASIL. TSE Mulheres Estatísticas. [S. l.], 2024. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/tse-mulheres/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

52 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Mais da metade dos candidatos aos cargos das Eleições 2022 se autodeclarou negra. [S. l.], 18 nov. 2022, 19:25. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Novembro/mais-da-metade-dos-candidatos-aos-cargos-das-eleicoes->. Acesso em: 3 abr. 2024.

O Decreto 3.209/81, conhecido como Lei Saraiva (1881) limitou suas oportunidades de educação e, consequentemente, sua capacidade de participar ativamente na vida política. Além disso, a abolição da escravidão em 1888 não foi acompanhada por medidas efetivas para integrar os negros na sociedade, deixando-os à margem do processo político.

O período ditatorial (1964-1985) exacerbou ainda mais essa exclusão política. A repressão política e a censura enfraqueceram os movimentos sociais que lutavam por maior representatividade, deixando um legado de desconfiança nas instituições democráticas e dificultando a participação ativa de grupos historicamente marginalizados na política. Essas características favorecem a manutenção de elites políticas e dificultam a renovação e diversificação do quadro político, impedindo a entrada e o destaque de mulheres e negros nos partidos políticos.

Além disso, a cultura política do Brasil muitas vezes perpetua estereótipos e preconceitos que marginalizam mulheres e negros, influenciando a percepção pública sobre quem é considerado adequado para ocupar cargos políticos de poder e liderança.

Superar esses desafios requer a implementação de políticas públicas que promovam a igualdade de gênero e racial, bem como esforços contínuos para desconstruir preconceitos e promover uma cultura política mais inclusiva e diversa.

3.2 MEDIDAS JURÍDICAS PARA A AMPLIAÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE

A CRFB/88 trouxe em seu espírito a promoção de valores democráticos e igualitários visando construir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

No artigo 3º da Carta Política de 1988, diz-se que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa

do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁵³.

Além disso, o artigo 14, que trata dos direitos políticos, a CRFB/88 afirma que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Assim, com fundamento na Constituição Federal de 1988, diversas medidas legislativas foram implementadas para fomentar a participação política e ampliar a representatividade de grupos historicamente sub-representados, tais como candidatos negros e mulheres. Uma dessas medidas inclui a Lei nº 9.504/1997, conhecida como Lei das Eleições, que estabelece que cada partido ou coligação deve reservar no mínimo 30% das candidaturas para cada gênero. Nos seguintes termos: “Art. 10. [...] § 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”⁵⁴. Esta é uma disposição legal fundamental, visando aumentar a presença feminina nos cargos eletivos.

Adicionalmente, a Lei nº 9.096/95 determina que pelo menos 5% dos recursos do Fundo Partidário devem ser destinados à promoção da participação política das mulheres⁵⁵. Essa alocação financeira é crucial para proporcionar apoio efetivo às candidatas em suas campanhas

53 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2024.

54 BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Estabelece normas para as eleições*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1997.

55 BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília, DF: *Diário Oficial da União*, 1995.

eleitorais. Assim:

Art. 44 Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:
[...]

V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e executados pela Secretaria da Mulher ou, a critério da agremiação, por instituto com personalidade jurídica própria presidido pela Secretária da Mulher, em nível nacional, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total⁵⁶.

Além disso, a Resolução nº 23.665/2021 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) regulamenta a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), estipulando que no mínimo 30% desses recursos devem ser destinados às candidaturas feminina⁵⁷. Essa medida visa garantir uma distribuição mais equitativa dos recursos financeiros entre os gêneros.

Além disso, a Resolução nº 23.665/2021 trata de recursos para mulheres e negros:

Art. 17 [...]

§ 4º Para o financiamento de candidaturas femininas e de pessoas negras os partidos devem destinar os seguintes percentuais do montante recebido do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) (STF: ADI nº 5.617/DF, DJE de 3.10.2018, e ADPF-MC nº 738/DF, DJE de 29.10.2020; e TSE: Consulta nº

56 *Ibidem*.

57 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução no 23.665/2021*. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Brasília, DF: Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, 2021.

0600252-18, DJE de 15.8.2018, e Consulta nº 0600306-47, DJE de 5.10.2020):

I - para as candidaturas femininas o percentual corresponderá a proporção dessas candidaturas em relação a soma das candidaturas masculinas e femininas do partido, não podendo ser inferior a 30% (trinta por cento);

II - para as candidaturas de pessoas negras o percentual corresponderá à proporção de:

a) mulheres negras e não negras do gênero feminino do partido; e

b) homens negros e não negros do gênero masculino do partido; e

III - os percentuais de candidaturas femininas e de pessoas negras será obtido pela razão dessas candidaturas em relação ao total de candidaturas do partido em âmbito nacional⁵⁸.

Essas leis e resoluções representam importantes avanços legislativos para promover a participação política e a representatividade de mulheres e candidatos negros no cenário político brasileiro. No entanto, é importante ressaltar que apesar dessas medidas, ainda persistem desafios significativos para garantir uma representação política verdadeiramente inclusiva e diversa.

Dessa forma, busca-se, neste estudo, entender se o sistema proporcional constitucionalmente previsto vem sendo efetivo na ampliação da diversidade nos espaços de representação política.

4. ESTUDO DE CASO: ELEIÇÕES DE 2012, 2016 E 2020 DE SALVADOR

O estudo realizado sobre as eleições municipais em Salvador dos

58 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução no 23.665/2021*. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Brasília, DF: Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, 2021.

anos de 2012, 2016 e 2020 visa aprofundar a compreensão da influência dos sistemas eleitorais proporcional e majoritário conhecido como distritão nas eleições para o cargo de vereador em uma determinada localidade.

A CRFB/88 não confere aos municípios competência para escolher seus sistemas eleitorais. Para esta pesquisa, busca-se, a partir do estudo de uma localidade específica, entender os impactos desses sistemas eleitorais. Dessa forma, o enfoque deste artigo em apenas um município se deve à complexidade do tratamento dos dados em escala maior, mas ainda assim é capaz de fornecer uma avaliação dos impactos concretos desses sistemas.

O cerne deste estudo reside na comparação entre os 43 candidatos eleitos e os 43 candidatos mais votados, com base nos dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a fim de simular como seria um eventual sistema majoritário plurinominal com apenas um distrito na circunscrição eleitoral, nos moldes do conhecido distritão, tendo em vista que a Câmara Municipal de Salvador nos anos de 2012, 2016 e 2020 teve a sua composição formada por 43 vereadores.

Tal simulação servirá para a realização de uma comparação que visa compreender o impacto dos sistemas eleitorais majoritário e proporcional para as candidaturas de grupos historicamente sub-representados, que para esta pesquisa são os candidatos negros e as candidatas mulheres, que no ano de 2022 somente 18% dos mandatos do país foram conquistados por mulheres⁵⁹, e apenas 32,12% por negros⁶⁰.

59 BRASIL. *TSE Mulheres Estatísticas*. [S. l.], 2024. Disponível em: <https://www.justicaeeleitoral.jus.br/tse-mulheres/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

60 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Mais da metade dos candidatos aos cargos das Eleições 2022 se autodeclarou negra. [S. l.], 18 nov. 2022, 19:25. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Novembro/mais-da-metade-dos-candidatos-aos-cargos-das-eleicoes-2022-se-autodeclarou-negras>. Acesso em: 3 abr. 2024.

Para alcançar esse objetivo, foram consultados os registros, no sistema de prestação de contas do TSE⁶¹, dos 43 vereadores eleitos e dos 43 candidatos mais votados, visando obter informações sobre autodeclaração de gênero e etnia. Isto é, comparou-se a influência concreta dos sistemas eleitorais para saber se haveria aumento ou diminuição da diversidade.

A escolha desses grupos se deve às medidas de inclusão adotadas pela Justiça Eleitoral e pelo Congresso Nacional, cuja finalidade é aumentar a representatividade desses grupos na política. Assim, o estudo busca determinar se há algum impacto na representação de grupos minoritários na política, como mulheres e negros, e se o sistema eleitoral adotado influencia esse aspecto. Esse tipo de análise é fundamental para entender como as estruturas políticas afetam a representatividade e para orientar possíveis reformas ou ajustes nos sistemas eleitorais visando à promoção de inclusão e de diversidade na política.

O estudo se ateve aos dados provenientes dos resultados fornecidos pelo TSE, desconsiderando eventuais retotalizações de votos ou mudanças decorrentes de judicialização dos pleitos eleitorais observados.

4.1 ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE SALVADOR DE 2012

Para o processo eleitoral de 2012, um dos dados a serem observados, que é a declaração étnica, precisou ser coletado do processo eleitoral imediatamente seguinte em que o candidato concorreu, tendo em vista que nenhum dos candidatos eleitos, como também nenhum dos 43 mais votados naquele ano fizeram tal declaração nos registros eleitorais.

Dessa forma, a fim de se ter uma noção da realidade, verificaram-se os candidatos que disputaram o pleito seguinte, isto é, as eleições de 2014 ou a de 2016 e a etnia que eles se autodeclararam em uma dessas

61 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais. [S. l.], 2024. Disponível em: www.divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/. Acesso em: 31 mar. 2024.

eleições. O único candidato que não disputou um pleito seguinte, e por isso consta como etnia não informada, foi Waldir Pires. Sabe-se que existe a possibilidade de os candidatos mudarem sua autodeclaração étnica, mas imagina-se que tal mudança seja em percentuais reduzidos, de modo a não prejudicar o valor do estudo.

Assim, observando os dados do TSE, percebe-se que, no sistema proporcional, os resultados eleitorais refletem uma distribuição mais equilibrada em termos étnicos, com 15 brancos, 16 pardos, 11 pretos e 1 não informado eleitos para o cargo de vereador. Além disso, em relação ao gênero, há uma disparidade evidente entre mulheres e homens, com apenas 5 mulheres eleitas em comparação com 38 homens.

Em relação à etnia, os candidatos brancos eleitos foram: Dr. David Rios, Alan Castro, Isnard Araújo, Catia Rodrigues, Ana Rita Tavares, Paulo Câmara, Alberto Braga, Duda Sanches, Marcell Moraes, Kiki Bispo, Cláudio Tinoco, Dra. Fabíola Mansur, Trindade, Carballal, Tiago Correia. Já os pardos foram: Carlos Muniz, Soldado Prisco, Luiz Carlos, Geraldo Júnior, Palhinha, Heber Santana, Pepê, Joceval Rodrigues, Lessa, Euvaldo Jorge, Léo Prates, J. Carlos Filho, Aladilce Souza, Alemão, Everaldo Augusto, Vado. Os pretos: Hilton Coelho, Tia Eron, Edvaldo Brito, Toinho Carolino, Suica, Mangueira, Gilmar Santiago, Odiosvaldo Vigas, Moisés Rocha, Leandro Guerrilha, Sílvio Humberto. Por fim, Waldir Pires não teve a etnia informada. Em relação ao gênero, as mulheres eleitas foram: Tia Eron, Catia Rodrigues, Ana Rita Tavares, Dra. Fabíola Mansur, Aladilce Souza.

Por outro lado, a partir da construção do cenário hipotético de adoção do sistema majoritário distritão, observa-se que a composição sofre alterações relevantes. Em termos étnicos, os eleitos seriam predominantemente brancos, com 18 representantes, seguidos por 15 pardos, 9 pretos e 1 não informado. Quanto ao gênero, a discrepância persiste, com apenas 4 mulheres eleitas sob o sistema majoritário em

comparação com 49 homens. Isso indica que, independentemente do sistema eleitoral adotado, a representação feminina ainda é substancialmente menor em relação à masculina. No entanto, ela foi maior no sistema proporcional.

Em relação à etnia, teriam sido eleitos os candidatos brancos: Dr. David Rios, Alan Castro, Isnard Araújo, Catia Rodrigues, Ana Rita Tavares, Paulo Câmara, Alberto Braga, Duda Sanches, Marcell Moraes, Kiki Bispo, Cláudio Tinoco, Pedro Godinho, Dra. Fabíola Mansur, Trindade, Bassuma, Paulo Magalhães Jr., Gilberto José, Carballal. Já os pardos seriam: Carlos Muniz, Soldado Prisco, Luiz Carlos, Geraldo Júnior, Palhinha, Heber Santana, Pepê, Leo Kret do Brasil, Joceval Rodrigues, Téo Senna, Lessa, Euvaldo Jorge, Léo Prates, J. Carlos Filho, Sabá. Os pretos seriam: Hilton Coelho, Tia Eron, Edvaldo Brito, Toinho Carolino, Suica, Mangueira, Gilmar Santiago, Odiosvaldo Vigas, Moisés Rocha. E Waldir Pire não informou a etnia. Em relação ao gênero, seriam eleitas: Tia Eron, Catia Rodrigues, Ana Rita Tavares, Dra. Fabíola Mansur.

Dos resultados, infere-se que o sistema proporcional adotado para aquele processo eleitoral, se comparado ao sistema majoritário, permitiu que a diversidade fosse maior em termos étnicos e de gênero na ocupação dos cargos eletivos, eis que aumentou em 6,98% a representação de negros e em 2,32% a representação de mulheres em relação ao total de eleitos considerando todas as etnias e gêneros. Isto é, com o sistema majoritário o percentual de negros seria de 55,81% e o de mulheres 9,30%, já com o sistema proporcional o percentual de negros seria de 62,79% e o de mulheres 11,62%.

Esses dados destacam as diferenças nas representações de gênero e etnia entre os sistemas eleitorais, sugerindo que o sistema proporcional pode promover uma representação mais diversificada e inclusiva.

4.2 ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE SALVADOR DE 2016

Nas eleições de 2016, os dados foram obtidos nas declarações dos próprios candidatos.

Observando os dados, percebe-se que no sistema proporcional, os resultados eleitorais também refletem uma distribuição mais equilibrada em termos étnicos, com 1 amarelo, 16 brancos, 16 pardos e 10 pretos. Além disso, em relação ao gênero, há uma disparidade evidente, com apenas 8 mulheres eleitas em comparação com 35 homens.

Em relação à etnia, o candidato amarelo eleito foi: Hélio Ferreira; os brancos foram: Paulo Camara, Isnard Araujo, Duda Sanches, Claudio Tinoco, Rogéria Santos, Tiago Correia, Daniel Rios, Catia Rodrigues, Paulo Magalhães Junior, Kiki Bispo, Felipe Lucas, Ana Rita Tavares, Carballal, Cezar Leite, Lorena Brandão, Trindade. Os pardos foram: Luiz Carlos, Marcelle Moraes, Geraldo Junior, Carlos Muniz, Leo Prates, Igor Kanario Príncipe do Gueto, Maurício Trindade, Palhinha, Beca, Aleluia, Heber Santana, Joceval Rodrigues, Sabá, Aladilce, Teo Senna, Sidninho. E os pretos seriam: Hilton Coêlho, Ireuda Silva, Suica, Alfredo Mangueira, Toinho Carolino, Marta Rodrigues, Edvaldo Brito, Silvio Humberto, Moisés Rocha, Odiosvaldo Vigas. Já em relação ao gênero, foram eleitas: Marcelle Moraes, Rogéria Santos, Ireuda Silva, Catia Rodrigues, Ana Rita Tavares, Aladilce, Lorena Brandão, Marta Rodrigues.

Por outro lado, a partir da construção do cenário hipotético de adoção do sistema majoritário distrital, observa-se que a composição sofre alterações. Em termos étnicos, os eleitos seriam predominantemente brancos, com 18 representantes, seguidos por 19 pardos, 5 pretos e 1 amarelo. Quanto ao gênero, os dados indicam que, sob o sistema majoritário, seriam eleitas 7 mulheres e 36 homens. Isso destaca uma discrepância notável, mantendo a tendência de sub-representação feminina em relação à masculina, independentemente do sistema eleitoral

adotado. No entanto, ela também foi maior no sistema proporcional na eleição de 2016.

Em relação à etnia, o candidato amarelo eleito seria Hélio Ferreira. Os brancos seriam: Paulo Camara, Isnard Araujo, Duda Sanches, Claudio Tinoco, Rogéria Santos, Tiago Correia, Daniel Rios, Catia Rodrigues, Paulo Magalhães Junior, Kiki Bispo, Felipe Lucas, Ana Rita Tavares, Carballal, Pedro Godinho, Cezar Leite, Lorena Brandão, Alberto Braga, Ricardo Almeida. Os pardos seriam: Luiz Carlos, Marcelle Moraes, Geraldo Junior, Carlos Muniz, Leo Prates, Igor Kanario Principe do Gueto, Maurício Trindade, Palhinha, Beca, Aleluia, Heber Santana, Joceval Rodrigues, Sabá, Aladilce, Vado Malassombrado, J Carlos Filho, Teo Senna, Fabio Souza, Sidninho. Os pretos seriam: Hilton Coêlho, Ireuda Silva, Suica, Alfredo Mangueira, Toinho Carolino. Em relação ao gênero, seriam eleitas: Marcelle Moraes, Rogéria Santos, Ireuda Silva, Catia Rodrigues, Ana Rita Tavares, Aladilce, Lorena Brandão.

Dos resultados, infere-se que o sistema proporcional adotado para aquele processo eleitoral, se comparado ao sistema majoritário, permitiu que a diversidade fosse maior em termos étnicos e de gênero na ocupação dos cargos eletivos, eis que aumentou em 4,65% a representação de negros e em 2,33% a representação de mulheres em relação ao total de eleitos considerando todas as etnias e gêneros. Isto é, com o sistema majoritário o percentual de negros seria de 55,81% e o de mulheres 16,27%, já com o sistema proporcional o percentual de negros seria de 60,46% e o de mulheres 18,60%.

Em um estudo comparativo entre sistemas eleitorais, foi analisada a representatividade de diferentes grupos populacionais, com foco em gênero e raça, sob os sistemas majoritário e proporcional. Os resultados revelam diferenças significativas na distribuição de representantes conforme o modelo eleitoral adotado.

4.3 ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE SALVADOR DE 2020

Nas eleições de 2020, observando os dados, percebe-se que no sistema proporcional, os resultados eleitorais também refletem uma distribuição mais equilibrada em termos étnicos, com 13 brancos, 17 pardos e 13 pretos. Além disso, em relação ao gênero, há uma disparidade evidente, com apenas 9 mulheres eleitas em comparação com 34 homens.

Em relação à etnia, os brancos eleitos foram: Luiz Carlos, Isnard Araujo, Duda Sanches, Ricardo Almeida, Emerson Penalva, Maurício Trindade, Roberta Caires, Claudio Tinoco, Catia Rodrigues, Augusto Vasconcelos, Andre Fraga, Carballal, George O Gordinho da Favela. Já os pardos: Geraldo Júnior, Alexandre Aleluia, Carlos Muniz, Marcelle Moraes, Hélio Ferreira, Paulo Magalhães Júnior, Daniel Rios, Debora Santana, Kiki Bispo, Sidninho, Sandro Bahiense, Téo Senna, Fabio Souza, Daniel Alves, Anderson Ninho, Maria Marighella, Marcelo Maia. Os pretos foram: Ireuda Silva, Julio Santos, Marta Rodrigues, Cris Correia, Joceval Rodrigues, Luiz Carlos Suíca, Saba, Edvaldo Brito, Silvio Humberto, Tiago Ferreira, Irmão Lázaro, Dr Jose Antonio, Laina Pretas Por Salvador. Em relação ao gênero, as eleitas seriam: Ireuda Silva, Marcelle Moraes, Debora Santana, Marta Rodrigues, Cris Correia, Roberta Caires, Catia Rodrigues, Maria Marighella, Laina Pretas Por Salvador.

Por outro lado, a partir da construção do cenário hipotético de adoção do sistema majoritário distritão, observa-se que a composição sofre alterações. Em termos étnicos, os eleitos seriam predominantemente brancos, com 16 representantes, seguidos por 21 pardos e 6 pretos. Quanto ao gênero, os dados indicam que, sob o sistema majoritário, seriam eleitas 10 mulheres e 33 homens. Isso destaca uma discrepância notável, mantendo a tendência de sub-representação feminina em relação à masculina.

Em relação à etnia, os brancos eleitos seriam: Luiz Carlos, Isnard Araujo, Duda Sanches, Ricardo Almeida, Emerson Penalva, Maurício Trindade, Alberto Braga, Roberta Caires, Claudio Tinoco, Catia Rodrigues, Felipe Lucas, Augusto Vasconcelos, Andre Fraga, Lorena Brandão, Pedro Godinho, Carballal. Os pardos seriam: Geraldo Júnior, Alexandre Aleluia, Carlos Muniz, Marcelle Moraes, Hélio Ferreira, Paulo Magalhães Júnior, Daniel Rios, Debora Santana, Kiki Bispo, Sidninho, Palhinha, Sandro Bahiense, Téo Senna, Beca, Kel Torres, Priscila Chammas, Fabio Souza, Daniel Alves, Anderson Ninho, Binho de Ganso, Aladilce. Já os pretos seriam: Ireuda Silva, Julio Santos, Marta Rodrigues, Cris Correia, Joceval Rodrigues, Luiz Carlos Suíca. Em relação ao gênero, as eleitas seriam: Ireuda Silva, Marcelle Moraes, Debora Santana, Marta Rodrigues, Cris Correia, Roberta Caires, Catia Rodrigues, Priscila Chammas, Lorena Brandão, Aladilce.

Dos resultados, infere-se que o sistema proporcional adotado para aquele processo eleitoral, se comparado ao sistema majoritário, permitiu que a diversidade fosse maior em termos étnicos na ocupação dos cargos eletivos, eis que aumentou em 6,97% a representação de negros e reduziu no percentual de 2,32% a representação de mulheres em relação ao total de eleitos considerando todas as etnias e gêneros. Isto é, com o sistema majoritário o percentual de negros seria de 62,79% e o de mulheres 23,25%, já com o sistema proporcional o percentual de negros seria de 69,76% e o de mulheres 20,93%.

Ao comparar os sistemas, observa-se que o sistema proporcional resultou em uma redução no número de mulheres eleitas e um aumento na representação proporcional de grupos étnicos minoritários.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo permitiu analisar os impactos dos sistemas eleitorais

proporcional e majoritário conhecido como distritão na representatividade política, especificamente no contexto das eleições municipais em Salvador, Bahia, com foco na ocupação de cargos eletivos por mulheres e negros no Poder Legislativo.

A partir das discussões apresentadas, percebe-se que a democracia representativa, embasada no Direito, desempenha papel fundamental na forma pela qual os mandatos eletivos são conferidos aos representantes do povo, refletindo na legitimidade da representação popular, na estabilidade institucional e nos rumos da sociedade.

O estudo ressalta a importância não apenas dos processos formais de tomada de decisão por representantes eleitos, mas também da garantia de direitos mínimos legitimamente construídos, os quais dependem da representação adequada dos diversos grupos da sociedade, inclusive das minorias, como de negros e mulheres, para garantir a estabilidade da ordem jurídica.

O papel do Direito é crucial ao estabelecer as bases sobre as quais a democracia será construída, e os sistemas eleitorais são os mecanismos adotados para converter votos em mandatos populares. Embora o sistema proporcional tenha sido concebido para dar voz política aos grupos que compõem a sociedade, há desafios no contexto brasileiro desde 1989, como a descrença da população nos partidos políticos, o que pode comprometer a pluralidade de vozes na sociedade.

Destaca-se a importância da diversidade e da inclusão na construção de uma sociedade verdadeiramente democrática e justa, conforme preconizado pela Constituição Federal de 1988. Apesar dos avanços legislativos e das medidas adotadas pelo Congresso Nacional e pela Justiça Eleitoral para promover a participação política de mulheres e negros, ainda persistem desafios significativos.

Ao analisar os dados das eleições municipais em Salvador de 2012, 2016, 2020, observou-se que o sistema eleitoral proporcional tende

a promover representação mais diversa e inclusiva em comparação com o sistema majoritário, tendo em vista que usando a média dos três pleitos eleitorais observados houve aumento em 6,2% a ocupação de cargos eletivos para pessoas negras e em 0,77% a ocupação de candidaturas femininas em relação ao total de eleitos considerando todas as etnias e gêneros, quando comparado com um cenário no qual se adotaria o sistema eleitoral majoritário distritão.

Uma observação que chamou atenção no estudo foi a influência do sistema eleitoral nas eleições de candidaturas de pessoas autodeclaradas pretas, que teve um aumento, no sistema proporcional, de 10,85% considerando a média dos três processos eleitorais analisados. Isto é, com o sistema majoritário seriam eleitos 15,50% de pessoas pretas em relação ao total de eleitos considerando todas as etnias e com o sistema proporcional o número iria para 26,35%, representando um crescimento de 70%.

A comparação entre os sistemas majoritário e proporcional revelou que, embora o sistema proporcional tenha contribuído para algumas melhorias na representação de grupos historicamente sub-representados, ainda há desafios significativos, considerando que dados do IBGE revelam que a população brasileira de 2022 é composta por 51,5% de mulheres e que a representação de eleitas no Brasil foi somente de 18%. Dados do mesmo ano revelam que apenas 32,12% de negros foram eleitos. A sub-representação persistente de mulheres e a necessidade contínua de promover a diversidade étnica destacam a importância de repensar e aprimorar os sistemas eleitorais.

Na pesquisa observou-se também que as candidaturas passaram a realizar autodeclaração étnica a partir das eleições de 2014, não sendo comum a realização em 2012. O registo da declaração étnica permite a produção de estudos e políticas públicas sobre a efetividade dos sistemas e mecanismos que vêm sendo adotados para assegurar a maior

representatividade nos cargos eletivos.

A análise dos dados à luz das medidas jurídicas adotadas para fortalecer candidaturas femininas e negras aponta para a necessidade de revisão e aprimoramento dessas medidas, mas existe a hipótese de que elas já estejam contribuindo para melhorar a representatividade. Isso porque os dados dos processos eleitorais analisados, se comparados entre os anos demonstram que o número de mulheres eleitas cresceu em todos os anos e que o número de pardos vem crescendo.

A constatação de que, mesmo após mais de 35 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o eleitorado se sente cada vez menos representado pelos políticos eleitos e pelos partidos políticos existentes, destaca a urgência de reflexões mais profundas sobre a urgência de novas medidas.

Portanto, a discussão sobre os impactos do sistema proporcional na qualificação da representação de grupos minoritários, especificamente de mulheres e negros, nas eleições municipais, ressalta a importância de tal sistema na promoção da diversidade e da necessidade de um contínuo debate público e de reformas para fortalecer os princípios democráticos e promover representação política mais inclusiva e fiel à diversidade da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF:

Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2024.

BRASIL. TSE Mulheres Estatísticas. [S. l.], 2024. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/tse-mulheres/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

BRASIL. Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1997.

BRASIL. Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3o, inciso V, da Constituição Federal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1995.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução no 23.665/2021. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Brasília, DF: Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais. [S. l.], 2024. Disponível em: www.divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Mais da metade dos candidatos aos cargos das Eleições 2022 se autodeclarou negra. [S. l.], 18 nov. 2022, 19:25. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Novembro/mais-da-metade-dos-candidatos-aos-cargos-das-eleicoes-2022-se-autodeclarou-negras>. Acesso em: 3 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações diretas de inconstitucionalidade 7.228, 7.263 e 7.325. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado

em 28 de fevereiro de 2024. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 29 fev. 2024.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estimativa da População Brasileira. [S. l.], 2022. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em: 31 mar.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MENEGUELLO, Rachel; AMARAL, Oswaldo E. Para onde foram os partidos na opinião pública? As percepções sobre os partidos políticos na redemocratização no Brasil. USP Estudos Avançados, São Paulo, v. 36, n. 106, p. 55-67, 2022. Dossiê Eleições/Governança Florestal. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/205919/189436>. Acesso em: 15 abr. 2024.

NICOLAU, Jairo. Como aperfeiçoar a representação proporcional no Brasil. Cadernos de Estudos Sociais e Políticos, [s. l.], v. 4, p. 101-121, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/CESP/article/view/18998>. Acesso em: 15 abr. 2024.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. Elementos de Direito Eleitoral. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

UMA MENTIRA DITA MIL VEZES TORNA-SE VERDADE? A DESINFORMAÇÃO EM CONTEXTOS ELEITORAIS E A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL¹

DOES A LIE TOLD A THOUSAND TIMES BECOME THE TRUTH? DISINFORMATION IN ELECTORAL CONTEXTS AND THE ROLE OF THE ELECTORAL JUSTICE SYSTEM

Iara Loureto Calheiros^{2*}

Anna Paula Oliveira Mendes^{3*}

RESUMO

Este artigo aborda a epidemia das *Fake News*, facilitada pelo modelo de comunicação atual baseado em plataformas digitais e redes sociais, e seus impactos negativos nas relações sociais, familiares e na democracia. Utilizando a teoria de Hannah Arendt como marco teórico, a metodologia utilizada foi a

1 O presente artigo foi desenvolvido pela discente Iara Calheiros sob a orientação da Prof. Me. Anna Paula Mendes como requisito para a obtenção do grau de especialista na Especialização em Financiamento de Campanha e Prestação de Contas Anuais e Eleitorais promovida pela Universidade Estadual de Roraima (UERR).

2 * ** Mestre em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Estadual de Roraima (UERR). Especialista em Desenvolvimento Regional da Amazônia pela Universidade Federal de Roraima (UFRR). Especialista em Direito Público com enfoque em Direito Administrativo e Constitucional (Estácio Atual). Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral de Roraima. Membro do Grupo de Trabalho sobre a Política Regional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário - TRE/RR.

3 * ** Mestre em Direito da Cidade pela UERJ (2019). Bacharel em Direito pela UERJ (2016), com intercâmbio acadêmico na *Universidad Nacional de Colombia*. Professora da pós-graduação em Direito Eleitoral da UERJ, em parceria com o TRE/RJ, e das seguintes instituições: IDP, UNIFOR, UERR e UFG. Professora da Universidade Iguaçu. Servidora do TRE/RJ. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).

revisão bibliográfica para se compreender a mentira na política historicamente e na contemporaneidade. Analisou-se a ausência de uma definição clara de *Fake News* nas resoluções do TSE (Resolução TSE nº 23.610/2019 e Resolução TSE nº 23.714/2022), concluindo que essa abordagem permite ao órgão utilizar mecanismos regulatórios flexíveis para enfrentar essa prática.

Palavras-chave: Fake News; democracia; TSE; desinformação; redes sociais.

ABSTRACT

This article discusses the Fake News epidemic, facilitated by the current communication model based on digital platforms and social networks, and its negative impacts on social and family relations and democracy. Using Hannah Arendt's theory as a theoretical framework, the methodology used was the literature review to understand lies in politics historically and also in contemporary times. The absence of a clear definition of Fake News in the TSE resolutions (TSE Resolution No. 23.610/2019 and TSE Resolution No. 23.714/2022) was analyzed, concluding that this approach allows the body to use flexible regulatory mechanisms to address this practice.

Keywords: fake News; democracy; TSE; disinformation; social networks.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o ser humano vive um período de transformação de ciclos e modelos. A incerteza natural sobre futuro parece se associar aos riscos potenciais de uma época marcada pelo clima de insegurança e medo. Apesar da destacada racionalidade, o homem tem frequentemente corrompido suas relações, gerando severas disfunções no modo como se organiza na comunidade atual, que é mais global do que nunca.

Nesse contexto, a análise de Amaral⁴ é importante: “o desvio da precisão

4 AMARAL, Alberto. Os efeitos danosos gerados pela mentira na política. *JORNAL DA USP*, São Paulo, 02 de fev 2020, p. 20. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/os-efeitos-danosos-gerados-pela-mentira-na-politica/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

comunicativa de um povo anteriormente mais solidário tem conduzido a humanidade desta quadra para uma imprecisão informativa mais individualista”.

Dito de outro modo: amizades e vínculos familiares são rompidos por questões políticas, o que apenas parece ser possível em razão de um cenário em que a comunicação de massa é marcada por uma epidemia da desinformação. Pessoas falam a mesma língua, mas não se entendem. Cada um parece viver na sua própria realidade.

Partindo dessa problemática, o presente artigo buscará analisar a mentira na política, em sua perspectiva histórica e na atualidade, enfatizando as singularidades do fenômeno na sociedade atual. Para isso, se valerá principalmente da teoria de Hannah Arendt.

Uma vez delimitado os contornos do fenômeno das *Fake News*, se abordará a problemática da definição deste conceito, que não constou das resoluções recentes do TSE que abordaram, direta ou indiretamente, a questão, são elas: Resolução TSE nº 23.610/2019 e Resolução TSE nº 23.714/2022.

Ao final, se demonstrará que o TSE agiu bem em não buscar reduzir ou definir o fenômeno, mas que isso não significa uma inércia da atuação do órgão, que já dispõe, na regulamentação atual, de mecanismos de enfrentamento à essa prática, que, se não controlada, seguirá ameaçando não só as relações, mas a própria democracia.

2 A SOCIEDADE DA COMUNICAÇÃO E O CONTEÚDO MULTINÍVEL DA INFORMAÇÃO

Não são poucas as maneiras de observar que a sociedade vive em situação muito distinta de alguns poucos anos atrás. A reduzida quantidade de tempo e o volume da mudança causam, sim, perplexidade. Mas isso é somente uma das consequências da globalização, da revolução digital e do contexto informativo que foi produzido ao longo das relações humanas⁵.

5 BACHUR, João Paulo. Desinformação Política, Mídias Digitais e Democracia: Como e Por Que as *Fake News* Funcionam? *Revista de Direito Público*, Brasília,

Assim, a sociedade da informação, que a contemporaneidade tem logrado, por um lado, e reclamado, por outro, não surgiu inteiramente pronta e acabada, porém foi se concretizando, década após década, através de relevantes conquistas da humanidade e de valiosa praticidade tecnológica. O resultado foi o aparecimento de um ambiente político em que certas decisões são inevitáveis, a exemplo do contingenciamento atual das *Fake News*.

Sobre o assunto, afirma Bachur⁶, “a sociedade da informação, nesse sentido, fundamenta-se no seu elemento principal, a comunicabilidade de um fato, a qual recebe tonalidades diferentes, conforme a forma como é usufruída”. Ainda segundo o autor supramencionado, a informação abrange um conteúdo multinível, podendo ser definida como mercadoria, valor, estética, cultura e função. Não importando o sentido que possa ser contextualizada para a exigência humana, a informação é mecanismo multifacetado de expressão e de mudança.

A informação como mercadoria não é um conceito inédito. Ao contrário, já vem sendo discutida há algum tempo. Consoante Menezes⁷, pode-se ver a informação sendo tratada como elemento mercantil. O primeiro, apresentando o sentido de “comodificação”. O segundo, se referindo a ideia de “capitalismo informacional”. Para o autor, a informação sempre será considerada como um serviço ou um bem e, com isso, impactos econômicos são observados durante a sua circulação.

A informação como valor, por seu turno, consiste no reconhecimento de sua economicidade, pois está englobada na intelectualidade do homem, sendo, portanto, um patrimônio imaterial e subjetivo. Disso se origina a constituição de bancos de dados que, por consequência, geram eventual manipulação cibernética, produzindo efeito financeiro e firmando sua caracterização como

DF, v. 18, n. 99, jul./set. 2021. Dossiê – Democracia, *Fake News* e Eleições. p. 429. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5939>. Acesso em: 24 Fev. 2024.

6 *Ibidem*, p. 13

7 MENEZES, Paulo Brasil. *FAKE NEWS, modernidade, metodologia, regulação e responsabilidade*. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 62-63.

bem de consumo⁸.

No caso da informação como estética, Menezes⁹ destaca que “esta coopera para um modelo bifurcado do espaço público, o qual se transforma em um palco de desfiles e exposições entre várias forças sociais”. Desse modo, a veiculação da informação encontra no ambiente digitalizado um objetivo, uma espécie de promoção e valorização da segregação entre dominantes e dominados, líderes e liderados, governantes e governados, dividindo classes com menor e maior participação tecnológica, possibilitando o controle da própria informação. Ademais, a utilização da informação como estética do meio social pode gerar inclusões de pessoas em grupos digitais que anteriormente não eram ocupadas. Assim, os espaços também poder ser reduzidos, e o cidadão pode encontrar no outro os mesmos gostos informativos. A estética, nessa linha, possui sentido agregador.

A informação como cultura representa a base no qual a modernidade entretém e consente enquanto evento de transição reflexiva. Logo, deter uma informação, saber comunicar e reter o conteúdo informativo transmite pela concepção de que a tecnologia redimensiona o padrão comunicativo, aplicando os benefícios da cibercultura, a qual passa a ser, inclusive, uma particularidade da ação simbólica da influência mediática no âmbito contemporâneo. Culturalmente, as pessoas não utilizam mais os ciberespaços somente para lazer a ampliação de contatos sociais. O trabalho digitalizou-se. A capacitação das profissões ganhou uma dimensão relevante. A política está emparelhada nas redes sociais. Logo, a cultura da sociedade moderna é considerada informacional em projeções diversas¹⁰.

Finalmente, a informação como função abrange uma percepção interessante, haja vista que introduz o significado de independência. A manifestação da vontade, de opinião e a divulgação de fatos são procedimentos

8 *Ibidem*, p. 67.

9 MENEZES, Paulo Brasil. *FAKE NEWS, modernidade, metodologia, regulação e responsabilidade*. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

10 *Ibidem*.

que sinalizam posicionamento de quem os elabora e propaga. Nesse desafio de elaboração de um raciocínio, a liberdade é particular e manifesta, permitindo a todos construir suas observações de forma independente, isto é, sem ter que se ater a antagonismos de grupos que comumente se fixam numa esfera deliberativa.

Nessa toada, Bachur¹¹ disserta, “seja para a sociedade geral, seja para o profissional da imprensa e mídia digital, a informação passa a ser analisada como uma função, que, por consequência, não deixa de ser rodeada por suas responsabilidades e compromissos constitucionais”. A ação de informar é um mecanismo de inclusão deliberativa, para uns; e de obrigação profissional, para outros. Não perdendo sua característica de ser uma funcionalidade.

3 FAKE NEWS E INTERNET: A FALSA NOVIDADE E O NOVO ARGUMENTO

A propagação de *Fake News*, por sua vez, não é uma função exclusiva dos tempos modernos, muito menos é privilégio da sociedade contemporânea. O seu surgimento remonta estudos e evidências passadas, em que notícias dessa natureza eram também apresentadas com o perfil de dissimular situações ou fatos.

Nesse contexto, as *Fake News* já derivam de outras épocas, bem mais formalmente distintas das atuais, porém materialmente semelhantes. Botazzo¹² cita que, em “Roma, essa ‘expressão de espírito’, que, a bem da verdade, cerceia o povo e mascara os artifícios que são importantes, além de expor as

11 BACHUR, João Paulo. Desinformação Política, Mídias Digitais e Democracia: Como e Por Que as *Fake News* Funcionam? *Revista de Direito Público*, Brasília, DF, v. 18, n. 99, jul./set. 2021. Dossiê – Democracia, *Fake News* e Eleições. p. 17, Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5939>. Acesso em: 24 fev. 2024.

12 BOTAZZO, Carlos. A MENTIRA NA POLÍTICA: Reflexões quanto às fake news contemporâneas à luz de ensaio de Hannah Arendt sobre os Documentos do Pentágono. As lições da história. *Revista Cronos*, [s. l.], v. 24, n. 1, p. 12-37, 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/cronos/article/view/34561>. Acesso em: 25 fev. 2024.

superficialidades atrativas de uma grande simbologia de autoridade”. Em síntese, a cultura e sua dimensão lúdica, não raras vezes, intercalam-se com a política¹³.

Embora seja um fenômeno que já vem ocorrendo desde os tempos das civilizações antigas, muitos entusiastas tentam, ou ainda tentaram, sem a observação cuidadosa, associar as *Fake News* com os tempos modernos. Esta falsa novidade coopera para a própria funcionalidade de tais notícias. Nesse contexto, qual a razão de se associar as *Fake News* com o atual século? Com esse questionamento, reside aqui a nova discussão, o elemento que influencia de forma avassaladora a propagação das notícias, mas que somente nas democracias contemporâneas pôde ser verificada através da ocorrência de eventos políticos recentes e que se vincula à representatividade governamental.

Tornou-se comum ver e ouvir notícias associadas a divulgação dessas informações com as eleições presidenciais dos Estados Unidos de 2016, que consagraram Donald Trump como vitorioso do referido prélio, assim como a proximidade com o refendo do *Brexit* votado em 23 de junho de 2016, que discutia a retirada do Reino Unido da União Europeia. Esses acontecimentos na segunda década deste século fortaleceram a relação entre as *Fake News* e a internet¹⁴.

No ano de 2018, as *Fake News* foram constantes nas eleições presidenciais do Brasil. Foi nítido o quantitativo de informações dissimuladas e boatos propagados pelas redes sociais, em especial por meio do aplicativo de smartphone *WhatsApp Messenger*. À época, várias ferramentas da mídia brasileira indicaram que o candidato de extrema direita, Jair Messias Bolsonaro (PSL), beneficiou-se eleitoralmente de notícias falsas, divulgadas por uma rede de robôs e perfis manipulados no *Twitter*, *Facebook* e *WhatsApp*.

Esses eventos levaram a investigações policiais que descobriram fortes

13 *Ibidem*.

14 ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social media and fake news in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 31, n. 2, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/316712634_Social_Media_and_Fake_News_in_the_2016_Election. Acesso em: 12 mar. 2024.

vestígios de que a campanha do ex-presidente do Brasil foi responsável pela propagação em massa de *Fake News* nas mídias sociais. Os principais acusados nesse processo participam do grupo “gabinete de ódio”, uma equipe de políticos e empresários apoiadores de Jair Bolsonaro. Atualmente, a Suprema Corte do país conduz a vários inquéritos sobre o assunto de propagação de notícias irreais e deturpadas com objetivos eleitorais.

Outro caso emblemático envolvendo caso de *Fake News* e uso de redes sociais versa sobre o julgamento histórico proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em 2021. Trata-se do Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603975-98.2018.6.16.0000, referente ao Deputado Estadual do Paraná, Sr. Fernando Francischini. No caso, o TSE deu provimento ao recurso para, de acordo como o parecer do Ministério Público, cassar o diploma do recorrido e declarar sua inelegibilidade, nos termos do art. 22, XIV, da LC 64/1990, decretando, ainda, a imediata execução do aresto, independentemente de publicação, recalculando-se os quocientes eleitoral e partidário.

A decisão do TSE se encobriu de ineditismo, sendo o primeiro grande caso vinculado à divulgação de *Fake News* sobre urna eletrônica e sistema de votação nas eleições de 2018 em redes sociais.

O breve excerto do caso analisado pela Corte Eleitoral se refere ao fato de o mencionado parlamentar, a menos de 30 minutos do fim das eleições de 2018, ter usado a rede social *Facebook* para, através de uma *live*, promover ataques contra a democracia e o sistema eletrônico de votação, alegando imunidade parlamentar e que as redes sociais não podem ser entendidas como mecanismos de comunicação para fins do art. 22 da LC 64/1990.

Contudo, o TSE, ao julgar o recurso ordinário do caso, entendeu que o referido deputado não estava acobertado pela imunidade parlamentar, bem como que a internet e, de forma específica, as redes sociais, enquadram-se na definição de “veículos ou meios de comunicação social”. A consequência desse resultado decisório teve reflexos negativos em mais três políticos, que, em razão do quociente eleitoral e partidário, foram eleitos juntos com o deputado cassado. Logo, com o recálculo dos votos, determinado pelo acórdão, os referidos

parlamentares deixaram o cargo, sendo um exemplo de efeito em ricochete ou implicação transcendental da decisão judicial¹⁵.

Nesse raciocínio, pode-se observar dois elementos relevantes desse fenômeno, o objetivo político e a semelhança do gênero textual notícia (*news*), que se conceitua por divulgar fatos tidos por verdadeiros. Por sua vez, não se trata de qualquer história falsa; mas de uma que simule uma notícia “verdadeira” e que tenha finalidades políticas em sua propagação. Nessa linha, o *Cambridge Dictionary* traz uma definição bastante próxima a essa: “história falsa que aparenta ser uma notícia, disseminada na internet ou usando outra mídia, usualmente para influenciar a visão política ou uma piada”¹⁶. Dessa forma, ele acrescenta outro elemento vital em sua definição: a internet como instrumento usual de divulgação das *Fake News*. É nessa última interpretação que o termo é direcionado no português do Brasil: “notícias falsas; quaisquer informações mentirosas que são espalhadas como se fossem verdadeiras, compartilhadas em ambientes virtuais, principalmente em redes sociais ou em aplicativos para publicação de mensagens (Facebook, Telegram, WhatsApp)”¹⁷.

A internet surgiu como uma ferramenta poderosa, capaz de transmitir simultaneamente informações diversas a milhares de pessoas. Ao abranger perfis digitais nas redes sociais, a internet se apresenta como um canal eficiente para disseminar informações de toda natureza a uma sociedade ávida por notícias. Sem dúvidas, a internet tem fornecido um ciclo atrativo para os líderes e pessoas interessadas em expor informações previamente separadas e especificadas. Por consequência, a democratização dos ambientes cibernéticos causada pela internet gera um aumento na quantidade de usuários e injeta na sociedade informativa

15 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário Eleitoral Nº 060397598*, Classe 11550 – CURUTIBA – PR, Acórdão de 28/10/2021. Relator(a) Min. Luiz Felipe Salomão, DJE – Diário da Justiça Eletrônica, Tomo 228, 10 de Dezembro de 2021.

16 CAMBRIDGE DICTIONARY. Fake News. *Cambridge Dictionary*. c2020. Disponível em <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news>. Acesso em 25. fev. 2024.

17 DICIO. Fake news. *DICIO – dicionário online da língua portuguesa*. c2020. Disponível em <https://www.dicio.com.br/fake-news/>. Acesso em 25 fev. 2024.

uma fração social que outrora era excluída desse favoritismo tecnológico.

Contudo, essa peculiaridade traz a outra face da moeda, a facilidade de manipulação e a modificação de paradigma para que a nova inclusão seja gerida para configurar manobras de exclusão, outrora já experimentadas em gerações passadas, porém sem a velocidade do ciberespaço. A internet passou, nessa ótica, a determinar hábitos, regular aptidões, medir opções e construir gostos e vontades do povo¹⁸.

Essa discussão abre espaço para uma premissa importante. Segundo Amaral¹⁹, o problema não está na internet. As consequências negativas não se atribuem a ela. A responsabilidade, então, atrela-se às empresas tecnológicas, aos empreendimentos virtuais e às interações corporativas, enfim, às pessoas físicas e jurídicas que desenvolvem essa espécie de informação e que manobram o ciberespaço.

Para Fonseca e Dias²⁰:

A propaganda nos espaços virtuais promove e se beneficia de emoções negativas, porque, na sociedade ambivalente e que duela pela inversão de valores, a maior participação do povo ocorre quando desastres, eventos fatídicos e uma gama de situações maléficas tomam conta do ambiente social ou até de um grupo emocionalmente angustiado a carga depreciativa de algumas atitudes.

Portanto, o cenário digital precisa de controle. Por sua vez, regular quem

18 FONSECA, Alexandre; DIAS, Juliana (coord.). *Caminhos da desinformação: evangélicos, fake news e WhatsApp no Brasil: relatório de pesquisa*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro: Instituto NUTES de Educação em Ciências e Saúde, 2021. p. 51. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1xl-5aqKfXmYeSPctboBoNqFzj_21yRHO/view?fbclid=IwAR1VVw3wHGTDkR9ywxojj73BujylsyoRWsUnM8kMVRqhJQyn2j-mm2pH_Y. Acesso em: 29 fev. 2024.

19 AMARAL, Alberto. Os efeitos danosos gerados pela mentira na política. *JORNAL DA USP*, São Paulo, 2 de fev. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/os-efeitos-danosos-gerados-pela-mentira-na-politica/>. Acesso em 20 fev. 2024.

20 *Ibidem*.

já está controlando a sociedade global é uma batalha do direito do século XXI. Por fim, regular a falsa novidade e administrar o novo argumento demanda atividades conjuntas entre o Estado e a sociedade civil.

4 *FAKE NEWS*, DESINFORMAÇÃO E A MENTIRA POLÍTICA NO CENÁRIO PÚBLICO

As plataformas digitais são o principal veículo de propagação das *Fake News*, e a problemática da velocidade da divulgação das informações parece ser inerente a esse modelo. Como assevera Barbosa²¹, um “grupo de estudiosos, no qual ele se inclui, compreendem que as novas plataformas de comunicação online, especialmente as mídias sociais digitais, agilizam a passagem de circulação dessa espécie de conteúdo de maneira sem precedentes na história”.

Na obra “Verdade e Política”, Hannah Arendt aborda sobre os resultados da produção sistemática de mentiras para o espaço público de uma sociedade²². A autora parte de uma observação epistêmica quanto à natureza da verdade dos fatos para chegar a respostas a respeito das implicações políticas de sua negação, ou seja, a mentira deliberada. Assim, Arendt²³ diferencia duas modalidades de verdades: as que são lógicas e as que são factuais. As primeiras são as verdades científicas, filosóficas e exatas, a teoria da relatividade ou a filosofia platônica, por exemplo. As segundas se referem a fatos e episódios, que são frutos invariáveis de pessoas que vivem e atuam conjuntamente²⁴.

Por serem fenômenos da análise humana, do raciocínio, as verdades lógicas são mais resistentes ao assédio do poder, em comparação às verdades

21 BARBOSA, Saulo. Verdade, política e fake news: reflexão à luz da obra de Hannah Arendt. *Boletim Historiar*, Aracaju, v. 7, n. 2, p. 3-15, maio/ago. 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8713?locale-attribute=pt_BR. Acesso em: 5 mar. 2024.

22 ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018. (Coleção Debates [Política]). p. 46.

23 *Ibidem*.

24 *Ibidem*.

factuais. Nessa linha, Arendt convida o indivíduo a pensar em todos os momentos da história humana que são inalcançáveis ao presente, não deixaram nenhum registro, nenhum rastro. Imagine, também, em todos os arquivos destruídos por razões políticas, em batalhas, em disputas entre grupos étnicos ou religiosos. Com a eliminação desses documentos, as verdades factuais que eles abrangiam também são destruídas. Os eventos da história humana, como demonstra Arendt, são frágeis. Não bastasse sua destruição materialmente, eles podem ser manipulados por falsificações. Logo, o que vale a palavra de um cidadão, por mais real que seja, contra um rol de arquivos falsificados por um Estado interessado em sua condenação? Qual relato permanecerá para posteridade? Em razão disso, a filosofia aduz que a “chance de um evento de relevância, esquecido ou, mais provavelmente, simulado pela mentira, ser algum dia redescoberto” é nula. Conforme Arendt, “uma vez perdido, nenhum esforço racional os ressuscitará”. Nisso reside o que a se conclama de fragilidade das verdades factuais²⁵.

Dessa forma, a autora supracitada disserta que “quando o poder político afronta a verdade dos fatos, ele o faz em seu poderio, pois são os eventos, a verdadeira textura da seara política”. Na medida em que ameaça verdades racionais, ele o faz de fora de seu domínio. São as verdades factuais, por assim dizer, o objeto dessa observação arendtiana²⁶.

Nesse contexto, Arendt²⁷ afirma que “negar um fato é fruto do desejo e da liberdade humana, haja vista se constituir como uma notória tentativa de modificar o registro histórico”. Trata-se, assim, de um ato sobre o mundo e, enquanto tal, é uma ação política. De acordo com a autora, este se distingue do ato de divulgar uma verdade factual, que só incorpora implicações políticas se colocada em um âmbito hermenêutico ao qual tal verdade se refere. Também se caracteriza ação política, para Arendt, quando o falsificador, incapaz de manipular com sua mentira, ao invés de investir na narrativa de sua história, afirma que esta é

25 *Ibidem.*

26 *Ibidem.*

27 *Ibidem*, p.50.

apenas sua “opinião” e, a seguir, reclama seu direito constitucional de propagá-la. O efeito dessa espécie de procedimento é o apagamento da diferença entre o que é fato e o que é opinião.

Compreendendo que o emprego da mentira como arma política não é fenômeno recente na história da humanidade, Arendt enfatiza um conjunto de peculiaridades que ela considera como exclusivo da mentira política em sua época, e, por extensão, na nossa. Assim, a autora considera, primeiramente, que ao contrário da mentira política tradicional, que enfrentava fatos ou interações realmente sigilosas, a mentira política atual lida com fatos que são conhecidos popularmente por qualquer indivíduo ou, ao menos, que podem ser conhecidos rapidamente por meio de uma pesquisa. Trata-se de uma peculiaridade das *Fake News*: grande parte delas pode ser desmentida por uma simples busca no Google.

Possivelmente isso ocorra, já que a mentira política moderna se caracteriza como uma dissimulação massiva e sistemática de fatos e opiniões. De acordo com Arendt²⁸, tal manipulação “objetiva negar ou esconder um fato isolado, mas gera um substituto para realidade, uma imagem na qual todo evento conhecido e consolidado pode da mesma forma ser negado ou negligenciado caso possa vir a danificar (esta) imagem”. Para a autora, isso torna-se possível a partir de manobras e procedimentos de comunicação de massa que emergem em meados do século XX. Assim, a internet pode contribuir para a produção e difusão de uma versão alternativa da realidade.

Em resumo, Arendt²⁹ diferencia a atual mentira política por quatro características. Primeiro, em razão do seu aspecto sistemático e massivo, permitido pelos modernos mecanismos de comunicação - e aqui pode-se acrescentar a internet como elemento de ampliação dessa capacidade. Segundo, porque não se refere a segredos, mas a eventos publicamente notórios, ou que possam ser verificados sem esforço. Terceiro, porque agora o próprio emissor da falsa notícia necessita estar convencido da veracidade de sua versão. Por

28 ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018. (Coleção Debates [Política]). p. 52.

29 *Ibidem*.

fim, porque a atual mentira política pretende criar uma notícia substituta para a verdade, informação essa que rejeita não um episódio isolado, mas toda uma fração da realidade que desminta a “imagem” que se quer impor³⁰.

Nesse aspecto, cabe o questionamento: é realmente possível que uma mentira, “repetida mil vezes”, se torne verdade? São capazes essas imagens, automaticamente produzidas, de alcançar sucesso e usurparem o lugar de realidade?

De acordo com Arendt³¹, por mais dominante que possa ser um regime político e por mais que ele disponha de mecanismos agressivos e propagandistas para disseminar uma mentira de tal tipo, ele jamais conseguirá fazer com que ela altere os fatos passados, pois qualquer evento que venha à tona, por mais diminuto que seja, poderá pôr em evidência toda a imagem por ele construída. E isso ocorre mesmo em situações extremas como os de um regime absoluto ou uma ditadura de partido único, por exemplo. A autora supra ainda cita propositalmente esses episódios pois considera que eles “são nitidamente, como grande dianteira, (em relação às democracias liberais) os (que possuem) órgão mais capacitados quanto ao espaço das ideologias e imagens do impacto da realidade”³².

Ademais, a título de exemplo, Arendt³³ considera a tentativa da União Soviética de eliminar a função que tiveram alguns de seus dissidentes na revolução de 1917. A autora ainda menciona um arquivo soviético que retrata os

30 BARBOSA, Saulo. Verdade, política e fake news: reflexão à luz da obra de Hannah Arendt. *Boletim Historiar*, Aracaju, v. 7, n. 2, p. 3-15, maio/ago. 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8713?locale-attribute=pt_BR. Acesso em: 5 mar. 2024.

31 ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 2018. (Coleção Debates [Política]). p. 52-53.

32 BARBOSA, Saulo. Verdade, política e fake news: reflexão à luz da obra de Hannah Arendt. *Boletim Historiar*, Aracaju, v. 7, n. 2, p. 3-15, maio/ago. 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8713?locale-attribute=pt_BR. Acesso em: 5 mar. 2024.

33 ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018. (Coleção Debates [Política]). p. 59.

problemas para destruir os inúmeros argumentos registrados desses dissidentes, as inúmeras atas de reunião que citam seus nomes e as coletâneas de documentos existentes nas quais essas pessoas aparecem como autores. Nessa linha, os vestígios dos eventos pretéritos, por serem extremamente numerosos nas sociedades modernas, são, dessa forma, quase impossíveis de serem apagados.

Nessa toada, por ser a mentira organizada fenômeno tão frágil em comparação aos eventos que a contradizem, seus propagadores, como apresenta Arendt³⁴, necessitam rotineiramente alterar e remodelar suas imagens falsas da realidade. Portanto, a longo prazo, o que esse processo constante de sobreposição de mentiras produz não é uma situação na qual as dissimulações tomam o lugar da realidade, mas direcionam a uma “espécie de arrogância” generalizada, que se conceitua por “uma total recusa a acreditar em qualquer coisa, por mais bem estabelecida que ela possa ser”³⁵.

Portanto, pode-se concluir que, apesar de a mentira organizada e propagada em massa não poder modificar a verdade, ela tem capacidade de destruí-la, na medida em que a recusa em aceitar a realidade leva, então, à ruína da aptidão do público de diferenciar entre o que é verdade e o que não é. Logo, se por um lado a realidade dos fatos existe e está disponível para ser conhecida, de outro lado, a população é incapaz de observá-la enquanto tal, uma vez que está exausta por notícias falseadas da realidade.

4 A DISCIPLINA LEGAL DAS *FAKE NEWS* NAS RESOLUÇÕES TSE Nº 23.610/2019 E Nº 23.714/2022

A responsabilidade eleitoral é especialmente relevante quando se discutem as *Fake News*. Quando a desinformação faz parte da agenda discursiva, é comum que sejam mencionadas suas constantes relações com as eleições e a

34 *Ibidem*.

35 BARBOSA, Saulo. Verdade, política e fake news: reflexão à luz da obra de Hannah Arendt. *Boletim Historiar*, Aracaju, v. 7, n. 2, p. 3-15, maio/ago. 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8713?locale-attribute=pt_BR. Acesso em: 5 mar. 2024.

democracia. Isso chama a atenção da sociedade, especialmente dos eleitores, partidos e candidatos.

Nessa linha, importante se faz elucidar que a Resolução nº 23.610/2019 trata sobre a propaganda eleitoral, não sendo, desse modo, diretamente elaborada para dispor sobre desinformação no prélio eleitoral. Enquanto a Resolução nº 23.714/2022 foi criada para tratar do assunto ora estudado, dispondo sobre o enfrentamento à desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral³⁶.

Em nenhuma passagem as Resoluções n.º 23.610/2019 e 23.714/2022 definem o conceito de *Fake News* ou desinformação. Existe razões para que o TSE adotasse tal postura? Diversos motivos podem ser abordados para explicar essas indagações. Porém, algumas merecem relevância com características sensíveis do sistema jurídico.

Em primeiro lugar, pode-se dizer que o TSE atuou com prudência em não descrever a expressão *Fake News* no seu ato normativo. Isso porque a função normativa da Justiça Eleitoral é de natureza regulamentar. Assim, o papel dessa Justiça Especializada, em se tratando de situações de desinformação, subtrai-se ao fato de reprimir comportamentos que tragam incontestes desequilíbrios às eleições gerados por fatos inverídicos ou reais, estes quando usados de forma descontextualizada³⁷.

Nessa ótica, o papel do Poder Judiciário consiste em decidir em prol dos direitos fundamentais e proteger as liberdades individuais que estão vulneráveis em um determinado problema jurídico, não sendo de sua atribuição delimitar o conceito de *Fake News*, cuja disciplina parece estar direcionada ao Poder Legislativo, que gerencia o debate público em benefício da elaboração de

36 DOURADO, Tatiana. *Fake News*: quando mentiras viram fatos políticos. Porto Alegre: Zouk, 2021. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/figure/10.1080/17512786.2023.2176352?scroll=top&needAccess=true&role=tab>. Acesso em: 20 abr. 2024.

37 MENEZES, Paulo Brasil; COELHO, Lavínia Helena Macedo. A teoria do Balanceamento na Colisão de Direitos Fundamentais: a atuação da justiça eleitoral na era digital. In: TRAMONTINA, Robison; ANJOS, José Figueiredo dos (org.). *Ciência e Justiça*: reflexão sobre o papel do poder judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. São Luiz: ESAM, 2022. p. 41-56.

regras abstratas com eficácia para toda a sociedade, exercendo a legitimidade democrática que o povo lhe conferiu.

Segundo, a expressão *Fake News* tem alcançado uma conotação ideológica abrangente, propagando no meio social constantes banalizações quanto a sua própria compreensão, que guarda dissonâncias consideráveis e que estão longe de serem consolidadas em ideias comuns e consensuais. O próprio TSE sente essa dificuldade quanto à determinação de seu conteúdo em suas decisões que envolvem *Fake News* e propaganda eleitoral³⁸.

Terceiro, assim como há pluralidade de sentidos para *Fake News* ainda não existe consenso que possa conceituar e distinguir, com rigor, o que é desinformação e qual o significado de *Fake News*, isto é, como e onde começa uma e termina a outra. Diante dessa heterogenia argumentativa, o vocábulo “desinformação”, usado na Seção II da Resolução nº 23.714/2022, parece mais salutar, em decorrência de sua generalidade e de sua pouca carga ideológica³⁹.

Quarto, a terminologia *Fake News* traz um aglomerado emocional muito forte. A sua expressão, quando mal utilizada em relação a um caso, energiza a sociedade para um caminho prejudicial, favorecendo preleções danosas, como os debates de ódio, ataques antidemocráticos e cyberbullying contra instituições e atores do sistema eleitoral, que podem sofrer repercussões negativas nas eleições⁴⁰.

Quinto, com o desenvolvimento dos estudos sobre o evento das *Fake News*, resta nítido que o seu sentido não é simplista, a ponto somente de ser compreendida como “notícias falsas”. *Fake News*, além de abrangerem fatos inverídicos, também são notícias reais que são externadas fora de um contexto. Sendo assim, podem ser fatos reais descontextualizados ou segmentados fora de

38 CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. *Liberdade de Expressão e Propaganda Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. E-book. p. 13-14.

39 *Ibidem*.

40 *Ibidem*.

ordem a uma sequência lógica⁴¹.

Por fim, a TSE agiu com louvável cautela ao referenciar, no artigo 2º da Resolução nº 23.714/2022, duas expressões que envolvem o significado da expressão *Fake News*. Quando descreve os termos “inverídicos” e “descontextualizado”, compreendendo que o preceito normativo quis versar sobre *Fake News* oriundos de fatos irreais e de fatos verdadeiros fora de contexto, respectivamente.

5 CONCLUSÃO

No presente artigo, demonstrou-se que a epidemia de *Fake News*, amplificada pelo modelo de comunicação atual baseado em plataformas digitais e redes sociais, tem efeitos desastrosos em diversos âmbitos, desde as relações sociais e familiares até a estrutura das democracias.

Hannah Arendt forneceu a base teórica para se compreender a mentira na política, tanto historicamente quanto na atualidade. A falta de uma definição clara de *Fake News* nas resoluções recentes do TSE (Resolução TSE nº 23.610/2019 e Resolução TSE nº 23.714/2022) foi analisada, concluindo-se que o TSE acertou ao não tentar reduzir ou definir rigidamente o fenômeno. Isso não representa uma inércia, mas sim uma abordagem que permite ao órgão utilizar mecanismos regulatórios flexíveis e adaptáveis para enfrentar essa prática.

Portanto, o TSE dispõe atualmente de ferramentas eficazes para combater a desinformação, garantindo a legitimidade do pleito e a defesa da própria democracia, ameaçada pelo impacto contínuo das *Fake News*.

REFERÊNCIAS:

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social media and fake news in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 31, n. 2, 2017.

41 *Ibidem*.

Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/316712634_Social_Media_and_Fake_News_in_the_2016_Election. Acesso em: 12 mar. 2024.

AMARAL, Alberto. Os efeitos danosos gerados pela mentira na política. *JORNAL DA USP*, São Paulo, 2 de fev 2020. p. 20. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/os-efeitos-danosos-gerados-pela-mentira-na-politica/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018. (Coleção Debates [Política]). p. 46.

BACHUR, João Paulo. Desinformação Política, Mídias Digitais e Democracia: Como e Por Que as *Fake News* Funcionam? *Revista de Direito Público*, Brasília, DF, v. 18, n. 99, jul./set. 2021. Dossiê – Democracia, *Fake News* e Eleições. p. 429. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5939>. Acesso em: 24 fev. 2024.

BARBOSA, Saulo. Verdade, política e fake news: reflexão à luz da obra de Hannah Arendt. *Boletim Historiar*, Aracaju, v. 7, n. 2, maio/ago. 2020. p. 3-15. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8713?locale-attribute=pt_BR. Acesso em: 5 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário Eleitoral Nº 060397598*, Classe 11550 – CURUTIBA – PR, Acórdão de 28/10/2021. Relator(a) Min. Luiz Felipe Salomão, DJE – Diário da Justiça Eletrônica, Tomo 228, 10 de dezembro de 2021.

BOTAZZO, Carlos. A MENTIRA NA POLÍTICA: Reflexões quanto às fake news contemporâneas à luz de ensaio de Hannah Arendt sobre os Documentos do Pentágono. As lições da história. *Revista Cronos*, [s. l.], v. 24, n. 1, p. 12-37, 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/cronos/article/view/34561>. Acesso em: 25 fev. 2024

CAMBRIDGE DICTIONARY. Fake News. *Cambridge Dictionary*. c2020. Disponível em <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news>. Acesso em: 25 fev. 2024.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. *Liberdade de Expressão e Propaganda Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. E-book. p. 13-14.

DICIO. Fake news. *DICIO – dicionário online da língua portuguesa*. c2020. Disponível em <https://www.dicio.com.br/fake-news/>. Acesso em: 25 fev. 2024.

DOURADO, Tatiana. *Fake News: quando mentiras viram fatos políticos*. Porto Alegre: Zouk, 2021. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/figure/10.1080/17512786.2023.2176352?scroll=top&needAccess=true&role=tab>. Acesso em: 20 abr. 2024.

FONSECA, Alexandre; DIAS, Juliana (coord.). *Caminhos da desinformação: evangélicos, fake news e WhatsApp no Brasil: relatório de pesquisa*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro: Instituto NUTES de Educação em Ciências e Saúde, 2021, p. 51. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1xl-5aqKfXmYeSPctboBoNqFzj_21yRHO/view?fbclid=IwAR1VVw3wHGTDkR9ywxojj73BujylsyoRWsUnM8kMVRqhJQyn2j-mm2pH_Y. Acesso em: 29 fev. 2024.

MENEZES, Paulo Brasil, COELHO, Lavínia Helena Macedo. A teoria do Balanceamento na Colisão de Direitos Fundamentais: a atuação da justiça eleitoral na era digital. In: TRAMONTINA, Robison; ANJOS, José Figueiredo dos (org.). *Ciência e Justiça: reflexão sobre o papel do poder judiciário na efetivação dos direitos fundamentais*. São Luiz: ESAM, 2022. p. 41-56.

LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: (QUANDO) É PRECISO FALAR A VERDADE?

LIMITS FREE SPEECH IN BRAZIL: (WHEN) IS IT NECESSARY TO TELL THE TRUTH?

Gabriel Lima Fernandes^{1}*

RESUMO

Este artigo busca identificar se a liberdade de expressão encontra limites no ordenamento jurídico e no constitucionalismo brasileiro, sejam limites explícitos, construídos jurisprudencialmente ou, mesmo, implícitos, decorrentes da interpretação constitucional. Questiona-se, ainda, se, dentre os possíveis limites implícitos à liberdade de expressão, se estabelecem, e em que circunstâncias, a vedação ao discurso de ódio e os ataques à Democracia e o direito à verdade e/ou a vedação à mentira, em especial ante o contexto da massificação dos meios de comunicação e a disseminação ardilosa e massiva de notícias fraudulentas com o objetivo de alcançar vantagens políticas e econômicas indevidas. Chega-se, em conclusão, a respostas positivas a esses questionamentos, delineando-se, a partir de uma extensa, mas não terminativa, revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, bem como, do exercício hermenêutico-constitucional, as restrições à livre expressão encontradas na lei, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas entrelinhas da Constituição.

Palavras-chave: liberdade de expressão; estado de direito; democracia;

1 * Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Mestre em Ciências Jurídico-políticas com menção em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. E-mail: gabriellimafernandes.adv@gmail.com.

discurso de ódio; notícias fraudulentas.

ABSTRACT

This review article seeks to identify whether free speech finds limits in the Brazilian constitutionalism and legal system, whether explicit limits, constructed in jurisprudence or even implicit, resulting from constitutional interpretation. It is also questioned whether, among the possible implicit limits to free speech, the prohibition against hate speech and attacks on democracy and the right to truth and/or the prohibition against lies are established, and under what circumstances, especially in light of the mass media context and the cunning and massive dissemination of fraudulent news with the aim of achieving undue political and economic advantages. In conclusion, we arrive at positive answers to these questions, outlining, based on an extensive, but not exhaustive, bibliographical, legislative and jurisprudential review, as well as, from the hermeneutic-constitutional exercise, the restrictions on free speech found in the Law, in the Jurisprudence of the Federal Supreme Court and between the lines of the Constitution.

Keywords: free speech; rule of law; democracy; hate speech; fake news.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo exsurge em contexto de amplo debate jurídico-político acerca da extensão da livre expressão no Brasil e no mundo. Isto porque, com a massificação dos meios de comunicação, notadamente com o advento das redes sociais e a democratização do acesso à *internet*, onde a grande maioria das pessoas se tornaram potencialmente produtores e destinatários de conteúdo e informações, bem como, com a hiperdigitalização da intimidade e da vida privada, o armazenamento

desses valiosos dados em poucas e poderosas *big techs* e a sua utilização nem sempre responsável, o estado de direito, a democracia e os seus processos têm se encontrado em risco.

Não são poucos os casos de utilização das redes sociais, muitas vezes sob a pala do anonimato, para a profusão de discursos de ódio contra minorias étnicas, raciais, sexuais, sociais e regionais, entre outros grupos historicamente marginalizados, assim como, de financiamento e incentivo à disseminação em massa de notícias fraudulentas, com objetivo de aniquilar reputações, desacreditizar instituições democráticas e agentes públicos para, assim, se valendo de valores e ferramentas democráticas, como as liberdades públicas, obter vantagens econômicas e políticas indevidas e corroer a democracia desde dentro. O problema que se coloca é, dessarte, o seguinte: estariam tais práticas discursivas, ainda que infames, protegidas pela liberdade de expressão?

Objetiva-se com este trabalho, portanto, contribuir nesse debate a partir da verificação sobre se há, e quais são, os limites da liberdade de expressão, focalizando a pesquisa no ordenamento jurídico e na jurisprudência brasileiros. Para tal, analisar-se-á os dispositivos da Constituição Federal, da legislação penal, eleitoral e consumerista e os julgados do Supremo Tribunal Federal sobre liberdade de expressão na vigência da ordem constitucional fundada em 1988².

A ser confirmada na conclusão do estudo, a hipótese que se mostra, *a priori*, mais plausível é a de que todo direito é um poder e, como tal, se exercido de maneira absoluta, sem qualquer tipo de limite ou restrição, tende ao arbítrio³, devendo, para que não haja abusos, ser

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Liberdade de Expressão*. Brasília, DF: STF, 2023. (Supremo Contemporâneo). *E-book*.

3 HOLMES, Stephens; SUSTEIN, Cass. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 81-90.

freado por outros direitos-poder⁴.

2. OS LIMITES EXPLÍCITOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os limites explícitos à liberdade de expressão - e a seus direitos correlatos, os quais se desdobram das várias faces da expressão⁵ - presentes no Ordenamento Jurídico brasileiro, válidos em tempos de normalidade constitucional⁶, são muitos e se encontram dispersos em vários diplomas normativos diferentes.

A própria Constituição Federal de 1988⁷, capitaneando o desencadeamento normativo hierárquico, expõe em seu bojo a *vedação ao anonimato*, no exercício da livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF); a *tolerância religiosa*, não apenas sob o viés da permissão e da proteção pública, mas também do *respeito mútuo entre as diversas manifestações de fé* (art. 5º, VI, da CF); a *inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas* (art. 5º, X, da CF); o *condicionamento* da liberdade de reunião à *pacificidade e ao desarmamento* (art. 5º, XVI, da CF); o *condicionamento* da liberdade de

4 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 168.

5 A liberdade de expressão é um direito-valor genérico que se desdobra - e é integrado - por vários outros direitos específicos que, quando respeitados, o fazem efetivo, como, por exemplo, as liberdades religiosa e de crença, de reunião, de manifestação, de imprensa, de informação e de cátedra.

6 Em tempos de anormalidade constitucional, como nos Estados de Defesa e de Sítio, a Constituição prevê, expressamente, a possibilidade de restrições, na forma da lei e por período determinado, aos direitos correlatos à liberdade de expressão, como, por exemplo, à reunião (art. 136, §1º, I, a), da CF) e à liberdade de imprensa (art. 139, III, da CF).

7 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

associação aos fins lícitos e a vedação da sua destinação paramilitar (art. 5º, XVII, da CF); e os direitos autorais (art. 5º, XXVII e ss., da CF).

O texto constitucional também instituiu a criminalização, por meio dos seus mandados voltados a este fim, de condutas preconceituosas que, podendo ser levadas a cabo por intermédio da expressão, *sejam discriminatórias e atentem contra os direitos e as liberdades fundamentais* (art. 5º, XLI, da CF) ou se caracterizem como *racistas* (art. 5º, XLII, da CF). Preocupou-se, do mesmo modo, ainda em sua formatação originária - num curioso, mas acertado, exercício de futurologia -, em criminalizar “[...] a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”⁸.

A legislação penal⁹, por sua vez, apregoa como condutas expressivas criminosas, limitando punitivamente o exercício arbitrário da liberdade de expressão, o *induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação* (art. 122, do CP); a *imputação falsa de fato criminoso a alguém e sua ardilosa propalação ou divulgação* (art. 138, Caput e §1º, do CP); a *imputação de fato ofensivo à reputação de alguém* (art. 139, do CP); a *ofensa à dignidade ou ao decoro de alguém* (art. 140, do CP); a *ameaça a alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave* (art. 147, do CP); a *indevida divulgação, transmissão a outrem ou utilização abusiva de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica entre as pessoas* (art. 151, II, do CP); a *divulgação, sem justa causa, de conteúdo de documento particular ou de correspondência oficial, ou de informações sigilosas ou*

8 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2023. Art. 5, inc. XLIV.

9 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, p. 23911, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

reservadas, que possa produzir dano a outrem (art. 153, Caput e §1º-A, do CP); a revelação, sem justa causa, de segredo, cuja ciência se dá por motivo profissional, que possa produzir dano a outrem (art. 154, do CP); a divulgação, independentemente de consentimento, de cena de estupro ou de estupro de vulnerável, ou, sem consentimento, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218-C, do CP); a incitação, pública, a prática de crime (art. 286, do CP); a apologia, pública, de fato criminoso ou de autor de crime (art. 287, do CP); e a utilização ou divulgação indevida de conteúdo sigiloso de certame de interesse público, a fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade daquele (art. 311-A, do CP).

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06)¹⁰, a seu turno, veda condutas expressivas que causem dano emocional, diminuição da autoestima, prejuízo e perturbação ao pleno desenvolvimento da mulher (art. 7º, II), bem como que configurem calúnia, difamação ou injúria contra si (art. 7º, V), caracterizando-as como formas de violência doméstica e familiar, nas modalidades de violência psicológica e moral, respectivamente.

Apesar do desuso criminal prático e da superveniente adequação social das condutas previstas no ainda formalmente vigente Capítulo VI, do Título VI, do Código Penal - o que orienta parcela significativa da doutrina pátria a pugnar pelo reconhecimento legal do já *de facto* ocorrido *abolitio criminis*¹¹ -, a prática de ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público (art. 233, do CP) e as múltiplas ações relacionadas a escritos ou objetos obscenos, a exemplo da exibição cinematográfica

10 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 143, n. 151, p. 1-4, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

11 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 15. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2018. v. 3. p. 200-203, 207-209.

ou de espetáculo de caráter obsceno (art. 234, *Caput*, I, II e III, do CP), são crimes que, no tempo do moralismo institucional existente aquando da edição do Código Penal, na década de 40, representaram restrições legais explícitas, ainda que hodiernamente antiquadas, à liberdade de expressão¹².

Mais recentemente, em face da proliferação descontrolada de fraudes financeiras por intermédio das plataformas digitais, notadamente das redes sociais e dos aplicativos de mensagens instantâneas, o crime de estelionato (art. 171, *Caput*, do CP) que já continha em seu preceito primário feições de limitação à liberdade de expressão - ao prever como conduta vedada o *induzimento* ou a *manutenção* de alguém em erro, *mediante artifício, ardil*, ou qualquer outro meio fraudulento, a fim de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita - foi acrescido de uma qualificadora e três circunstâncias especialmente agravantes (§§ 2º-A, 2º-B, 3º e 4º, do art. 171, do CP), dentre as quais se destaca a maior severidade penal em face de estelionatos digitais cometidos “[...] por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo”¹³.

Ainda na seara penal, a fim de proteger o Estado Democrático de Direito, o Ordenamento Jurídico brasileiro prevê, desde 2021 - não mais em aparente futurologia, mas em claro exercício de autodefesa diante do acirramento político-ideológico - condutas expressivas vedadas, tendo como bens jurídicos especialmente protegidos pelo Direito Penal a Soberania Nacional, as Instituições Democráticas, o funcionamento destas durante o processo eleitoral e o Funcionamento dos Serviços

12 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1241-1243, 1246-1247.

13 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, p. 23911, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

Essenciais. Dentre os crimes aí previstos, destaca-se a vedação ao entreguismo de documentos e informações secretos ou ultrassecretos a governo estrangeiro ou a organização criminosa estrangeira (art. 359-K, do CP) e as tentativas de abolir, violentamente, o Estado Democrático de Direito, mediante impedimento ou restrição ao exercício dos poderes constitucionais (art. 359-L, do CP) e de depor, violentamente, o governo legitimamente eleito (art. 359-M, do CP).

A legislação consumerista¹⁴ impõe clara e severa limitação à liberdade de expressão ao estabelecer a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva como um direito básico do consumidor (art. 6º, IV, do CDC), proibi-la totalmente (art. 37, do CDC) e estabelecê-la como infração penal (art. 67, do CDC).

O Código Eleitoral¹⁵, por sua vez, também elenca uma série extensa de limites à expressão político-partidária no período eleitoral, a exemplo do marco inicial da propaganda e a vedação desta nas quarenta e oito horas anteriores e nas vinte e quatro horas posteriores ao pleito (art. 240, Caput e P.U, do CE); a intolerância legal em relação às propagandas antidemocráticas (art. 243, I, do CE); que provoquem animosidade envolvendo as forças armadas (art. 243, II, do CE); que incitem atentado contra pessoa ou bens (art. 243, III, do CE); que instiguem a desobediência coletiva à lei de ordem pública (art. 243, IV, do CE); que ofereçam, prometam ou solicitem vantagem de qualquer natureza (art. 243, V, do CE); que perturbem o sossego público (art. 243, VI, do CE); que se confundam com moeda à percepção de pessoa inexperiente ou

14 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 128, n. 176, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

15 BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6746, 19 jul. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

rústica (art. 243, VII, do CE); que prejudiquem a higiene e a estética ou contravenham posturas municipais (art. 243, VIII, do CE); que caluniem, difamem ou injuriem quaisquer pessoas, ou órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública (art. 243, IX, do CE); ou que depreciem a condição de mulher ou estimulem sua discriminação em razão do sexo feminino, ou em relação à sua cor, raça ou etnia (art. 243, X, do CE).

Para além dos limites explicitamente estabelecidos no Ordenamento positivo brasileiro, a jurisprudência dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, é vasta sobre o alcance e os contornos que tem a liberdade de expressão na cultura jurídica do Brasil. Analisar-se-á, no próximo subitem, os principais julgados da Suprema Corte brasileira sobre essa matéria, tendo como recorte temporal a vigência da ordem constitucional de 1988.

1. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

A extensa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre liberdade de expressão sob a normatividade estruturada a partir da Constituição de 1988, segundo Barroso¹⁶, é, majoritariamente, no sentido de ampliá-la, reconhecendo, de maneira restritiva e excepcional, limites ao seu exercício. O advento das redes sociais, dos aplicativos de mensagens instantâneas e de outras ferramentas de comunicação massiva por intermédio da internet e da rede mundial de computadores, e a sua utilização, de acordo com Binenbojm¹⁷, sistematizada, por

16 BARROSO, Luís Roberto. *Sem data venia*: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 115.

17 BINENBOJM, Gustavo. Fake news como externalidades negativas. *JOTA*,

grupos organizados e não espontâneos, para a disseminação de notícias fraudulentas, com o objetivo de colher, para si e para quem os financia, proveitos políticos e financeiros - chaga verificada não apenas no Brasil, mas em vários outros países¹⁸ -, vem orientando a posição da Corte quanto a liberdade de expressão, num exercício de autodefesa e de salvaguarda das instituições democráticas, de maneira mais limitativa.

3.1 JULGADOS AMPLIATIVOS

Partindo da coleção de julgados ampliativos da liberdade de expressão, tem-se que, em 2008, o STF, ao julgar a ADI nº 3.510¹⁹, considerou constitucional a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) que permitiu a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, assentando a decisão no argumento - entre outros - de que a Constituição não só protege a Ciência, como

[São Paulo], 23 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/fake-news-como-externalidades-negativas-23062020>. Acesso em: 18 ago. 2023. p. 3.

18 FORNASIER, Mateus de Oliveira; BECK, Cesar. Cambridge Analytica: Escândalo, legado e possíveis futuros para a Democracia. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, ano 29, n. 53, p. 182-195, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10033>. Acesso em: 13 set. 2023. Para uma visão sobre o escândalo da Cambridge Analytica e a utilização de dados de usuários do Facebook para a obtenção de vantagens políticas em vários países do mundo, em especial nos Estados Unidos durante a campanha eleitoral de Donald Trump e o plebiscito para a saída do Reino Unido da União Europeia, ambos em 2016, ver: KAISER, Brittany. *Manipulados: Como a Cambridge analytica e o Facebook invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque*. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2019. Sobre os riscos e desafios da era da digitalização, ver: HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 69-107.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 Distrito Federal*. Lei de Biossegurança. Requerente: Procurador-geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 20 ago. 2023.

manifestação da liberdade de expressão científica, mas também vincula deveres de propulsão dessa atividade ao Estado, a fim de gerar melhores condições de vida para todos.

Instado a se manifestar sobre a recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), editada durante o Regime Militar (1964-1985), o STF a considerou, em 2009, no julgamento da ADPF nº 130²⁰, integralmente incompatível com a novel ordem constitucional, sustentando a decisão nos argumentos de que a imprensa livre é reforço das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão, proporcionando a irrupção do pensamento crítico, comprometido com a verdade ou com a essência das coisas, caracterizando-se como alternativa às versões oficiais e, por isso mesmo, dotado de potencial emancipatório de mentes e espíritos; que a liberdade de imprensa “[...] corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo”²¹, mantendo “[...] com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação”²², uma vez que, se observada a proibição da oligopolização ou monopolização do setor, concretiza o pluralismo de ideias, assim entendida a “virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários”; que a atuação da imprensa goza, *aprioristicamente*, de proteção constitucional plena, sendo vedada, portanto, a censura prévia, observadas, como excepcionais limitações, as estabelecidas na própria Constituição, como, por exemplo, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra,

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 Distrito Federal*. Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. Arguente: Partido Democrático Trabalhistas-PDT. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto, 30 de abril de 2009a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doCID=605411>. Acesso em: 20 ago. 2023.

21 *Ibidem*, p. 25.

22 *Ibidem*, p. 39.

a partir de um regime de responsabilizações eventuais - quando apurado o excesso - *a posteriori*.

Julgamento correlato ao que considerou a Lei de Imprensa não recepcionada pela Constituição de 1988 foi a do RE nº 511.961²³, realizado também em 2009, cuja decisão foi pela inconstitucionalidade da exigência de diploma universitário de jornalismo para o exercício da respectiva profissão, afirmando-se, dentre outros argumentos, que, em sendo esta uma atividade intrinsecamente vinculada às liberdades de expressão e informação, o Estado não tem autorização constitucional para condicionar o seu exercício, antes, pelo contrário, encontra proibição de assim o fazer no art. 220, §1º, da CF; e, à semelhança do estabelecido na ADPF nº 130, que eventuais excessos de um jornalismo abusivo devem ser submetidos a um regime de responsabilizações, cíveis e penais, *a posteriori*, nunca *a priori*, nunca preventivo, porque vedada a censura prévia, acrescentando a Corte o entendimento de não ser a exigência de diploma universitário de jornalismo medida adequada e eficaz para evitar o exercício abusivo da profissão.

O STF, no julgamento da ADPF nº 187²⁴, em 2011, ao realizar interpretação conforme à Constituição do art. 287, do Código Penal,

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 511.961/SP*. Exigência de diploma de curso superior, registrado pelo ministério da educação, para o exercício da profissão de jornalista. Recorrentes: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo - SERTESP e Ministério Público Federal. Recorridos: União e FENAJ - Federação Nacional dos Jornalistas e outros (a/s). Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 20 ago. 2023.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187 Distrito Federal*. Observância do princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º) – Jurisprudência – Possibilidade de ajuizamento da ADPF quando configurada lesão a preceito fundamental provocada por interpretação judicial [...]. Arguente: Procurador-geral da República. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de junho de 2011a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195. Acesso em: 20 ago. 2023.

reconheceu a legitimidade de manifestações e eventos públicos realizados em defesa da legalização das drogas ou de substância entorpecente específica, a exemplo da “Marcha da Maconha”, afastando a alegada incorrência do ilícito penal de “apologia de crime ou criminoso”, com supedâneo nos argumentos - dentre outros - de que a liberdade de reunião é direito-meio pelo qual se concretiza o direito-fim à livre expressão do pensamento, estando estes intimamente relacionados com o direito de participação dos cidadãos na vida política do Estado, significando, o desrespeito estatal à livre reunião, uma violação a todas as demais liberdades que dependem da incolumidade desse direito para se realizarem, como, por exemplo, o da livre manifestação do pensamento com fins de conquistar novos adeptos à causa que quem manifesta, pacificamente, os seus ideais defende; que as opiniões, ideias e reivindicações manifestadas por grupos minoritários, “[...] ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares”²⁵, não são passíveis de exclusão ou limitação porque amparadas pela liberdade de expressão, consagrando-se a prevalência do “livre mercado de ideias”, enquanto elemento intrínseco aos ordenamentos democráticos tolerantes à diversidade comportamental, de pensamentos e de opiniões que se opõem aos padrões majoritariamente admitidos em dada sociedade e em dado contexto histórico-cultural.

A Corte Suprema brasileira entendeu, no julgamento da ADI nº 4.815²⁶, em 2015, ser inexigível o consentimento de pessoa biografada, ou mesmo de pessoas retratadas como coadjuvantes em biografias, ou dos

25 *Ibidem*, p. 82.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815 Distrito Federal*. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil). Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada [...]. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 jun. 2015b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1016270> 9. Acesso em: 20 ago. 2023.

seus respectivos familiares, para a edição de obras biográficas literárias ou audiovisuais, tendo respaldado a sua decisão nas razões de que a elaboração de biografias constitui manifestação típica da liberdade de expressão, por meio das liberdades de atividade intelectual e artística, e que sua produção e divulgação são salvaguardadas pelo direito à informação; de que a exposição da imagem, privacidade, intimidade e honra do biografado é essencial ao gênero literário biográfico; e que a Constituição veda não somente ao Poder Público, mas também ao particular, a interferência nas liberdades de manifestação e de expressão mediante o emprego de artifícios institucionais, como a licença e a censura prévias, que atuem no sentido de delinear o seu conteúdo, resguardando, no entanto, o direito de resposta, de indenização por danos morais ou materiais, de retificação das informações veiculadas e, ainda que muito excepcionalmente, de responsabilização penal do autor da obra, como limites, *a posteriori*, à liberdade de expressão em face do seu exercício abusivo.

Julgando a ADI nº 4.439²⁷ em 2017, a Corte decidiu pela constitucionalidade do ensino religioso confessional, como disciplina facultativa, nas escolas públicas de ensino fundamental, isto é, garantiu a promoção, pelas mais diversas confissões religiosas - resguardando-se a igualdade de acesso e de tratamento a todas elas -, de aulas sobre os dogmas específicos da religião que as oferta, cabendo a esta a definição do programa veiculado, sendo vedado o “[...] dirigismo estatal na imposição prévia de conteúdo, que significaria verdadeira censura à liberdade

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439 Distrito Federal*. Ensino religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio laicidade do estado/ liberdade religiosa. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas [...]. Requerente: Procurador-geral da República. Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de setembro de 2017. Redator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.js?p?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em: 22 ago. 2023.

religiosa [...]”²⁸, com matrícula voluntária, respeitando-se a convicção individual de cada aluno, compatibilizando, assim, a laicidade do Estado, a liberdade religiosa e a liberdade de crença.

Em 2020, ante uma Reclamação Constitucional, de nº 38.782²⁹, o STF se debruçou sobre os limites entre liberdade de expressão artística e liberdade religiosa. Assentou que a retirada de circulação de material audiovisual crítico, veiculado em plataforma particular de *streaming*, cujo conteúdo se consubstancia em sátira a elementos religiosos, viola a liberdade de expressão artística, uma vez que arte possui sentido amplo e é integrada, usualmente, por obras polêmicas e provocativas, críticas a padrões correntemente aceitos e estabelecidos; que o acesso às plataformas de *streaming* é voluntário e controlado pelo usuário, podendo este, se contrário às ideias ali veiculadas, protestar contra elas de várias formas, como, por exemplo, cancelando a assinatura ou deixando de assistir ao vídeo, “dinâmica própria do mercado livre de ideias”³⁰; e que a vedação de conteúdo porque desagradável para parte da população, ainda que

28 *Ibidem*, 2017, p. 79.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Reclamação n. 38.782/RJ*. Liberdade de expressão. 3. Decisões reclamadas que restringem difusão de conteúdo audiovisual em que formuladas sátiras a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo [...]. Reclamante: Netflix Entretenimento Brasil LTDA. Reclamados: Relator do AI nº 0083896-72.2019.8.19.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Relator do AI nº 0343734-56.2019.8.19.0001 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes, 3 de novembro de 2020f. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>. Acesso em: 23 ago. 2023.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Reclamação n. 38.782/RJ*. Liberdade de expressão. 3. Decisões reclamadas que restringem difusão de conteúdo audiovisual em que formuladas sátiras a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo [...]. Reclamante: Netflix Entretenimento Brasil LTDA. Reclamados: Relator do AI nº 0083896-72.2019.8.19.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Relator do AI nº 0343734-56.2019.8.19.0001 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes, 3 de novembro de 2020f. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>. Acesso em: 23 ago. 2023. p. 37.

majoritária, “não encontra fundamento em uma sociedade democrática e pluralista como a brasileira”³¹.

A política estudantil, severamente reprimida sob a ordem constitucional anterior, também já foi objeto de questionamento no Supremo ante a vigência da Constituição Federal de 1988. Em 2018, ao julgar a ADI nº 3.757³², a Corte considerou constitucional, no âmbito das instituições públicas estaduais de ensino superior, a atividade de centros e diretórios acadêmicos no espaço físico das faculdades, sem restrição à livre circulação das ideias por eles apadrinhadas, ao acesso dos seus integrantes nas salas de aula e a participação destes em órgãos colegiados da instituição, reafirmando-se os direitos constitucionais de liberdade de associação e expressão e os deveres constitucionais de estabelecimento de uma educação voltada ao exercício da cidadania e de gestão democrática da educação.

Sobre matéria semelhante, o STF, ao apreciar a ADPF nº 548³³, em 2020, entendeu que buscas e apreensões de materiais de conteúdo eleitoral, bem como, o impedimento da manifestação e do debate de ideias no ambiente universitário, público ou privado, violam a Constituição, uma

31 *Ibidem*, p. 38.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.757 Paraná*. Lei estadual que estabelece direito de instalação, atuação de participação de centros acadêmicos, diretórios acadêmicos e diretórios centrais de estudantes no âmbito das instituições de ensino superior. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN. Requeridos: Governador do Paraná e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Min. Dias Toffoli, 17 de outubro de 2018a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752523722>. Acesso em: 22 ago. 2023.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548 Distrito Federal*. Busca e apreensão em universidades e associações de docentes. Proibições de aulas e reuniões de natureza política e de manifestações em ambiente físico ou virtual. Arguente: Procuradora-geral da República. Arguido: Juiz Eleitoral da 17ª Zona Eleitoral de Campina Grande e outros. Relator: Min. Cármen Lúcia, 15 de maio de 2020d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752896813>. Acesso em: 23 ago. 2023.

vez que o processo eleitoral democrático se fundamenta nas liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de ensino e aprendizagem, sem as quais não se efetiva a liberdade de escolha política, também esta protegida pelo texto constitucional; e que é nas universidades, dotadas constitucionalmente de autonomia, em que se deve garantir, da forma mais ampla, a livre manifestação do pensamento, já que, por sua inata pluralidade, é espaço de libertação pessoal e política.

Em 2019, a Suprema Corte brasileira, ao julgar a ADPF nº 129³⁴, reconheceu o acesso à informação como um direito fundamental corolário da liberdade de expressão, considerando incompatível com a Constituição Federal dispositivo de decreto-lei que legitimava a confidencialidade de certas despesas públicas. Argumentou-se que a ordem constitucional de 1988 insculpiu a publicidade como regra central da Administração, cujo corolário lógico é a transparência na destinação dos recursos públicos, caracterizando-se a liberdade de expressão não somente como um direito geral de difundir ideias, mas também como um direito de buscar e - em se tratando da coisa pública - receber informações. Assentou-se, ainda, que, a partir de uma leitura sistemática da Constituição, tem-se que “a publicidade é a regra, o sigilo, a excepcional exceção”³⁵, pelo que, para se restringir o acesso a uma informação na seara pública deve haver (i) previsão legal, (ii) destinar-se a proteger a intimidade e a segurança nacional, e observar o binômio (iii) necessidade/proporcionalidade.

O RE nº 1.010.606³⁶, julgado pela Corte no ano de 2021, levou

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 129 Distrito Federal*. Art. 86 do Decreto-lei nº 200/1967, que prevê o sigilo da movimentação dos créditos destinados à realização de despesas reservadas ou confidenciais. Arguente: Partido Popular Socialista - PPS. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Edson Fachin, 5 de novembro de 2019b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751580083>. Acesso em: 22 ago. 2023.

35 *Ibidem*, p. 10.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário n.*

à instância máxima, por via do controle difuso de constitucionalidade, ainda que dotado de repercussão geral, a discussão acerca de um suposto direito ao esquecimento. Fixou-se tese no sentido de que tal ideia de direito, entendida como a possibilidade de vedar, em função da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados, porque alegadamente descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante, é incompatível com a Constituição. Argumentou-se que salvaguardar um direito ao esquecimento violaria as liberdades de expressão, de manifestação do pensamento e de informação, uma vez que, atribuir à passagem do tempo, de maneira genérica e não excepcional, o condão de restringir o acesso a informações, seria conferir à imagem e à vida privada maior importância que àquelas liberdades, contrariando o propugnado pelo texto constitucional; e que, na esteira do decidido anteriormente em relação à liberdade de imprensa, em face de eventuais abusos ou excessos no exercício da liberdade de expressão, deve-se fazer incidir, no caso concreto, um regime de responsabilidades *a posteriori*.

Na ADPF nº 457³⁷, de 2020, o Tribunal considerou inconstitucional lei municipal que proíba a divulgação de material sobre questões de gênero nas escolas públicas, arrimando sua decisão nos argumentos de que tal conteúdo legislativo impõe o silêncio e a censura, em favor da

1.010.606/RJ. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 24 ago. 2023.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 457 Goiás*. Lei 1.516/2015 do município de Novo Gama – GO. Proibição de divulgação de material com informação de ideologia de gênero em escolas municipais. Arguente: Procurador-geral da República. Arguido: Prefeito do Município de Novo Gama e Câmara Municipal de Novo Gama. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 27 de abril de 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>. Acesso em: 23 ago. 2023.

manutenção de conceitos tradicionais de gênero e sexualidade, ignorando o pluralismo da sociedade moderna e contrariando um dos objetivos fundamentais da República brasileira, a saber, o da promoção do bem de todos e, consequentemente, da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; que a Constituição veda a censura às atividades culturais em geral, inclusive à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e ao pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, ambas intimamente ligadas à liberdade de expressão, cuja censura prévia também é vedada, e destinadas não somente a proteger e difundir opiniões dominantes e convencionais, mas também as das minorias; que o Estado não pode proibir o acesso ao conhecimento sobre direitos de personalidade e de identidade - caracterizando-se a identidade de gênero como tal e inerente ao pleno desenvolvimento da dignidade humana - não equivalendo à neutralidade essa proibição, mas sim ao reforço de preconceitos e à discriminação.

Importante julgado do STF - ainda que polêmico e muito criticado por parcela significativa da comunidade jurídica - foi o realizado na ADO nº 26³⁸, em 2019, onde o tribunal reconheceu como atos delituosos as práticas homofóbicas e transfóbicas. Entendido em mora o Congresso Nacional, por não criminalizar legislativamente, em desconformidade com mandado constitucional de criminalização, todas as formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, dentre elas os preconceitos em face da diversidade quanto à orientação sexual e à identidade de gênero, estendeu-se o conceito de racismo, da sua compreensão estritamente biológica ou fenotípica à sua compreensão

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 Distrito Federal*. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade lgbti+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 24 ago. 2023.

social, mais ampla, traduzida como toda manifestação de poder que busca justificar a desigualdade, dominar politicamente e subjugar socialmente grupos vulneráveis e minoritários, como os integrantes da comunidade LGBTQIA+, negando-lhes dignidade, para que tais práticas pudessem ser alcançadas pela proteção penal estabelecida na Lei nº 7.716/89, que criminalizou o racismo. Neste julgamento, que salvaguarda a liberdade de expressão por dignidade das minorias em detrimento da - por vezes - odiosa liberdade de expressão das majorias, foi afirmado que a autodeterminação do próprio gênero e a definição da própria orientação sexual são expressões do direito humano ao livre desenvolvimento da personalidade e que o discurso de ódio, “assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral)”³⁹, especialmente em face de minorias, neste caso, contra pessoas homossexuais ou transsexuais, não é protegido pela liberdade constitucional de expressão.

3.2 JULGADOS RESTRITIVOS

Em 2018, iniciando a esteira de decisões restritivas à expressão, sobretudo quando esta integra-se de discurso de ódio, assentou a Suprema Corte brasileira, ao julgar o RHC 146.303⁴⁰, que a Constituição

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 Distrito Federal*. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade lgbti+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 24 ago. 2023. p. 8.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 146.303/RJ*. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Recorrente: Tupirani da Hora Lores. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator:

não protege, sob o manto da liberdade de expressão, a intolerância religiosa, mas, pelo contrário, que a própria liberdade de crença, como uma das faces da livre manifestação do pensamento e também um direito constitucionalmente estabelecido, pressupõe tolerância à liberdade de crença alheia (ou, mesmo, de descrença), tanto por parte do Estado, que a deve permitir e garantir, quanto dos particulares, que a devem respeitar.

Durante a pandemia da COVID-19, o STF foi instado a se manifestar, por via da ADPF nº 811⁴¹, julgada em 2021, sobre a constitucionalidade da limitação, durante o estado de emergência sanitária, do exercício de culto religioso coletivo presencial, a fim de evitar a disseminação do vírus e, portanto, em favor dos direitos à vida e à saúde. A Corte concordou com as medidas excepcionalmente restritivas à liberdade religiosa, no que tange à sua dimensão externa, a saber, o exercício de culto, de natureza não absoluta, porque - e quando - adequadas, necessárias e proporcionais a tutelar um outro - ou outros - valores constitucionais, como a saúde e a vida, restando preservada a dimensão interna da liberdade religiosa, esta sim, segundo o Tribunal, de caráter absoluto e irrestringível, que se consubstancia na liberdade de crença, consciência e pensamento.

Ainda no contexto pandêmico, o Supremo, ao julgar o ARE nº 1.267.879⁴², em 2020, fixou tese no sentido de que a obrigatoriedade de

Min. Edson Fachin. Redator: Min. Dias Toffoli, 6 de março de 2018c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>. Acesso em: 24 ago. 2023.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 811 São Paulo*. Art. 2º, II, “a”, do Decreto n. 65.563, de 12.3.2021, do estado de São Paulo. Medidas emergenciais de combate à pandemia da covid-19. Vedação temporária de realização presencial de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo no estado de São Paulo. Arguente: Partido Social Democrático - PSD. Arguido: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 8 de abril de 2021a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756267154>. Acesso em: 24 ago. 2023.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.267.879/SP*. Vacinação obrigatória de crianças e adolescentes. Ilegitimidade da recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção

vacinação de filhos menores é constitucional e não viola as liberdades de consciência e de convicção filosófica, nem o poder familiar, de pais e responsáveis, uma vez que, semelhantemente ao que foi argumentado na ADPF nº 811, estas liberdades não se revestem de caráter absoluto e devem ser sopesadas com outros valores constitucionais, como a defesa da vida e da saúde de todos e a proteção prioritária da criança e do adolescente. Assentou a Corte que, embora não abstratamente hierarquizados os preceitos constitucionais, devem prevalecer, no caso concreto, estes valores em detrimento daquelas liberdades, porque “a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros (necessidade de imunização coletiva)”⁴³, e, também, porque irrazoável a utilização do poder familiar, sob a invocação de convicção filosófica, para colocar em perigo a saúde de crianças e adolescentes.

No âmbito eleitoral, duas são as decisões mais relevantes da Suprema Corte no que tange à liberdade de expressão. A primeira, proferida na ADI nº 4.650⁴⁴, em 2016, o STF entendeu inconstitucional

filosófica. Recorrente: A.C.P.C. e outro (a/s). Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Roberto Barroso, 17 de dezembro de 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>. Acesso em: 27 ago. 2023.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.267.879/SP*. Vacinação obrigatória de crianças e adolescentes. Ilegitimidade da recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica. Recorrente: A.C.P.C. e outro (a/s). Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Roberto Barroso, 17 de dezembro de 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>. Acesso em: 27 ago. 2023. p. 2.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650 Distrito Federal*. Modelo normativo vigente de financiamento de campanhas eleitorais. Lei das eleições, arts. 23, §1º, incisos i e ii, 24 e 81, caput e § 1º. Lei orgânica dos partidos políticos, arts. 31, 38, inciso iii, e 39, caput e §5º. Critérios de doações para pessoas jurídicas e naturais e para o uso de recursos próprios pelos candidatos. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator:

o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas, argumentando que estas, desprovidas do *status* de cidadania, não se compatibilizam com o exercício de direitos políticos e sua participação política não é indispensável ao regime democrático e, ainda, que a prática de financiamento eleitoral por empresas no Brasil ao longo dos anos, antes de refletir preferências ideológicas e buscar o alinhamento com candidatos que veiculam os valores da corporação doadora, denotou um agir estratégico das grandes forças empresariais para o estreitamento das suas relações com o poder público e a cooptação do poder político pelo poder econômico.

A segunda foi proferida no julgamento da ADI nº 5.122⁴⁵ em 2018, onde a Corte considerou compatível com a legislação eleitoral e com a Constituição a proibição de propaganda eleitoral por *telemarketing*. Argumentou-se que as práticas de *telemarketing* ingressam no âmago da intimidade do indivíduo e que a permissão, durante o curto período eleitoral, da veiculação, por toda a enorme gama de candidatos, de propaganda eleitoral por este meio, poderia importar em indesejável perturbação do sossego, da intimidade e da vida privada. Buscando harmonizar tais direitos com a liberdade de expressão, todos preceitos constitucionais e, neste caso, em conflito, ponderou-se que a restrição ao *telemarketing* nas campanhas é proporcional e alcança o fim pretendido de proteção do sossego, da intimidade e da vida privada, não aniquilando, por outro lado, a essencialidade da expressão político-partidária que

Min. Luiz Fux, 17 de setembro de 2015a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 27 ago. 2023.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.122 Distrito Federal*. Art. 25, § 2o, da Resolução 23.404, de 05 de março de 2014, do TSE, que dispõe sobre propaganda eleitoral e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas Eleições de 2014. Vedação à realização de propaganda eleitoral via telemarketing, em qualquer horário. Requerente: Partido Trabalhista do Brasil - PT do B. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Edson Fachin, 3 de maio de 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752042985>. Acesso em: 29 ago. 2023.

poderá ser veiculada por “um farto catálogo de opções publicitárias”⁴⁶ remanescentes aos candidatos e acessíveis ao eleitor.

Dos mais restritivos julgados do Supremo Tribunal Federal em matéria de liberdade de expressão, destacam-se três, dois de 2020 - as ADPF nº 496 e 572 - e um de 2022 - a Ação Penal nº 1.044 -, nos quais é possível identificar uma tendência da atual composição da Corte em se autodefender e em defender o Estado Democrático de Direito, suas instituições e agentes, estabelecendo limites ao exercício absoluto desse direito.

Em 2020, questionada, via ADPF nº 496⁴⁷, a recepção do crime de desacato pela Ordem Constitucional de 1988, o Supremo entendeu esse tipo penal compatível com a Constituição e, portanto, por ela recepcionada, assentando que não se trata a liberdade de expressão, como, ademais, nenhum outro direito fundamental, de um direito absoluto, sendo legítima a utilização do Direito Penal para a salvaguarda de outros valores constitucionais relevantes, a exemplo da preservação da função exercida pelo agente público, quando esta se evidencia gravemente menosprezada, presencialmente, pelo agente. Argumentou-se, ainda, que o tipo penal em questão não abrange condutas que se caracterizem

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.122 Distrito Federal*. Art. 25, § 2o, da Resolução 23.404, de 05 de março de 2014, do TSE, que dispõe sobre propaganda eleitoral e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas Eleições de 2014. Vedação à realização de propaganda eleitoral via telemarketing, em qualquer horário. Requerente: Partido Trabalhista do Brasil - PT do B. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Edson Fachin, 3 de maio de 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752042985>. Acesso em: 29 ago. 2023. p. 51.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 496 Distrito Federal*. Crime de desacato. Art. 331 do CP. Conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Recepção pela Constituição de 1988. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso, 22 de junho de 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910283>. Acesso em: 24 ago. 2023.

como meras “reclamações, censuras ou críticas, ainda que veementes, à atuação funcional do funcionário”⁴⁸, e que a repressão penal por desacato, como qualquer outra restrição à expressão, tem lugar sempre *a posteriori*, nunca *a priori*, porque vedada, constitucional e convencionalmente⁴⁹, a censura prévia.

Nos dois últimos casos, ADPF nº 572/2020 e AP nº 1.044/2022 - intimamente relacionados porque referentes à disseminação sistemática e organizada de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas e ameaças contra o próprio Supremo Tribunal Federal, seus integrantes e os familiares destes - a Corte asseverou, em suma, que a liberdade de expressão, apesar de se caracterizar como um direito preferencial⁵⁰, não acoberta discursos de ódio, assim compreendidos os que incitem a violência, que sejam manifestamente difamatórios, depreciativos, injuriosos e aviltantes ou, ainda, que tenham como objetivo pôr termo ao Estado Democrático de Direito, à democracia e às instituições democráticas.

AADPF nº 572⁵¹ teve como desfecho decisório a constitucionalidade do Inquérito nº 4.781, midiaticamente conhecido como Inquérito das *Fake News*, onde a própria Corte, diante da inércia dos órgãos constitucionais

48 *Ibidem*, p. 28.

49 No caso em epígrafe, o STF realizou, para além de juízo de constitucionalidade, juízo de convencionalidade, verificando a compatibilidade do crime de desacato com as normas dispostas nos artigos 13.2, a) e b), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

50 CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 40-41, 101-141. Ver, em especial, caso *United States v. Carolene Products Co*, julgado pela Suprema Corte em 25 de abril de 1938, nota de rodapé nº 4 constante do voto proferido pelo Justice Harlan Fiske Stones.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 572 Distrito Federal*. Portaria GP nº 69 de 2019. Preliminares superadas. Julgamento de medida cautelar convertido no mérito. Arguente: Rede Sustentabilidade. Arguido: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Fachin, 18 de junho de 2020e. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>. Acesso em: 23 ago. 2023.

de investigação, se valeu de dispositivo regimental para instaurar, excepcionalmente, procedimento investigatório pré-processual a fim de apurar eventuais ilícitos perpetrados em atos, veiculados principalmente por intermédio de redes sociais, com o escopo de incitar o fechamento da Suprema Corte, a morte ou prisão dos seus membros e a desobediência de suas decisões. Sustentou-se que “são inadmissíveis no Estado de Direito democrático, portanto, a defesa da ditadura, do fechamento do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal” e que “não há liberdade de expressão que ampare a defesa desses atos”⁵².

Na Ação Penal nº 1.044⁵³, o STF foi ainda mais severo em matéria de liberdade de expressão ao restringir o alcance da imunidade parlamentar material, estabelecendo que tal prerrogativa constitucional deve ser exercida para o adequado desempenho do mandato, não sendo legítimo utilizá-la para incitar a prática de delitos ou atacar e destruir, se valendo de ferramentas constitucionais e democráticas, a própria democracia.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 572 Distrito Federal*. Portaria GP nº 69 de 2019. Preliminares superadas. Julgamento de medida cautelar convertido no mérito. Arguente: Rede Sustentabilidade. Arguido: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Fachin, 18 de junho de 2020e. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>. Acesso em: 23 ago. 2023. p. 52.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Penal n. 1.044/DF*. Não incidência de liberdade de expressão ou de imunidade parlamentar (art. 53, caput, da constituição federal) nas hipóteses de propagação de discursos de ódio, idéias contrárias à ordem constitucional e ao estado de direito. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Daniel Lúcio da Silveira. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 24 de abril de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761505043>. Acesso em: 25 ago. 2023.

4. OS LIMITES IMPLÍCITOS: A VEDAÇÃO AO DISCURSO DE ÓDIO E A CONTENÇÃO DAS MENTIRAS DANOSAS

Identificados os limites explícitos à liberdade de expressão, insculpidos legitimamente na lei, e os limites jurisprudencialmente estabelecidos pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, cumpre revelar possíveis limites implícitos a este direito, que, como ademais resta claro pela própria construção legislativa e judicante, não se reveste de caráter absoluto.

Apesar do *status* de direito preferencial da liberdade de expressão e seus direitos correlatos, a exemplo da liberdade de imprensa e das liberdades de crença e culto, não vigora, na cultura jurídica do Brasil, de forma absoluta, o livre mercado de ideias (*free market place of ideas*), como, diferentemente, se realiza, em maior grau, na cultura jurídica norte-americana⁵⁴. Vê-se, ao menos, dois limites a essa liberdade que, apesar de não estarem textual e explicitamente previstos no Ordenamento positivo de maneira integral, decorrem de valores constitucionais de igual estatura - também preferenciais, portanto - que, em aparente colisão com a livre expressão, impõem ponderação e sopesamento para a seleção do valor a preponderar no caso concreto⁵⁵.

Um primeiro limite implícito que precisa ser desvelado - e já o vem sendo, como visto, pela jurisprudência do Supremo Tribunal - é o reconhecimento de que o discurso de ódio (*hate speech*⁵⁶) não está

54 MILL, John Stuart. *On Liberty*. Kitchener: Batoche Books, 2001. *E-book*. p. 18-52. O livre mercado de ideias nos Estados Unidos, no entanto, também não é um valor absoluto, podendo o direito preferencial à liberdade de expressão ser limitado quando há, no seu exercício, um perigo claro e iminente. CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 113-115.

55 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117-118.

56 Conceito onusiense de hate speech: “‘hate speech’ refers to offensive discourse

protegido pelo manto da liberdade de expressão.

A legislação veda de maneira expressa, ainda que parcialmente, “[...] exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) [...]”⁵⁷, especialmente em face de minorias, quando criminaliza atos racistas, condutas sexistas de menosprezo à condição de mulher e, mesmo, a incitação pública à prática de crime e a apologia pública de fato criminoso ou de autor de crime. A jurisprudência, ademais, buscando completar a proteção que a lei não dá expressamente a outras minorias, a estende às pessoas sexualmente orientadas de maneira diversa em relação à orientação sexual social e culturalmente normalizada e àquelas identificadas sexualmente com gênero diverso daquele biologicamente estabelecido, em nome da sua dignidade e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Essas restrições à livre manifestação do pensamento são corolário direto da ordem jurídica instaurada em 1988. Por qualquer método de hermenêutica constitucional que se adote para o exercício interpretativo, a resposta da Constituição é sempre a mesma: instituída - após longo período conservador, obscuro e autoritário de vilipêndio aos direitos fundamentais daqueles que ousaram pensar e se portar em oposição ao *mainstream* - em amplo debate na Assembleia Nacional de 1987,

targeting a group or an individual based on inherent characteristics (such as race, religion or gender) and that may threaten social peace”. UNDERSTANDING hate speech. *United Nations*, [s. l., 2022]. Disponível em: <https://www.un.org/en/hate-speech/understanding-hate-speech/what-is-hate-speech>. Acesso em: 10 set. 2023.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 Distrito Federal*. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade lgbti+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 24 ago. 2023. p. 9. Conceito adotado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, cuja referência foi feita na nota nº 36.

participada por representantes de muitos grupos minoritários, a exemplo dos povos originários, dos negros, das mulheres e das pessoas com deficiência⁵⁸, com objetivo de *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I, da CF), *fraterna, pluralista e sem preconceitos* (Preâmbulo da CF), *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III, da CF) e *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV, da CF), o atual arranjo constitucional brasileiro tem a *dignidade humana* como axioma central e textualmente estruturante (art. 1º, III, da CF), dependendo a sua integral concretização do reconhecimento de que o sistema de valores constitucionais (o espírito da Constituição) é inclusivo e não exclusivo, impondo exegeses ampliativas para a salvaguarda dos direitos das minorias - em especial à autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade⁵⁹ em contexto social de perversa desigualdade e arraigados preconceitos de toda a sorte - e restritivas em face de direitos que, quando exercitados de forma abusiva, possam impedir ou dificultar a realização daqueles.

Parece razoável afirmar, portanto, que, apesar de não textual ou jurisprudencialmente vedadas, quaisquer manifestações que aviltem grupos histórica e estruturalmente marginalizados - discursos fundados,

58 FACHIN, Zulmar Antonio; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Movimentos Sociais na Constituição Brasileira de 1988: A Construção da Democracia e dos Direitos Humanos. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, ano 6, n. 12, p. 150-160, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8267>. Acesso em: 12 set. 2023.

59 FERNANDES, Gabriel Lima. *Liberdades sexual e de gênero: direitos à autodeterminação da personalidade?* Coimbra, 2019. p. 14-16. *Paper* apresentado na disciplina Filosofia dos Direitos Humanos, no curso de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

por exemplo, na aporofobia⁶⁰ e na xenofobia regional⁶¹ - integram o conceito de *hate speech* e não estão cobertos pelo direito preferencial à livre expressão do pensamento.

Damesma forma se mostrava coerente a derira o recente posicionamento do STF em embargo à utilização de ferramentas democráticas - dentre elas a liberdade de expressão e seus direitos correlatos - para atacar o Estado de Direito, a democracia e suas instituições.

Em semelhante exercício interpretativo, não é difícil chegar à singular resposta constitucional de que o povo brasileiro, em Assembleia Nacional Constituinte, instituiu para a República um Estado Democrático o firmou como bem jurídico especialmente protegido pelo Direito Penal, vedou a criação de partidos políticos que nutram valores contrários ao seu respectivo regime, atribuiu a todos os entes federativos, como competência material comum, o zelo pelas instituições democráticas, estatuiu aquele regime como princípio sensível impositor, quando inobservado, de exceção federativa por intervenção da União nos Estados-membros, elencando a sua defesa entre as incumbências das funções essenciais à Justiça e consignando a defesa daquelas instituições como parte integrante do Título V, que sistematiza os estados de exceção constitucional (Estado de Defesa e Estado de Sítio), as Forças Armadas e a Segurança Pública.

O reconhecimento deste limite implícito à liberdade de expressão trata, portanto, da necessária legitimação do exercício, pelas instituições democráticas, especialmente pelos Poderes Legislativo e Judiciário, editando e se valendo de normas penais incriminadoras, da “democracia combativa”. Conceito instaurado na Alemanha, após a corrosão da ordem

60 Aporofobia, entendido como o ódio ou a aversão ao pobre e à pobreza, é um conceito desenvolvido por Adela Cortina em seu CORTINA, Adela. *Aporofobia, a aversão ao pobre: um desafio para a democracia*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

61 Para um panorama das práticas de xenofobia e racismo regional, ver: ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *O combate à discriminação regional no Brasil: limites e possibilidades do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

constitucional democrática de Weimar desde dentro, por inimigos da democracia e da liberdade que, se valendo de ferramentas constitucionais, fundaram o Estado totalitário Nazista⁶², essa combatividade tem como escopo a ciência de que uma democracia neutra e indiferente, asseguradora de incondicional e ilimitada liberdade, inclusive para os seus inimigos, se expõe, ainda mais, à sua inevitável e permanente fragilidade⁶³.

É certo, no entanto, que tal limite implícito deve ser - como ademais, qualquer outro limite à liberdade de expressão - compatibilizado com a imperatividade de restrição desse limite a um núcleo indispensável (o limites dos limites), para que não se descarte o Estado de Direito em nome da sua defesa, restringindo-se o exercício da democracia combativa à salvaguarda do real funcionamento das instituições democráticas, prevalecendo a proteção da institucionalidade, e legando-se a proteção individual de seus membros, quando não atacados concretamente pelo exercício das suas funções, a outros campos do Direito, ainda que na seara penal, como os crimes contra a honra⁶⁴.

Como possível terceiro e derradeiro limite implícito à liberdade de expressão, discute-se, hodiernamente - apesar de antiga a querela⁶⁵ -, após

62 LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro*. Munique, 12 set. 2020. p. 28-29. Documento resultado de consulta feita pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogado do Brasil aos autores.

63 LEITE; TEIXEIRA, 2020, p. 30.

64 LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro*. Munique, 12 set. 2020. p. 28-29. Documento resultado de consulta feita pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogado do Brasil aos autores. p. 39-40.

65 COUTINHO, Bruna Macedo Limeira Lima. *Fake News na internet: existe um direito fundamental à mentira? Uma análise sob a ótica do Direito*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, 2020. p. 16-17. A autora, em monografia apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro, elucida que Benjamin Constant, revisando as ideias kantianas, já questionava o filósofo alemão em relação aos seus postulados sobre a inexistência de um direito à mentira, em razão da sua inerente prejudicialidade,

o advento das redes sociais, da massificação dos meios de comunicação e da sua utilização financiada e organizada para a disseminação de notícias fraudulentas, a existência de um direito à verdade e o embargo à profusão da mentira sob o manto protetivo da expressão.

Apesar de não se afirmar a verdade como um direito geral e abstrato - por dificuldade na definição, sem qualquer risco de arbítrio ou dúvida, de quem a pode, legítima e competentemente, estabelecer como tal -, ainda menos como um direito absoluto, o contexto das chamadas *Fake News*, notícias fraudulentas ardilosamente disseminadas por intermédio dos meios de comunicação de massa e das redes sociais com intuito de obter vantagem eleitoral, descredibilizar instituições e aniquilar reputações de agentes públicos e privados, vem colocando em xeque a higidez dos processos democráticos, em especial o eleitoral e o judicial, razão pela qual parece constitucionalmente legítimo assentar que, se a mentira recebe guarida da livre expressão, não a recebe em toda e qualquer extensão.

Mais uma vez parecem estar em jogo, como em todos os dilemas que envolvem o exercício abusivo da liberdade de expressão, valores constitucionais de mesma estatura. De um lado, o direito preferencial - não absoluto - à livre expressão, do outro, o princípio democrático.

Quando em tela o processo eleitoral, densifique-se o princípio democrático como valor que pressupõe eleições livres, com votos bem informados e instruídos a partir de debates de ideias e disputas leais entre os candidatos, e sem dificuldades se chega à conclusão de que a Constituição Federal de 1988 não acoberta a mentira deliberada, que vulnera o pleito em favor daqueles que detém maior poder econômico - e menor nível de escrúpulos - para financiar a disseminação massiva de notícias fraudulentas, com auxílio de algoritmos de preferência e

afirmando o brasileiro que não existe um direito absoluto à verdade, sendo devida apenas quando o destinatário da informação ou discurso for titular de direito à ela.

recomendação, para manipular a opinião pública e alcançar vantagem eleitoral indevida.

Se em exame a vulneração do processo judicial, a partir da mentira dolosamente difundida, também não com muito esforço se encontra a resposta negativa da Constituição à proteção de manifestações que, se valendo de inverdades conscientes, buscam desacreditizar o Poder Judiciário e seus agentes legitimamente designados para a função, a fim de questionar a autoridade das suas decisões, sem se valer, para isso, do meio adequado: o devido processo legal e seus recursos.

O ordenamento jurídico brasileiro, ademais, veda a mentira deliberada expressamente quando tipifica os crimes de calúnia e difamação e, ainda, quando proíbe, nas relações consumeristas, a publicidade enganosa. Isso porque, a mentira que calunia e difama atinge, muitas vezes de maneira irreversível, a honra objetiva das pessoas, isto é, a visão externa que outrem tem da vítima, a sua reputação, causando-lhe danos inestimáveis, bem como a mentira que insere ou omite informações importantes acerca de um produto ou serviço, a fim de ardilosamente conquistar o mercado, fragiliza ainda mais a relação intrinsecamente hipossuficiente de consumo, que, como a honra, é expressamente protegida pela Constituição.

É comum aos limites implícitos e explícitos à mentira, portanto, o embargo à vulneração de bens jurídicos especialmente protegidos pelo ordenamento jurídico, da Constituição às normas infraconstitucionais, por intermédio da disseminação consciente, voluntária e dolosa, de notícias fraudulentas e informações falsas, que tenham caráter lesivo ou potencialmente lesivo⁶⁶ a esses bens e, sobretudo, a valores constitucionais que têm a mesma estatura do direito preferencial, não absoluto, repise-se, à liberdade de expressão. Exsurge-se, nesses casos, a imprescindibilidade

66 COUTINHO, Bruna Macedo Limeira Lima. *Fake News na internet: existe um direito fundamental à mentira? Uma análise sob a ótica do Direito*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, 2020. p. 17.

de uma postura repressiva por parte do Estado, sempre *a posteriori*, sob pena de violação à proibição de censura prévia, e comprometimento deste e da sociedade com a verdade, não revestida de “real” ou “absoluta”, mas de razoável coerência fática e prática, e, sobretudo, com contenção em veicular notícias e informações conscientemente inverídicas⁶⁷.

5. CONCLUSÃO

Após breve, mas suficiente, pesquisa acerca dos limites da liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro, chega-se - sem pretender esgotar o tema e em consciência de que há muito ainda por elucidar⁶⁸ - à conclusão de que a liberdade de expressão, apesar de se caracterizar como um direito preferencial, indispensável à plena realização da democracia, não é um direito absoluto, comportando restrições quando em choque com outros direitos e valores constitucionais de mesma estatura.

Constata-se, também, que, apesar de restringível, a livre expressão não admite limitações *a priori*, e compreensão diversa não seria admissível ante o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, não somente por expressa vedação normativa⁶⁹, mas por imposição de adequada hermenêutica constitucional que leve em consideração o contexto histórico e os valores pré-constitucionais que forjaram a Constituição de

67 CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 60-69.

68 Sobretudo porque ateve-se, neste trabalho, a analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre liberdade de expressão, sendo certo que é vastíssima a produção judicante dos demais tribunais superiores, à exemplo do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior Eleitoral, bem como das Cortes regionais e, ainda, porque, diante da evolução tecnológica permanentemente disruptiva, muitos outros desafios se colocarão a este tema, abrindo vários horizontes para a construção e debates jurídicos.

69 Artigos 5º, IX e 220, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1988, onde a censura prévia vigorava como regra, e a expressão, pelega, como exceção. Nessa esteira, depreende-se que nem toda restrição a essa liberdade pública é legítima, a exemplo da ainda formalmente vigente norma penal incriminadora que tipifica, em nome da defesa do pudor, crime de ação múltipla voltado a proibir a circulação e a exposição de obras, periódicos e objetos - entre outras formas de manifestação - de caráter sensual ou erótico.

Sempre *a posteriori*, portanto, as restrições à liberdade de expressão devem se estruturar em um regime de responsabilizações - cíveis, penais e administrativas - proporcionais à lesividade discursiva, pautadas no trinômio da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, interpretando-se essa lesividade sempre de maneira restritiva e concreta, nunca de forma ampliativa e abstrata.

Ficou claro que, ante a ausência do caráter absoluto da liberdade de expressão, a Constituição e a legislação infraconstitucional estabelecem limites expressos a esse direito, especialmente no que tange à proteção de bens jurídicos pelo direito penal, como a honra, a incolumidade pública e próprio estado democrático de direito e suas instituições. Da mesma forma, apesar da postura majoritariamente amplificativa da Suprema Corte brasileira no que concerne à livre expressão, a Corte vem se posicionando, mais recentemente, de maneira mais restritiva, sobretudo quando, exercido esse direito de maneira abusiva, restam aviltadas, por discurso de ódio, minorias historicamente marginalizadas, ou quando em risco a incolumidade do estado de direito, da democracia, das suas instituições e de seus agentes, num nítido - e necessário - movimento de autodefesa democrática.

Em resposta ao subtítulo do artigo, ilumina-se, finalmente, que, apesar de não se encontrar, expressa, implícita ou jurisprudencialmente, um direito à verdade na cultura jurídica brasileira, parece correto afirmar que se lesiva, ou potencialmente lesiva, a mentira deliberadamente

difundida é constitucionalmente vedada, mormente se, sistematizada num contexto de massificação dos meios de comunicação, voltar-se à corromper os processos democráticos, eleitorais ou judiciais, pela aniquilação de reputações e descrédito de instituições e agentes públicos.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *O combate à discriminação regional no Brasil: limites e possibilidades do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Fake news como externalidades negativas. *JOTA*, [São Paulo], 23 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/fake-news-como-externalidades-negativas-23062020>. Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*: Rio de Janeiro, p. 23911, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6746, 19 jul. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da*

União: seção 1, Brasília, DF, ano 128, n. 176, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 143, n. 151, p. 1-4, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 Distrito Federal*. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade lgbti+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 Distrito Federal*. Lei de Biossegurança. Requerente: Procurador-geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC &docID=611723>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.757 Paraná*. Lei estadual que estabelece direito de instalação, atuação de participação de centros acadêmicos, diretórios acadêmicos e diretórios centrais de estudantes no âmbito das instituições de ensino superior. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN. Requeridos: Governador do Paraná e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Min. Dias Toffoli, 17 de outubro de 2018a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752523722>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439 Distrito Federal*. Ensino religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa.

Respeito ao binômio laicidade do estado/liberdade religiosa. Igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas [...]. Requerente: Procurador-geral da República. Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de setembro de 2017. Redator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650 Distrito Federal*. Modelo normativo vigente de financiamento de campanhas eleitorais. Lei das eleições, arts. 23, §1o, incisos i e ii, 24 e 81, caput e § 1o. Lei orgânica dos partidos políticos, arts. 31, 38, inciso iii, e 39, caput e §5º. Critérios de doações para pessoas jurídicas e naturais e para o uso de recursos próprios pelos candidatos. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de setembro de 2015a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815 Distrito Federal*. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil). Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada [...]. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 jun. 2015b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.122 Distrito Federal*. Art. 25, § 2o, da Resolução 23.404, de 05 de março de 2014, do TSE, que dispõe sobre propaganda eleitoral e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas Eleições de 2014. Vedação à realização de propaganda eleitoral via telemarketing, em qualquer horário. Requerente: Partido Trabalhista do Brasil - PT do B. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min.

Edson Fachin, 3 de maio de 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752042985>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Penal n. 1.044/DF*. Não incidência de liberdade de expressão ou de imunidade parlamentar (art. 53, caput, da constituição federal) nas hipóteses de propagação de discursos de ódio, idéias contrárias à ordem constitucional e ao estado de direito. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Daniel Lúcio da Silveira. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 24 de abril de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761505043>. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.267.879/SP*. Vacinação obrigatória de crianças e adolescentes. Ilegitimidade da recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica. Recorrente: A.C.P.C. e outro (a/s). Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Roberto Barroso, 17 de dezembro de 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 129 Distrito Federal*. Art. 86 do Decreto-lei nº 200/1967, que prevê o sigilo da movimentação dos créditos destinados à realização de despesas reservadas ou confidenciais. Arguente: Partido Popular Socialista - PPS. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Edson Fachin, 5 de novembro de 2019b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751580083>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 Distrito Federal*. Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. Arguente: Partido Democrático Trabalhistas-PDT. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto, 30 de abril de 2009a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/>

paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=60541 1. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187 Distrito Federal*. Observância do princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º) – Jurisprudência – Possibilidade de ajuizamento da ADPF quando configurada lesão a preceito fundamental provocada por interpretação judicial [...]. Arguente: Procurador-geral da República. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de junho de 2011a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 457 Goiás*. Lei 1.516/2015 do município de Novo Gama – GO. Proibição de divulgação de material com informação de ideologia de gênero em escolas municipais. Arguente: Procurador-geral da República. Arguido: Prefeito do Município de Novo Gama e Câmara Municipal de Novo Gama. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 27 de abril de 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 496 Distrito Federal*. Crime de desacato. Art. 331 do CP. Conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso, 22 de junho de 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910283>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548 Distrito Federal*. Busca e apreensão em universidades e associações de docentes. Proibições de aulas e reuniões de natureza política e de manifestações em ambiente físico ou virtual. Arguente: Procuradora-geral da República. Arguido: Juiz Eleitoral da 17ª Zona Eleitoral de Campina Grande e outros. Relator: Min. Cármen Lúcia, 15 de maio de 2020d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752896813>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 572 Distrito Federal*. Portaria GP nº 69 de 2019. Preliminares superadas. Julgamento de medida cautelar convertido no mérito. Arguente: Rede Sustentabilidade. Arguido: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Fachin, 18 de junho de 2020e. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 811 São Paulo*. Art. 2º, II, “a”, do Decreto n. 65.563, de 12.3.2021, do estado de São Paulo. Medidas emergenciais de combate à pandemia da covid-19. Vedação temporária de realização presencial de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo no estado de São Paulo. Arguente: Partido Social Democrático - PSD. Arguido: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 8 de abril de 2021a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756267154>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Liberdade de Expressão*. Brasília, DF: STF, 2023. (Supremo Contemporâneo). *E-book*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Reclamação n. 38.782/RJ*. Liberdade de expressão. 3. Decisões reclamadas que restringem difusão de conteúdo audiovisual em que formuladas sátiras a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo [...]. Reclamante: Netflix Entretenimento Brasil LTDA. Reclamados: Relator do AI nº 0083896-72.2019.8.19.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Relator do AI nº 0343734-56.2019.8.19.0001 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes, 3 de novembro de 2020f. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 511.961/SP*. Exigência de diploma de curso superior, registrado pelo ministério da educação, para o exercício da profissão de jornalista. Recorrentes: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo - SERTESP e Ministério Público Federal. Recorridos: União e FENAJ - Federação Nacional dos Jornalistas e outros (a/s). Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009b.

Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 146.303/RJ*. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Recorrente: Tupirani da Hora Lores. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Redator: Min. Dias Toffoli, 6 de março de 2018c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>. Acesso em: 24 ago. 2023.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CORTINA, Adela. *Aporofobia, a aversão ao pobre: um desafio para a democracia*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

COUTINHO, Bruna Macedo Limeira Lima. *Fake News na internet: existe um direito fundamental à mentira? Uma análise sob a ótica do Direito*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, 2020.

FACHIN, Zulmar Antonio; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Movimentos Sociais na Constituição Brasileira de 1988: A Construção da Democracia e dos Direitos Humanos. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, ano 6, n. 12, p. 150-160, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8267>. Acesso em: 12 set. 2023.

FERNANDES, Gabriel Lima. *Liberdades sexual e de gênero: direitos à autodeterminação da personalidade?* Coimbra, 2019. *Paper* apresentado na disciplina Filosofia dos Direitos Humanos, no curso de Mestrado em

Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; BECK, Cesar. Cambridge Analytica: Escândalo, legado e possíveis futuros para a Democracia. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, ano 29, n. 53, p. 182-195, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireit/oemdebate/article/view/10033>. Acesso em: 13 set. 2023.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 15. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2018. v. 3.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HOLMES, Stephens; SUSTEIN, Cass. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

KAISER, Brittany. *Manipulados*: como a Cambridge analytica e o Facebook invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2019.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal*: a experiência comparada e o desafio brasileiro. Munique, 12 set. 2020. Documento resultado de consulta feita pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogado do Brasil aos autores.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Kitchener: Batoche Books, 2001. E-book. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2023.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

UNDERSTANDING hate speech. *United Nations*, [s. l., 2022]. Disponível em: <https://www.un.org/en/hate-speech/understanding-hate-speech/what-is-hate-speech>. Acesso em: 10 set. 2023.

Siglas

AP - Ação Penal

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CDC - Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)

CE - Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965)

CF - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP - Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940)

RE - Recurso Extraordinário

RISTF - Regime Interno do Supremo Tribunal Federal

STF - Supremo Tribunal Federal

A DEFESA DA DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE DEFENSE OF DEMOCRACY AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹

1. Não faz dúvida serem os direitos fundamentais a raiz da democracia moderna.

Historicamente, a prova é a de que as primeiras democracias se constroem a partir da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776 e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1787 que ambas reconhecem como direitos fundamentais, inalienáveis e imprescritíveis do ser humano a liberdade e a igualdade.

E a institucionalização política que delas decorre visa essencialmente a resguardá-los, pois, como brada o art. 16 da Declaração francesa:

¹ Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP. Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de *Aix-en-Provence* (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” - Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

“Toda sociedade na qual não é assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

Assim, a própria razão de ser do Estado constitucional democrático está nos direitos fundamentais pois ele resulta da lógica da liberdade e da igualdade de todos os seres humanos. Assim defender a democracia é defender os direitos fundamentais, defender os direitos fundamentais é defender a democracia.

2. É certo que o abuso de direitos fundamentais pode ameaçar a democracia em situações específicas. Cabe defender então a democracia contra esses abusos, mesmo porque esses abusos desnaturam os direitos fundamentais abusados. Esta defesa, todavia, tem de ser feita de acordo com a Constituição, a lei magna de proteção dos direitos fundamentais e não de modo arbitrário, desrespeitando o cerne desses mesmos direitos.

Não se pode, em consequência, aceitar a lição de Loewenstein e da democracia dita militante, segundo a qual “se a democracia acredita na superioridade de seus valores absolutos sobre as observações oportunísticas do fascismo, ela deve enfrentar as exigências da hora e todo esforço possível deve ser feito para salvá-la, mesmo com o risco e o custo de violar seus princípios fundamentais”.²

Isto, na verdade, significaria defender a democracia destruindo a razão de ser da democracia.

3. Dentre as liberdades públicas uma das mais preciosas é a da livre manifestação do pensamento. Quem o diz é a Declaração de 1789

2 Karl Loewenstein, “*Militant Democracy and Fundamental Rights I*”, *American Political Science Review*, vol. 31, nº 3 (junho 1937) p. 432.

no art. 11, aliás, lhe estabelece o regime jurídico, levando em conta o seu aspecto positivo e o seu eventual aspecto negativo.

Dispõe ele:

“A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, mas será responsabilizado quem abusar desta liberdade nos casos determinados em lei”.

Este preceito revela, por um lado, a percepção de que tal liberdade tem valor incomensurável. Com efeito, é condição da difusão da experiência e do saber que são indispensáveis ao progresso. Ao contrário, a inexistência dessa liberdade significa estagnação e mesmo o atraso, como tantas vezes ocorreu no passado, em virtude do cerceamento da difusão de novas ideias, de novas descobertas, de novas verdades científicas.

Por outro, ele enuncia as referidas linhas mestras de seu regime jurídico.

Está nele a proibição a censura que é a primeira das referidas linhas mestras. Igualmente, ser reservada à lei o único limite que a restringe lei esta que é – não se olvide – “a expressão da vontade geral, definida pelo povo ou seus representantes” (art. 6º).

E, terceira linha mestra, a responsabilização de quem abusar dessa liberdade, usando-a de modo prejudicial à sociedade, conforme está no art. 5º.

Traçam elas o regime jurídico dessa liberdade dos estados democráticos de direito. É este o modelo que já adotava o direito constitucional brasileiro quando nasce em 1824 e adota a Constituição-cidadã de 1988.

4. Na verdade, o impacto do abuso da liberdade de manifestação do pensamento tem muito a ver com o fato de que ela tem seu alcance estendido pelo avanço tecnológico. Este tem trazido uma difusão que acentua o seu impacto no convívio social e consequentemente impõe a necessidade de alteração de seu regime jurídico.

Com efeito, comunicação pela voz não alcança senão a poucos que a ouvem, a que se faz pela imprensa alcança inúmeros grupos sociais e persiste no tempo. Por isso, levou a uma regulamentação específica. O seu impacto foi acentuado pelo rádio, depois pela televisão. Aquele, a partir dos anos trinta, levou a milhões a palavra e as ideias de lideranças tão opostas como Roosevelt e Hitler. Após a Segunda Guerra, veio a televisão, que acrescentou a imagem à informação. Mais recentemente, a internet faz possível que o pensamento de cada um dos membros de uma comunidade possa ser transmitido a incontáveis membros desta.

5. Por outro lado, em matéria política, as comunicações que visavam ao convencimento, portanto, à razão dos que as recebiam, mudaram de perfil, passaram a visar a criar “emoções” como denuncia Loewenstein nos seus escritos dos anos 30 do século XX.

É isto uma decorrência da utilização dos conhecimentos revelados pela psicologia social, de que o ser humano e particularmente as multidões nem sempre se portam racionalmente, mas se deixam levar por mensagens dirigidas aos sentimentos, ao “irracional” da humanidade. Desenvolve-se então a propaganda e a perversão desta para desencadear paixões. – e esta passa a dominar os próprios programas partidários que se tornam obra não de pensamentos mais de “marqueteiros”.

Tal perversão é exacerbada pela tecnologia de hoje. Esta permite a difusão para milhões de mensagens que visam a difundir mentiras, distorcer fatos, exacerbar paixões como a admiração e o ódio, ou seja, aquilo que hoje se designa imprecisamente de fake news. Inclusive

ela ensaja que tais abusos sejam feitos por meio de robôs, por meio de “autores” fictícios que para tanto se utilizam de “plataformas” de provedores que não as controlam.³

Decorre disto a necessidade e a urgência de uma atualização do regime jurídico dessa liberdade em face da tecnologia contemporânea, como no passado o exigiu a liberdade de imprensa. Na verdade, rádio, televisão e internet propiciam mais do que a imprensa a exploração do irracional, dos sentimentos, das “emoções” no plano da política. Esta exploração, todavia, é um fenômeno conatural à propaganda⁴. Esta explora esses nichos e tende a se limitar a essa exploração. Vê-se isto dos programas partidários, que hoje são obra não de pesadores como Marx, mas de “marqueteiros”.

Entretanto, a própria imprensa, às vezes, não hesita em fazê-lo, por exemplo, nos títulos das notícias, pois é sabido que a maioria dos leitores não vai além delas.

É preciso, todavia, não exagerar o efeito da propaganda sobre o povo, o eleitorado. Com efeito, se este não fosse capaz de racionalmente superar a mera propaganda, a democracia seria inviável. Ou não passaria de uma farsa, porque o verdadeiro poder estaria nas mãos do melhor propagandista.

Certamente o direito brasileiro necessita de tal atualização. Vale, por isso, estudar as linhas mestras do direito vigente, a fim de identificar suas vulnerabilidades.

3 V. Jamie Bartlett, *The People vs. Tech – How the internet is killing democracy (and how to save it)*, Penguin, Londres, 2028.

[?] V. Giovanni Sartori, *Homo videns – La sociedade teledirigida*, trad. esp., Ed. Taurus, Madrid, 2^a ed., 1998.

4 V. meu livro *A ressurreição da democracia*, Dia a Dia Ed., Santo André, 2020, Parte II, caps. 5 e 6.

6. O direito constitucional brasileiro desde 1824 sempre seguiu o modelo traçado pela Declaração, como já se apontou, exceto em períodos autocráticos.

Assim ele consagra a proibição da censura, a limitação dessa liberdade pela lei e a responsabilização a posteriori dos que infringirem essa limitação.

Na verdade, quanto à censura, ela a proíbe duas vezes. A primeira, de ordem geral, no art. 5º, IV e depois no art. 220 sobre a comunicação social. Neste ela estabelece:

“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”.

Como se isto não bastasse, o seu § 2º explicita: “É vedada qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” Apenas na situação emergencial do estado de sítio ela admite sejam adotadas restrições “à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão” e assim mesmo “nos termos da lei”.

Em consequência as mensagens pela internet obviamente não podem ser censuradas.

7. Entretanto, é preciso não perder de vista o disposto na parte final do art. 5º, IV. Este afirma ser “livre a manifestação do pensamento”, mas acrescenta a “sendo vedado o anonimato”.

A vedação do anonimato obviamente visa propiciar a responsabilização, seja civil, seja penal, dos que abusem da liberdade de manifestação do pensamento.

Ora, disto decorre que as mensagens transmitidas pelas

plataformas não podem ser anônimas. É evidente que divulgar mensagens anônimas ou por meio de robôs – e este é caso frequente – viola a Lei Magna.

Não há exceção a esta proibição. Consequentemente ela se aplica às mensagens que se divulgam pelas plataformas digitais. Disto deriva ser inconstitucional o art. 18 da Lei nº 12.925/14 que isenta de responsabilidade os provedores de tais plataformas.

8. Vale observar que a situação jurídica dos provedores de plataformas, por analogia, é igual à dos diretores de jornais que são responsáveis pelo que neles se publica, solidária ou subsidiariamente, à dos autores do texto. Com efeito, as plataformas são os “jornais” da tecnologia contemporânea. Insista-se. Não resulta disto censura. Há responsabilização assimilada à co-autoria de eventuais violações das normas constitucionais e legais que limitam a liberdade de manifestação do pensamento.

Falta para a segurança jurídica, uma lei regule a liberdade de manifestação do pensamento por meio de mensagens pela internet, equivalente à Lei nº 2.038/1953 que regulava a “a liberdade de imprensa”. Esta – saliente-se - editada num período plenamente democrático da vida brasileira.

Tal lei dispunha sobre a penalização dos abusos de tal liberdade que definia (art. 8º e seguintes) e mesmo apontava não constituírem abusos determinadas manifestações (art. 15). Por exemplo, opiniões críticas “que não descerem a insulto pessoal sobre atos governamentais, sentenças e despachos dos juízes e tribunais” (alínea “e”).

Mais adiante discriminava sucessivamente, os responsáveis pelos delitos de imprensa, desde o autor do escrito até os dirigentes da publicação (art. 28 e s.). Ademais regulava o processo penal, a execução da sentença, o direito de resposta, etc.

9. Não é preciso lembrar que, num Estado de Direito, somente a lei pode definir e proibir e apenar as perversões e abusos que mensagens exprimem. Necessário se torna ajustar a lei penal à sua repressão que não pode ficar à mercê da opinião de qualquer autoridade. Do contrário esta exerceria uma censura que, como se apontou acima, é proibida pela Constituição, mesmo em se tratando de ideias de natureza política ou ideológica.

10. Ademais a repressão penal compete sempre - num Estado de Direito, insista-se – aos órgãos ordinariamente incumbidos de sua tarefa. Ela cabe numa democracia ao Poder Judiciário, em última análise, sem se ignorar a escala de suas instâncias e o papel de outros órgãos, desde a polícia até o Ministério Público.

Descabe, inclusive, criar para a repressão de mensagens abusivas procedimentos ad hoc ou tribunais de exceção. Estes, aliás, proibidos pelo art. 5º, XXXVIII da Constituição.

Igualmente ela deverá ser feita observando-se os princípios do devido processo legal, como o do juiz natural.

Arguir-se-á que isto dificultará a repressão, e, sobretudo, retardará que sejam tais mensagens retiradas das plataformas. Por que será isto necessário quando não o é para publicações? Não será tal retirada uma forma de censura?

Por outro, embora as mensagens abusivas sejam uma arma perigosa de propaganda, exagerar-lhes o poder é pressupor que o cidadão não tem – de modo geral – a racionalidade e espírito crítico suficientes para distinguir a mentira da verdade. E esta recusa do poder da racionalidade solapa a democracia no seu alicerce, pois equivale a dizer que o cidadão não tem as condições de tomar racionalmente as decisões políticas.

11. A conclusão deste trabalho é simples. A defesa da democracia é necessária, mas tem de ser feita respeitando a simbiose que nela existe. Não se pode aceitar a defesa da democracia contrariando direitos fundamentais, porque isto é destruir a democracia, pretendendo defendê-la.

Não se defende a democracia contra os fundamentos da própria democracia.

**JULGAMENTO DE CONTAS DE CAMPANHA E
QUITAÇÃO ELEITORAL: A INCONSTITUCIONALIDADE
DA SÚMULA Nº 42 DO TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL (TSE)**

**JUDGMENT OF CAMPAIGN ACCOUNTS
AND ELECTORAL GOOD STANDING:
UNCONSTITUTIONALITY OF PRECEDENT Nº. 42 OF
THE SUPERIOR ELECTORAL COURT (TSE)**

Vinicius Dourado Loula Salum^{1}*

RESUMO

O artigo defende a tese da inconstitucionalidade da Súmula nº 42 e do art. 80, I, da Resolução nº 23.607/2019 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Trata-se da negativa de quitação eleitoral por um período mínimo equivalente a uma legislatura para os candidatos que tiverem suas contas de campanha julgadas como não prestadas pela Justiça Eleitoral, mesmo em caso de regularização extemporânea. O trabalho analisa os contornos da função jurisdicional de contas a cargo da Justiça Eleitoral, e as consequências previstas em lei para aqueles que se omitem quanto

1 ^{*} Advogado e professor. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Especialista em Procuradoria Jurídica pelas Faculdades Integradas Ipitanga (FACIIP) em parceria com a Fundação César Montes (FUNDACEM). Especialista em Docência Universitária pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

ao dever de prestação de contas eleitorais. Com suporte numa nova teoria da elegibilidade, à luz do constructivismo lógico-semântico, o trabalho defende que a natureza jurídica da certidão de quitação eleitoral é de mero requisito de registrabilidade, e que a não quitação por omissão na prestação de contas não deve consistir em impedimento ao exercício do direito fundamental de candidatura.

Palavras-chave: prestação de contas; quitação eleitoral; requisito de registrabilidade; inelegibilidade; inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The paper defends the theory of unconstitutionality of Precedent nº. 42 and article 80, I, of Resolution nº. 23.607/2019 of the Superior Electoral Court (TSE). They concern the denial of electoral good standing for a minimum period equivalent to one legislative term for candidates whose campaign accounts are deemed as not submitted by the Electoral Court, even in case of belated regularization. The paper analyzes the contours of the judicial function of analyzing accounts within the scope of the Electoral Court and the consequences provided for in law for those who do not comply with the duty of rendering electoral accounts. Based on a new theory of eligibility, in view of logical-semantic constructivism, the paper argues that the legal nature of the electoral good standing certificate is a mere requirement of registrability, and that the lack thereof due to omission in the rendering of accounts should not constitute an impediment to the exercise of the fundamental right to candidacy.

Keywords: rendering of accounts; electoral good standing; registrability requirement; ineligibility; unconstitutionality.

1. INTRODUÇÃO

É vedada a cassação de direitos políticos. Esta proibição categórica – cravada como cláusula pétrea no caput do art. 15 da Constituição Federal de 1988 – justifica-se mormente por razões históricas. É que o uso indiscriminado do expediente previsto no art. 10 do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964 (repetido em Atos Institucionais posteriores), para cassar mandatos legislativos de opositores ao regime ditatorial precedente, terminou por estigmatizar o próprio sentido técnico-jurídico do vocábulo *cassação*², a tal ponto que o constituinte resolveu, sensatamente, acautelar os cidadãos brasileiros contra restrições indevidas ao exercício dos seus direitos políticos.

Passados mais de 35 (trinta e cinco) anos desde a promulgação da Constituição Cidadã, era de se esperar que a justificativa para a positivação desta norma constitucional ficasse restrita apenas ao seu aspecto histórico. Porém, em face da “era Robespierre na jurisprudência eleitoral brasileira”³, frequentemente marcada por um movimento que parte da doutrina especializada denomina de *moralismo eleitoral*, ainda campeia entre nós certo despreço relativamente à *fundamentalidade* dos direitos eleitorais e ao seu corolário direto: o princípio da vedação à restrição de direitos políticos. Por este motivo, é salutar que a expressão do art. 15 da Carta Magna permaneça irradiando eficácia na contemporaneidade, tratando-se, pois, de uma verdadeira *condição de possibilidade para a*

2 GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 19. ed. rev. atual. e ampl. Barueri: Atlas, 2023. p. 8.

3 A expressão é de Ruy Samuel Espíndola, que, em ensaio sobre o abuso do poder regulamentar do TSE, alude ao “radicalismo moral” do controverso personagem da Revolução Francesa, “que derramou muito sangue, sem devido processo legal, dos adversários de suas concepções moralistas sobre a composição e funcionamento da sociedade e os direitos de seus indivíduos”. (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Direito eleitoral: a efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura. Florianópolis: Habitus, 2018. p. 50).

*democracia*⁴.

Partindo da premissa acima é que o artigo pretende analisar as consequências da aplicação do conteúdo da Súmula nº 42 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e do art. 80, I, da Resolução TSE nº 23.607/2019, em relação ao exercício do *jus honorum*. É que tal norma regulamentar encerra um comando que impede o candidato que tiver suas contas de campanha julgadas como não prestadas de obter a certidão de quitação eleitoral até o fim da legislatura (ainda que, neste período, haja regularização da omissão), o que, por conseguinte, obstaculiza o registro de candidatura por um período mínimo de 4 (quatro) anos.

O estudo desta matéria requer uma incursão – ainda que breve – na delimitação da competência da Justiça Eleitoral, tendo em vista as diversas funções que lhe foram atribuídas pelo ordenamento pátrio. Com base numa pesquisa bibliográfica, pretende-se estabelecer especificamente os contornos jurídicos da função jurisdicional de contas, correlacionando-a com o art. 11, §7º, da Lei 9.504/97, notadamente quando esta norma condiciona a emissão da certidão de quitação eleitoral a apresentação de contas de campanha perante o juízo eleitoral competente.

Posteriormente, o artigo se propõe a investigar a controversa natureza jurídica da certidão de quitação eleitoral. Enquanto o TSE assentou sua jurisprudência no sentido de que a quitação seria uma condição de elegibilidade ou – mais que isso – um requisito estabelecido pelo legislador ordinário, com fundamento no art. 14, §3º, da CF/88, para o pleno gozo dos direitos políticos, o artigo utiliza-se dos pressupostos teórico-metodológicos do construtivismo lógico-semântico para reacender esta discussão e propor a tese de que este documento de

4 ALARCON, Anderson; BARCELOS, Guilherme. Democracia e direitos políticos: os direitos políticos como condições de possibilidade para o regime democrático e o direito comparado. In: PINHEIRO, Celia Regina de Lima; SALES, José Edvaldo Pereira; FREITAS, Juliana Rodrigues (coord.). Constituição e processo eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 83-118.

caráter enunciativo ostenta, ao contrário, natureza de simples requisito de registrabilidade.

Por fim, ainda que a quitação eleitoral deveras fosse uma condição de elegibilidade prevista na Lei nº 9.504/97 (tal como preconiza a jurisprudência eleitoral), é preciso verificar se a fixação de um lapso temporal equivalente a uma legislatura (quatro anos) como vedação à emissão da certidão – sobretudo em caso de regularização extemporânea da prestação de contas – resiste a um adequado exame de constitucionalidade.

2. A JURISDIÇÃO ESPECIALIZADA DE CONTAS DA JUSTIÇA ELEITORAL

Dentro do arranjo institucional estabelecido pela Constituição Federal de 1988 para os órgãos do Poder Judiciário, o caráter *sui generis* da Justiça Eleitoral exsurge de modo patente.

Além da sua competência tipicamente jurisdicional (resolvendo os conflitos de interesse em matéria eleitoral, tanto em ações cíveis quanto criminais), à Justiça Eleitoral atribui-se o exercício de múltiplas funções: administrativa, especialmente voltada à organização, administração e fiscalização do processo eleitoral em sentido amplo; normativa, donde surge o chamado poder regulamentar da Justiça Eleitoral, e que consiste na expedição de instruções necessárias à execução de matérias especificamente autorizadas em lei⁵, que alguns autores, inclusive, atribuem certo caráter legislativo²⁶; e consultiva, esclarecendo dúvidas,

5 Registre-se que se trata de competência bastante questionável, dado que “O poder regulamentar do TSE está positivado no Código Eleitoral de 1965 e na Lei 9.504/97, e não na Constituição da República. A Constituição de 1988 não o recepcionou”. (ES-PÍNDOLA, Ruy Samuel. *Direito eleitoral: a efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura*. Florianópolis: Habitus, 2018. p. 41-42).

6 COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São

formuladas in abstracto, sobre a interpretação da legislação eleitoral.

Sem embargo desta sua reconhecida polivalência, incumbe à Justiça Eleitoral ainda a tarefa de receber, analisar e julgar as prestações de contas dos partidos políticos, bem como as prestações de candidatos relativamente às campanhas eleitorais, atualmente regulamentadas pela Resolução TSE nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019.

Segundo José Jairo Gomes, “A prestação de contas constitui o instrumento oficial que permite a realização de auditoria, fiscalização e controle financeiro das campanhas eleitorais”⁷ – motivo pelo qual o escrutínio das contas partidárias e eleitorais decerto não deve escapar à alçada do órgão constitucionalmente encarregado de zelar pela normalidade e legitimidade das eleições, vale dizer, a Justiça Eleitoral.

A natureza jurídica destes processos de prestação de contas ainda hoje é objeto de debates. Olivar Coneglian, por exemplo, afirma que

Não há que se perguntar se se trata de processo administrativo ou de processo cível. Trata-se de um procedimento judicial eleitoral, em que o órgão de controle tanto exerce funções administrativas, quanto funções jurisdicionais⁸.

Noutra linha de raciocínio, Adriano Soares da Costa defende que o procedimento de prestação de contas perante a Justiça Eleitoral possui natureza administrativa, na medida em que “Não há ‘ação’ processual pedindo a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, deduzindo ação,

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 35-37.

7 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 19. ed. rev. atual. e ampl. Barueri: Atlas, 2023. p. 381.

8 CONEGLIAN, Olivar. *Eleições: radiografia da Lei 9.504/97*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 231.

em sentido material”⁹. Neste caso, segundo o jurista alagoano, ao apreciar as contas o Juiz Eleitoral não estaria exercendo propriamente jurisdição, mas atuando como um “*administrador judicialiforme*”¹⁰.

Rodrigo Zilio, por sua vez, não hesita em afirmar que se trata de “procedimento de *caráter jurisdicional*”¹¹, tal como igualmente propugna Frederico Alvim, que menciona o art. 37, §6º, da Lei nº 9.096/95, incluído pela Lei nº 12.034/09: “*O exame da prestação de contas dos órgãos partidários tem caráter jurisdicional*”¹². Finalmente, em face da obrigatoriedade de constituição de advogado(a) nos autos dos processos de prestação de contas perante a Justiça Eleitoral¹³, parece ter sido consagrada a tese da natureza jurisdicional dos processos de prestações de contas eleitorais.

Esta celeuma, diga-se de passagem, é em tudo similar àquela concernente à natureza jurídica dos Tribunais de Contas e de suas decisões. Durante muito tempo o pensamento prevalecente no Brasil, capitaneado por autores do quilate de José Cretella Júnior¹⁴, José Afonso

9 COSTA, Adriano Soares da. *Prestação de contas*: processo administrativo e recursos. Blog Direito Eleitoral, [s. l.], 22 nov. 2008. Disponível em: <https://adriano-soaresdacosta.blogspot.com/2008/11/prestao-de-contas-processo.html>. Acesso em: 16 mar. 2024.

10 COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 10. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 298.

11 ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 559.

12 ALVIM, Frederico Franco. *Curso de direito eleitoral*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 391.

13 Conforme preveem os artigos 45, §5º, 47, §1º, IV, 48, §1º, 53, I, “a”, II, “F”, 74, §3º-A e 98, §8º, da Resolução TSE nº 23.607/2019.

14 CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 183-198, abr./jun. 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181721>. Acesso em: 25 mar. 2024.

da Silva¹⁵, Odete Medauar¹⁶, dentre vários outros, acabou se firmado no sentido de negar às Cortes de Contas o exercício de função jurisdicional, dado o sistema de jurisdição una consagrado na Lei Maior.

Contudo, ninguém menos do que Pontes de Miranda, em seus comentários à Constituição de 1946, reafirmava que o Tribunal de Contas “Era um Tribunal e julgava”, exercendo deveras “função judiciária”¹⁷. Por outro lado, a força jurisdicional das Cortes de Contas decorreria do sentido definitivo de suas deliberações, “pois se a irregularidade das contas pudesse dar lugar à nova apreciação pelo Judiciário, o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo” – conforme argumento de Seabra Fagundes¹⁸.

Hoje em dia, entretanto, a questão encontra-se sedimentada – é o que afirma Fernandes: “No atual modelo constitucional positivo, ficou indelevelmente definido o exercício da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas”¹⁹.

Trata-se, é bem verdade, de um tipo específico de função jurisdicional, isto é, uma “*jurisdição especializada de contas*”²⁰, que

15 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

16 MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

17 PONTES DE MIRANDA, 1953 apud CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 183-198, abr./jun. 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181721>. Acesso em: 25 mar. 2024. p. 188.

18 SEABRA FAGUNDES, apud PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 400 questões*. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 130.

19 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 147.

20 PARDINI, 1997 apud COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. As funções jurisdicional e opinativa do tribunal de contas: distinção e relevância para a compreensão da

deve ser exercida dentro das balizas constitucionais definidas pelo sobreprincípio do *devido processo legal*, sob pena de invalidade e eventual correção na via judicial. Tanto é assim que é possível ao Judiciário, sem adentrar ao mérito dos pronunciamentos, anular decisões de Tribunais de Contas que tenham sido levadas a cabo em desacordo com as garantias processuais²¹.

Fizemos esta breve e necessária digressão para ressaltar que o mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação à competência atribuída à Justiça Eleitoral para analisar e julgar as contas das agremiações partidárias e dos candidatos.

Nestes casos, o órgão eleitoral decerto exerce *jurisdição especializada* de mesma natureza daquela outorgada aos Tribunais de Contas pátrios, devendo igualmente observar, no exercício de tão relevante mister, as garantias processuais fundamentais dos jurisdicionados, a exemplo da *publicidade* do processo, do dever de adequada *motivação* das decisões, da *duração razoável*, do *contraditório* e da *ampla defesa*, dentre outros. Diante da especificidade técnica de que se reveste o julgamento de contas, a legislação inclusive dispõe que a Justiça Eleitoral poderá requisitar técnicos dos Tribunais de Contas, pelo tempo que for necessário, para efetuar os exames relativos ao exercício desta relevante atribuição judicante²².

natureza jurídica do parecer prévio sobre contas anuais dos prefeitos. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 19, n. 2, p. 42-115, 2001.

21 A este respeito, transcrevemos trechos do seguinte acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: “No mérito, assiste razão às Impetrantes quanto a nulidade dos processos que tramitaram perante o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, em razão da ausência do contraditório e da ampla defesa, com violação ao devido processo legal”. (BAHIA. Tribunal de Justiça. Processo nº 0318762-59.2012.8.05.0000. Classe: Mandado de Segurança. Relatora: Lisbete M. Teixeira Almeida César Santos, 2 de julho de 2014).

22 É o que dispõem os artigos 34, §2º, da Lei 9.096/95 e artigo 30, §3º, da Lei nº 9.504/97.

Entretanto, a questão fundamental a ser analisada aqui é outra: Quais as consequências jurídicas impostas pela Lei àqueles que violam o dever de prestação de contas perante a Justiça Eleitoral?²³

É certo que a legislação conferiu aos Tribunais de Contas a prerrogativa de instaurar Tomada de Contas Especial diante da omissão na prestação de contas pelos jurisdicionados, providência que, de lege ferenda, igualmente poderia ser outorgada à Justiça Eleitoral, especialmente em caso de omissão quanto a prestação de contas de recursos públicos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, tanto mais se houver indícios de perda, extravio ou outra irregularidade de que possa resultar prejuízo ao erário.

Mas o direito positivo brasileiro prescreve outras consequências decorrentes desta omissão antijurídica. A Lei nº 9.504/97, por exemplo, dispõe que a inobservância do prazo para encaminhamento das prestações de contas eleitorais impede a diplomação dos eleitos, enquanto perdurar a ilicitude (art. 29, §2º).

Por outro lado, aquele que violar o dever de prestação de contas perante a Justiça Eleitoral poderá responder pelo delito tipificado no art. 347 do Código Eleitoral²⁴ ou, havendo dolo específico, até mesmo por aquel'outro previsto no art. 354-A da referida codificação, incluído pela

23 Oportuno ressaltar, de conformidade com a Constituição Republicana, que o dever geral de prestação de contas incumbe a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos (art. 70, p. único, CF/88), o que, por conseguinte, alcança os partidos políticos e os candidatos.

24 “Art. 347. Recusar alguém cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou opor embaraços à sua execução: Pena - detenção de três meses a um ano e pagamento de 10 a 20 dias-multa” (BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6746, 19 jul. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737 compilado.htm. Acesso em: 21 jun. 2024).

Lei nº 13.488/2017²⁵.

Além disso, uma vez provocada por sujeito legitimado – inclusive pelo próprio Ministério Público Eleitoral, e desde que observado o rito do art. 22 da LC 64/90 – a Justiça Eleitoral também poderá impor ao faltoso a consequência disposta no §2º do art. 30-A da Lei 9.504/97 (cassação do diploma), cuja condenação, de resto, igualmente atrai a incidência da inelegibilidade prevista na alínea “j” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90 (incluído pela LC 135/2010) pelo prazo de oito anos a contar da eleição. Isto sem prejuízo de eventual apuração do abuso do poder econômico, tal como ressalva o artigo 96, §4º, da Resolução TSE nº 23.607/2019.

Outra consequência prevista em nosso ordenamento, incidente em caso de não apresentação das contas de campanha, consiste na negativa de emissão da certidão de quitação eleitoral por um período equivalente a uma legislatura (4 anos), nos termos da Súmula nº 42 do TSE e art. 80, I, da Resolução nº 23.607/2019.

Uma análise mais acurada da natureza jurídica da certidão de quitação eleitoral, assim como do referido enunciado sumular (que dá sustentáculo ao disposto na Resolução do TSE), nos conduz a duvidar seriamente da constitucionalidade desta última imposição que, de resto, também não encontra pleno respaldo em norma legal.

3. A NATUREZA JURÍDICA DA CERTIDÃO DE QUITAÇÃO ELEITORAL

25 “Art. 354-A. Apropriar-se o candidato, o administrador financeiro da campanha, ou quem de fato exerça essa função, de bens, recursos ou valores destinados ao financiamento eleitoral, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa” (BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6746, 19 jul. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 21 jun. 2024).

3.1 Algumas palavras introdutórias sobre a *teoria da elegibilidade segundo o constructivismo lógico-semântico*²⁶

Temos defendido, em artigos anteriores, a necessidade de superação de alguns dos pressupostos da chamada teoria clássica da elegibilidade, em especial quando esta consagra a distinção entre condições de elegibilidade (requisitos positivos) e causas de inelegibilidade (requisitos negativos) para fins de delimitação do conteúdo normativo do direito fundamental de candidatura, com reflexos em diversas outras questões afetas ao Direito Eleitoral e Processual Eleitoral²⁷.

A referida distinção não encontra amparo no plano lógico-jurídico, pois todos os pressupostos exigidos pelo ordenamento para que o cidadão possa validamente concorrer a um cargo político-eletivo constituem, igualmente, condições de elegibilidade.

A classificação, conquanto consagrada doutrinária e jurisprudencialmente, igualmente não se justifica no plano pragmático do Direito, haja vista que tanto o não preenchimento dos requisitos positivos (condições de elegibilidade) quanto a incursão em algum requisito negativo (inelegibilidades) conduzem a um idêntico resultado prático:

26 “O Constructivismo Lógico-Semântico é, antes de tudo, um instrumento de trabalho, modelo para ajustar a precisão da forma à pureza e à nitidez do pensamento; meio e processo para a construção rigorosa do discurso, no que atende, em certa medida, a um dos requisitos do saber científico tradicional. Acolhe, com entusiasmo, a recomendação de Norberto Bobbio, segundo a qual *não haverá ciência ali onde a linguagem for solta e descompromissada*. O modelo constructivista se propõe amarrar os termos da linguagem, segundo esquemas lógicos que dêem firmeza à mensagem, pelo cuidado especial com o arranjo sintático da frase, sem deixar de preocupar-se com o plano do conteúdo, escolhendo as significações mais adequadas à fidelidade da enunciação”. (CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o construtivismo lógico-semântico. In: CARVALHO, Paulo de Barros. (coord.). *Constructivismo lógico-semântico*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2020. v. 1, p. 3-12. p. 4.

27 SALUM, Vinícius Dourado Loula. Entre a teoria clássica e a teoria do fato jurídico: apontamentos para uma nova dogmática em matéria de (in)elegibilidade. *Revista do TRE-RS*, Porto Alegre, ano 26, n. 51, p. 45-74, jul./dez. 2021.

o indeferimento do registro de candidatura, a incapacidade eleitoral passiva, a negativa do jus honorum, a inelegibilidade ou, se se preferir, a “não elegibilidade” – consoante reconhece o próprio Moreira Alves, precursor da teoria clássica²⁸.

Não havendo, assim, motivo lógico e/ou pragmático com aptidão para sustentar a referida classificação dicotômica, igualmente destacamos a necessidade de sua superação no plano semântico da linguagem jurídica.

Daí nosso esforço no sentido de empreender uma nova abordagem científica de tais institutos, desenvolvendo, pois, uma teoria da elegibilidade à luz do constructivismo lógico-semântico – o que exige, por conseguinte, o uso adequado das ferramentas metodológicas típicas desta escola de pensamento jurídico, capitaneada pelo Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho²⁹.

Segundo nossa proposta teórica, os pressupostos exigidos pelo sistema jurídico para que o eleitor (dotado de capacidade eleitoral ativa) adquira capacidade eleitoral passiva, nada mais são do que critérios previstos na hipótese-antecedente da norma jurídico-eleitoral que apelidamos de regra matriz de elegibilidade (RME), cuja incidência-aplicação pela autoridade competente (Juiz Eleitoral), no procedimento de registro de candidatura, tem o condão de atribuir ao sujeito ativo o direito de concorrer em eleições (jus honorum).

Seriam estes os critérios da referida hipótese normativa: 1) critério pessoal: qualidade de eleitor (o que já pressupõe a nacionalidade brasileira,

28 ALVES, José Carlos Moreira. Pressupostos de elegibilidade e inelegibilidades. In: REZEK, José Francisco et al. (coord.). *Estudos de direito público em homenagem a Aliomar Baleeiro*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1976. p. 229.

29 Embora se trate de metodologia mais restrita ao âmbito do Direito Tributário, não há óbice à sua utilização nos domínios do Direito Eleitoral, mormente em razão do caráter uno do fenômeno jurídico. Destaque-se aqui diversos autores *constructivistas*, além do Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho: Tárek Moysés Moussallem, Tácio Lacerda Gama, Fabiana Del Padre Tomé, Aurora Tomazini de Carvalho, Gabriel Ivo, Antônio Machado Guedes Alcoforado, Rodrigo Dalla Pria, dentre outros.

o pleno exercício dos direitos políticos e o alistamento eleitoral³⁰); 2) critério material: 2.1) idade mínima (aspecto etário); 2.2) escolaridade mínima (aspecto de instrução); 2.3) representatividade mínima (aspecto partidário) e 2.4) moralidade mínima (aspecto ético); 3) critério espacial: numa determinada circunscrição eleitoral; e 4) critério temporal: no momento da formalização do requerimento de candidatura.

Todos os critérios da hipótese normativa estão assentados diretamente na Constituição Federal, podendo apenas ser regulamentados por lei ordinária. Exceção às situações jurídicas que constituem o que definimos como aspecto ético do critério material da RME, visto que, além das que estão positivadas na Carta Magna (que a doutrina clássica costuma referir como “inelegibilidades constitucionais”), outras situações impeditivas da aquisição da elegibilidade relacionadas ao aspecto ético somente poderão ser definidas respeitando-se os limites estatuídos pelo art. 14, §9º, da Lei Maior, quais sejam: a fixação por meio de lei complementar (limite formal), com a finalidade de tutelar determinados bens jurídicos (a probidade administrativa, a moralidade, bem como a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do poder de autoridade) e, ainda, por prazo definido (limites materiais).

Enfim, o cerne desta teoria da elegibilidade – que tem sido objeto de nossas formulações – consiste no seguinte e singelo raciocínio: Se o nacional preencher todos os critérios da hipótese normativa da regra matriz de elegibilidade, incidirá a regra jurídica que lhe confere o direito público subjetivo de candidatura; caso contrário, o sujeito permanecerá inelegível³¹.

30 “Assim, a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos e o alistamento eleitoral podem, enquanto *pressupostos de elegibilidade*, ser reduzidos à condição de eleitor”. MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 104.

31 SALUM, Vinícius Dourado Loula. Entre a teoria clássica e a teoria do fato

3.2 A certidão de quitação eleitoral como requisito de registrabilidade

E quanto aos documentos de instrução do pedido de registro de candidatura, previstos no art. 11, §1º, da Lei nº 9.504/97, dentre eles a certidão de quitação eleitoral?

Tais documentos na realidade constituem instrumentos de natureza probatória exigidos pelo sistema jurídico para que a autoridade competente (Juiz Eleitoral) possa aferir, no momento do pedido de registro de candidatura, e os critérios gerais e abstratos da RME estão presentes ou não, aplicando, assim, a norma de elegibilidade ao caso concreto³². Vários destes documentos de instrução, inclusive, atualmente são dispensados de sua apresentação quando da formalização do requerimento de registro de candidatura (RRC), na medida em que as circunstâncias fáticas que visam atestar já constam dos bancos de dados da Justiça Eleitoral.

Trata-se, afinal, da dinâmica por meio da qual o sistema jurídico se movimenta com vistas a interferir efetivamente sobre a conduta humana, o que é feito através do chamado ciclo de positivação do Direito:

Sempre que se produz uma linguagem jurídica, alguém está aplicando uma norma, mediante um processo que denominamos positivação. Positivar, assim, é passar da abstração para a concretude das normas jurídicas, o que se efetiva, necessariamente, por meio de um ato humano³³.

jurídico: apontamentos para uma nova dogmática em matéria de (in)elegibilidade. *Revista do TRE-RS*, Porto Alegre, ano 26, n. 51, p. 45-74, jul./dez. 2021

32 SALUM, Vinícius Dourado Loula. A regra matriz de elegibilidade e as “condições de registrabilidade”: uma análise lógico-semântica do procedimento de registro de candidatura. *Revista Populus*, Salvador, n. 9, p. 125-150, dez. 2020.

33 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 446

É o próprio sistema jurídico, inclusive, que prescreve o modo por meio do qual a autoridade competente deve colher o acontecimento do mundo factual (um mero evento) para fazê-lo adentrar nos domínios do jurídico: Exige-se, para tanto, a linguagem das provas. É a esta realidade do fenômeno jurídico que se refere Fabiana Del Padre Tomé:

Essa movimentação das estruturas do direito em direção à maior proximidade das condutas intersubjetivas exige a certificação da ocorrência do fato conotativamente previsto na hipótese da norma que se pretende aplicar. Mas, para que o relato ingresse no universo do direito, constituindo fato jurídico, necessário que seja enunciado em linguagem competente, quer dizer, que seja descrito consoante às provas em direito admitidas. Observa-se, aí, importante função da linguagem das provas no sistema do direito. É por meio delas que se compõe o fato jurídico, em todos os seus aspectos (conduta nuclear; tempo e espaço), bem como o sujeito que o praticou e sua medida³⁴.

Portanto, a certidão de quitação eleitoral não ostenta natureza de condição de elegibilidade, mas constitui simples documento de instrução do registro, a ser levado em consideração pelo Juiz Eleitoral (autoridade competente) para fins de aferição, in concreto, da incidência de um ou mais dos critérios da regra matriz de elegibilidade. Vale dizer, portanto, que estamos tratando de mero requisito ou condição de registrabilidade.

Neste específico ponto, Frederico Franco Alvim adota raciocínio similar, notadamente quando o autor se refere à condição de registrabilidade como uma “formalidade exigida quando da apresentação do pedido de registro de candidatura”, apartando-a tanto das condições de elegibilidade

34 TOMÉ, Fabiana Del Padre. Teoria do fato jurídico e a importâncias das provas. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Constructivismo lógico-semântico*. 2. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2020. v. 1, p. 325-352. p. 342.

– que “não extrapolam o rol do art. 14, §3º, da Constituição” – quanto das causas de inelegibilidade³⁵. Embora reafirmando os pressupostos da teoria clássica da elegibilidade (com a qual não concordamos), Ruy Nestor Bastos Mello, no entanto, adverte que “a quitação eleitoral não configura uma condição de elegibilidade típica, consistindo apenas no termo de certificação, firmado pela Justiça Eleitoral, de que o cidadão, presumivelmente, goza da integridade de seus direitos políticos”³⁶.

Porém, o que aqui constitui objetivo de nossa proposta teórica vai ainda mais além. No que se refere à certidão de quitação eleitoral, o que precisa ser identificado – para fins de aplicação da norma de elegibilidade – é o motivo para a não expedição da certidão, e não a ausência do documento per se. É que o cidadão-eleitor (sujeito ativo da RME) pode deixar de obter a quitação eleitoral por motivos diversos, seja por não estar no pleno gozo dos seus direitos políticos ou simplesmente por ter alguma multa de natureza eleitoral pendente de pagamento.

Se o motivo causador do impedimento guardar relação de pertinência com os critérios da regra matriz de elegibilidade (e isto, adiante-se, somente ocorrerá na hipótese de não quitação por motivo de suspensão ou perda dos direitos políticos), então a não quitação eleitoral constituirá óbice legítimo ao registro de candidatura. Do contrário, se o sujeito não estiver quite perante a Justiça Eleitoral por qualquer outro motivo, inclusive por não ter apresentado contas de campanha, seu direito de candidatura jamais poderá ser ocluso³⁷.

35 ALVIM, Frederico Franco. *Curso de direito eleitoral*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 132.

36 MELLO, Ruy Nestor Bastos. *Teoria da elegibilidade*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 128.

37 SALUM, Vinícius Dourado Loula. A regra matriz de elegibilidade e as “condições de registrabilidade”: uma análise lógico-semântica do procedimento de registro de candidatura. *Revista Populus*, Salvador, n. 9, p. 125-150, dez. 2020. Registre-se que, em seu Teoria da Elegibilidade, Ruy Nestor Bastos Mello conclui de modo diverso. Para o

A Justiça Eleitoral, contudo, tem sufragado entendimento diverso. A tese jurisprudencial, de resto defendida por grande parte da doutrina, é de que a quitação eleitoral seria, ela própria, uma condição de elegibilidade. O TSE se baseia, em resumo, no seguinte raciocínio: A norma do art. 14, §3º, da CF/88 seria de eficácia contida, remetendo ao legislador ordinário a definição das condições de elegibilidade nela previstas, donde surgiria, dessarte, a certidão de quitação eleitoral como um requisito para o efetivo preenchimento do pleno exercício dos direitos políticos. Quem não está quite perante a Justiça Eleitoral não estaria apto a candidatar-se.

Diante da consagração desta primeira premissa – aliada ao entendimento da Corte no sentido de que a certidão de quitação eleitoral pode ser regulamentada por simples Resolução (segunda premissa) –, não nos causa espécie que a consequência (conclusão) da adoção destas teses questionáveis seja precisamente esta: A criação de obstáculos indevidos ao direito de candidatura por meio do abuso do poder regulamentar do TSE, a exemplo do que ocorre na hipótese tratada pela Súmula nº 42, que dá azo ao artigo 80, inciso I, da Resolução nº 23.607/2019.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA Nº 42 DO TSE E DO ART. 80, I, DA RESOLUÇÃO Nº 23.607/2019

Por meio da Resolução nº 21.823/2004, aprovada pelo Processo Administrativo (PA) nº 19.205/DF, o TSE definia que o conceito de quitação eleitoral reuniria, dentre outras circunstâncias, “a regular prestação

autor, enquanto a obrigação do pagamento de multas eleitorais “traduz-se em condição de elegibilidade materialmente inconstitucional, por ausência de qualquer racionalidade jurídica em condicionar a elegibilidade ao pagamento de multas de natureza fiscal”, por outro lado “a exigência de apresentação das contas afigura-se, sim, adequada à natureza jurídica de condição de elegibilidade, por se tratar de um encargo objetivo que todos os interessados devem atender [...]”. (MELLO, Ruy Nestor Bastos. *Teoria da elegibilidade*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 130-136).

de contas de campanha eleitoral, quando se tratar de candidatos”³⁸. Atualmente, entretanto, a abrangência da certidão de quitação eleitoral encontra-se expressa no §7º do artigo 11 da Lei de Eleições:

A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral³⁹.

A redação do dispositivo não é das melhores. Porém, destacamos o vocábulo “exclusivamente” para aludir ao intuito do legislador ordinário de estabelecer, taxativamente, as únicas situações fático-jurídicas que poderão ser objeto de certificação pelo órgão expedidor; além disso, importante registrar o deslocamento da exigência de regularidade da prestação de contas para a simples “apresentação” das mesmas como motivo suficiente para a quitação eleitoral.

Tem-se aqui uma clara atuação do Congresso Nacional no sentido de pôr limites ao poder normativo do TSE. A propósito, tal dispositivo legal fora incluído em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 12.034, de 2009, aprovada com o assumido escopo de evitar que a ausência

38 BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral*. Resolução nº 21.823, de 15 de junho de 2004. Quitação eleitoral. Abrangência. Pleno gozo dos direitos políticos. Exercício do voto. Atendimento à convocação para trabalhos eleitorais. Inexistência de multas pendentes. Prestação de contas de campanha. Registro de sanções pecuniárias de natureza administrativa previsto no Código Eleitoral e na Lei nº 9.504/97. Pagamento de multas em qualquer juízo eleitoral. Aplicação analógica do art. 11 do Código Eleitoral. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2004. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2004/resolucao-no-21-823-de-15-de-junho-de-2004>. Acesso em: 21 jun. 2024.

39 BRASIL. *Lei nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 21 jun. 2024.

de regulamentação da matéria continuasse “abrindo espaço para que a Justiça Eleitoral criasse regras por meio de Resoluções”⁴⁰.

Não poderia ser diferente, na medida em que a certidão é ato infralegal: “consiste num ato administrativo de cunho declaratório, que explicita a existência ou a inexistência de um fato ou de um ato, caracterizando-se pela presunção relativa de veracidade quanto aos seus termos”⁴¹. Por meio da certidão de quitação, a Justiça Eleitoral, no exercício da sua função administrativa, expede apenas um ato de “administração verificadora”, que se insere dentre aqueles “que visam a apurar ou documentar a preexistência de uma situação de fato ou de direito”⁴². Ademais, segundo classificação de Hely Lopes Meirelles, trata-se de um “ato administrativo enunciativo”, por meio do qual a administração “se limita a certificar ou a atestar um fato”⁴³.

O referido ato enunciativo será expedido pela Justiça Eleitoral exclusivamente para certificar as situações expressamente indicadas no §7º do art. 11 da Lei de Eleições, inclusive *a plenitude do gozo dos direitos políticos, que – cumpre-nos de antemão destacar – diz com a inexistência de quaisquer das causas taxativas de privação dos direitos políticos previstas no art. 15 da Carta Magna*.

É que o pleno exercício dos direitos políticos, condição de elegibilidade elencada no art. 14, §3º, II, da CF/88, refere-se à não incursão

40 BRASIL. *Projeto de Lei nº 5498, de 2009*. Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que “estabelece normas para as eleições”. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2009]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetratamacao?idProposicao=440269&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 21 jun. 2024.

41 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 261.

42 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 417

43 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 218.

do cidadão nas hipóteses de perda ou suspensão que foram estabelecidas como *numerus clausus* no art. 15, “injustificando-se qualquer outra prevista em lei infraconstitucional, seja lei complementar ou ordinária”⁴⁴. Reitere-se: “as causas de mitigação das prerrogativas políticas são as expressamente constantes na Constituição (art. 15), não podendo outras ser acrescentadas por interpretação *praeter legem*”⁴⁵.

O grande problema, entretanto, começa a surgir em duas situações correlatas: 1ª) Quando a Justiça Eleitoral atribui à certidão de quitação eleitoral o caráter de ato constitutivo da plenitude dos direitos políticos, hipótese em que o referido documento deixa de ser apenas um ato de administração verificadora, de cunho enunciativo, destinado a atestar a existência ou inexistência de determinadas situações fático-jurídicas pré-existent; e 2ª) Quando, a pretexto de coibir a conduta omissiva dos candidatos no que concerne ao dever constitucional de prestação de contas, o órgão eleitoral *utiliza-se da vedação à emissão da certidão de quitação eleitoral para impedir – sem respaldo no ordenamento jurídico – o legítimo exercício do direito de candidatura*.

Exemplo destas situações encontramos, por exemplo, na análise dos autos do PA nº 19.899/GO, em que o TSE, antes da vigência da Lei 12.034/2009, aprovou proposta de alteração da Resolução nº 22.715/2008 para estabelecer que a vedação à emissão da certidão de quitação eleitoral deveria perdurar, no mínimo, até o fim do mandato para o qual concorreram os candidatos omissos quanto ao dever de prestação de contas de campanha – orientação que, posteriormente, deu ensejo à edição da Súmula nº 42⁴⁶.

44 NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Lineamentos de direito eleitoral: comentários e legislação. Porto Alegre: Síntese, 1996. p. 57.

45 VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. Elementos de direito eleitoral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 77.

46 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Súmula nº 42*. A decisão que julga não

Por ocasião dos debates, o questionamento do Min. Joaquim Barbosa indica o mote principal que norteou os trabalhos da Corte: “Como pode o candidato obter financiamento público de fundo partidário, não prestar contas e não sofrer nenhuma consequência, passados os quatro anos?”.

Como sói ocorrer num Estado de Direito, a resposta ao referido questionamento deveria ser encontrada na lei (em sentido formal) – único veículo introdutor de normas capaz de impor a consequência esperada pelo Ministro. Daí, portanto, a pertinente observação do Min. Marcelo Ribeiro no sentido de que a regra de impedimento à quitação eleitoral lhe pareceria de “constitucionalidade duvidosa”, concluindo mais adiante: “Porque isso é uma penalidade que estamos criando: desaprovou as contas, fica inelegível por quatro ou oito anos, dependendo do cargo pleiteado”.

Porém, *a existência ou não de uma norma legal prescrevendo a consequência jurídica para a não apresentação das contas não foi objeto de consideração pela Corte*. Prevaleceu, ao cabo, o desprezo pelo direito positivo⁴⁷. Registre-se, ademais, a abordagem proposta pelo Min. Joaquim Barbosa, com esteio na teoria clássica da elegibilidade, no sentido de que a ausência de quitação eleitoral não constituiria propriamente uma causa de inelegibilidade, pois tratar-se-ia de “requisito de elegibilidade”, não

prestadas as contas de campanha impede o candidato de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu, persistindo esses efeitos, após esse período, até a efetiva apresentação das contas. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2016. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-42>. Acesso em: 19 mar. 2024.

47 Não por outro motivo é que o legislador posteriormente aprovou a Lei nº 12.034/2009, alterando a redação do art. 105 da Lei de Eleições, fazendo consignar expressamente que a competência normativa do TSE deve observar certos limites: “*atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei*”. (BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 21 jun. 2024).

havendo, assim, “vedação à fixação do prazo pelo qual considerar-se-á não-quite aquele que deixar de prestar contas”. Este argumento ainda recebeu o apoio do Presidente, Min. Carlos Ayres Britto, reconhecido por defender a existência de condições de elegibilidade implícitas, fundadas numa imprecisa noção de “vida pregressa” e “moralidade”, tal como aludira em seu próprio voto: “Essas condições de elegibilidade correspondem a virtudes, a predicados que o pretendente à candidatura não pode deixar de ter”.

Já que não haveria vedação à fixação de um lapso temporal para a não quitação eleitoral, o TSE poderia tê-lo estabelecido por um período superior a uma legislatura ou, talvez, por muito mais tempo... Só não fixara um impedimento *ad aeternum* porque a proposta, ao cabo, recebeu algum temperamento do Min. Felix Fischer, assentando que a não quitação deveria se estender, no mínimo, até o fim do mandato para o qual tenha concorrido o candidato, subsistindo o impedimento de emissão da quitação eleitoral, após este período, até que sejam finalmente apresentadas as contas.

Tudo isto, repita-se, sem qualquer assento na lei, atendendo apenas aos perigosos anseios pragmáticos da nossa Corte Superior.

Não é difícil de perceber que, neste aspecto, o TSE fora levado por um certo *xerifismo*⁴⁸, este gêmeo-siamês do *fichalimpismo* – movimentos que nasceram de uma mesma raiz: o moralismo *jurídico-eleitoral*⁴⁹. Vem

48 Fazemos referência, aqui, à expressão usada por Isaac Newton Carneiro em relação a alguns agentes públicos responsáveis por funções de controle junto aos Tribunais de Contas. Dada a pertinência com o tema, transcrevemos sua arguta observação: “O julgamento das contas não decorre de um procedimento livre simplesmente baseado na atividade de controle do tribunal. Aliás, este é um grande erro de alguns profissionais que, atuando nos organismos públicos, quando tomados de ‘xerifismo’, propondo fazer a ‘lei funcionar’ a qualquer custo e acabando com ‘o mundo errado que sempre está à espreita’ fazem do procedimento de controle terra de ninguém, quebrando direitos e praticando condutas inaceitáveis contra o estado de direito”. (CARNEIRO, Isaac Newton. *Manual de direito municipal brasileiro*. Salvador: P&A Editora, 2016. p. 343-344).

49 Em sua nota à 9ª edição do “Instituições de Direito Eleitoral”, Adriano Soares

a calhar, neste sentido, as palavras de Carissa Fonseca Maia:

Este viés moralizador e pragmático da Justiça Eleitoral é facilmente percebido especialmente ao tratar dos temas decorrentes da capacidade eleitoral passiva, pois neste assunto soma-se, como dito, a pauta da demonização da classe política. Por consequência, tem-se a expressão e prestígio da judicialização eleitoral sob o fundamento de promover uma ‘faxina moral’ nos quadros políticos do país.

O denunciado moralismo jurídico, talvez por ser deliberadamente um movimento que rejeita o formalismo e porque propaga a retórica de um regime de guardiães judiciais a despeito da política legislativa, parece não ter uma preocupação relevante com a legalidade e a segurança jurídica, comprometendo-se, inclusive, a própria afirmação normativa da Constituição⁵⁰.

Esta, afinal, é a ratio que orientou mais adiante a edição da Súmula nº 42 e do artigo 80, I, da Resolução nº 23.607/2019 do TSE, ainda vigente com a seguinte redação:

Art. 80. A decisão que julgar as contas eleitorais como não prestadas

da Costa adverte: “Já há algum tempo tenho chamado a atenção para o que denominei de ‘moralismo eleitoral’, um fenômeno perigoso que tem invadido a cidadela da jurisprudência eleitoral. [...] É isso, afinal, do que se trata: o moralismo eleitoral não respeita a Constituição Federal nem o ordenamento jurídico. Em nome da ética na política, às favas com os escrúpulos. Trata-se, pois, de uma adulteração da interpretação das normas jurídicas eleitorais pela aplicação de critérios acentuadamente morais, muitas vezes em aberta divergência com o próprio ordenamento jurídico posto”. (COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 10. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 18).

50 MAIA, Clarissa. Reflexões sobre a elegibilidade e as suas consequências jurídicas diante do metaprincípio da universalidade dos direitos políticos. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Elegibilidade e inelegibilidades*. Org. Luiz Eduardo Peccinin. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3). p. 89-110. p. 103.

acarreta:

I - à candidata ou ao candidato, o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral até o fim da legislatura, persistindo os efeitos da restrição após esse período até a efetiva apresentação das contas;⁵¹.

Registre-se que, mesmo que o interessado requeira a regularização da sua situação, apresentando as contas perante o Juízo competente (de forma extemporânea), o impedimento à quitação eleitoral somente deixará de persistir após o fim da legislatura. *Disto decorre, portanto, que a não prestação de contas de campanha impede o candidato de obter a certidão de quitação eleitoral por um período mínimo de 4 (quatro) anos (correspondente a uma legislatura), afetando sensivelmente sua capacidade eleitoral passiva neste interim, já que a certidão seria, na esteira da teoria preconizada pelo TSE, repita-se, um “requisito de elegibilidade”.*

A inconstitucionalidade do referido dispositivo regulamentar é patente, e fora declarada, em caráter incidental, pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE-PR), no julgamento do Recurso Eleitoral nº 0600316-49.2020.6.16.0182 – Campo Magro/PR, em que o Regional assentou o seguinte:

[...] 1. A despeito da inegável importância da prestação de contas no âmbito do processo eleitoral, a previsão do art. 83, I da Res.-TSE 23.553/2017 não se amolda ao que prevê a Constituição Federal em seus arts. 14, §§ 3º e 4º - ao estabelecer as condições

51 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatas ou candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 21 jun. 2024.

de elegibilidade - e tampouco nos §§ 6º, 7º e 9º do mesmo artigo - ao tratar das causas de inelegibilidade, de modo que é forçoso reconhecer sua inconstitucionalidade: (i) seja porque não há qualquer vínculo acerca do prazo de impedimento à candidatura por quatro anos - derivado da falta de prestação de contas - com as condições de elegibilidade ou causas de inelegibilidade previstas na CF ou na LC 64/1990; (ii) bem como porque a previsão do art. 11, § 7º da Lei das Eleições, ao versar sobre a certidão de quitação eleitoral, faz referência apenas à ‘apresentação de contas de campanha eleitoral’, não estabelecendo qualquer prazo de restrição de direitos para além dessa providência. [...]’⁵².

Fazendo alusão ao referido precedente, Anna Paula Oliveira Mendes igualmente aponta o vício de inconstitucionalidade do art. 80, I, da Resolução TSE 23.607/2019:

A restrição ao direito político fundamental de elegibilidade trazida pelo artigo 80, I, da Resolução TSE 23.607/2019 se mostra incompatível com a ordem jurídica brasileira, pois apresenta vícios de legalidade e constitucionalidade. Isso porque a norma: 1) representa uma exorbitância do poder regulamentar do TSE; 2) viola a reserva de lei complementar em matéria de inelegibilidade; e 3) não passa pelo crivo do princípio da proporcionalidade⁵³.

52 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (Plenário). *Recurso Eleitoral nº 0600316-49.2020.6.16.0182 Paraná*. Registro de candidatura – vereador – ausência de condição de registrabilidade. Recorrente: Ricardo de Paula Trindade. Recorrido: Coligação Trabalho Sêrio e Resultado. Relator: Desembargador Roberto Ribas Tavarner, Curitiba-PR, 24 fev. 2021.

53 MENDES, Anna Paula Oliveira. A negativa de quitação eleitoral em prestação de contas extemporânea. *Conjur*, São Paulo, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-17/mendes-negativa-quitacao-eleitoral-prestacao-ex-temporanea/>. Acesso em: 16 mar. 2024.

Ocorre que, levado o caso à nossa Corte Superior, esta, no afã de defender a constitucionalidade da exigência de certidão de quitação eleitoral como condição para o exercício do jus honorum, foi ainda mais além em sua jurisprudência restritiva de direitos. O TSE não apenas reafirmou que a quitação eleitoral seria uma condição de elegibilidade prescrita por lei ordinária e regulamentada via Resolução – o que, conforme o modelo teórico que temos proposto, é algo que viola o núcleo constitucional da regra matriz de elegibilidade –, mas ainda estabeleceu o seguinte:

[...] 1. O TSE há muito firmou a compreensão de que a norma do art. 14, § 3º, da CF é de eficácia contida, remetendo ao legislador ordinário (e não à lei complementar) a definição das condições de elegibilidade nela previstas. Nesse pormenor, a Lei nº 9.504/1997 previu, no art. 11, § 1º, VI, como requisito para o pleno gozo dos direitos políticos, que o candidato estivesse quite com a Justiça Eleitoral. A partir dos contornos contidos no § 7º do mesmo artigo, coube ao TSE a regulamentação da quitação eleitoral, o que sempre fez por meio de resolução, no exercício da sua competência normativa prevista no art. 1º, § 1º, do Código Eleitoral. 2. O art. 11, § 7º, da Lei nº 9.504/1997 dispõe que a certidão de quitação eleitoral abrangerá a apresentação de contas de campanha eleitoral. Nessa toada, esta Corte Superior firmou a compreensão de que a decisão que julga não prestadas as contas de campanha impede o candidato de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu, persistindo esses efeitos, após esse período, até a efetiva regularização das contas, sendo esse o teor da Súmula nº 42/TSE e das resoluções expedidas por esta Corte Superior para regulamentar as eleições [...]⁵⁴.

54 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060031649/PR. Prestação de contas referente à campanha de 2016 julgada não prestada. Relator: Min. Edson Fachin, 24 de fevereiro de 2022. *Diário da*

Detemo-nos um pouco mais neste julgado, trazendo à colação, outrossim, os argumentos tecidos pelo Relator, Min. Edson Fachin, para refutar a natureza de requisito de registrabilidade que parte da doutrina corretamente atribui à certidão de quitação eleitoral:

A classificação estatuída pela doutrina deve ser vista cum grano salis, na medida em que a forma de demonstração do cumprimento das exigências constitucionais e legais para que determinado cidadão seja candidato é por meio de instrumentos escritos e, quando estes documentos não estão em posse imediata do cidadão, é necessária a criação desse instrumento a partir de uma determinada base de dados. É o caso da certidão de quitação eleitoral.

É por meio dessa certidão que se expõe uma das facetas do pleno exercício dos direitos políticos (art. 14, § 3º, inciso II, da Constituição Federal), especificamente em relação ao cumprimento das obrigações legais impostas a todos na seara eleitoral⁵⁵.

Em certa medida, conforme dissemos alhures (no tópico 3.2), a certidão de quitação eleitoral de fato consiste em um instrumento probatório a serviço do órgão eleitoral para que este, consultando sua base de dados, possa aferir a elegibilidade do postulante, mas apenas em relação a um dos critérios exigidos para exercício do direito de candidatura: especificamente, a plenitude do gozo dos direitos políticos. Considerando que a Constituição estabeleceu que “A exigência da plenitude de direitos

Justiça Eletrônica do Tribunal Superior Eleitoral: Brasília, DF, n. 40, 9 mar. 2022. p. 78.

55 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060031649/PR. Prestação de contas referente à campanha de 2016 julgada não prestada. Relator: Min. Edson Fachin, 24 de fevereiro de 2022. *Diário da Justiça Eletrônica do Tribunal Superior Eleitoral*: Brasília, DF, n. 40, 9 mar. 2022. p. 78.

políticos impõe que o nacional não esteja submetido às restrições decorrentes da suspensão ou da perda de direitos políticos (CF, art. 15)”⁵⁶, é por meio da referida certidão que são verificadas, portanto, a ocorrência ou não das hipóteses taxativas de privação dos direitos políticos previstas no art. 15 da CF/88.

É esta, a nosso ver, a única interpretação consentânea com o princípio da atipicidade eleitoral, ou da estrita legalidade em matéria eleitoral ou, ainda, da vedação à restrição dos direitos políticos, por meio do qual se impõe que “a interpretação de certos temas eleitorais, como a inelegibilidade, por exemplo, deverá sempre ocorrer restritivamente”⁵⁷, haja vista que “No Direito Eleitoral brasileiro, em que não se estiver restringindo direitos políticos, não cabe ao intérprete fazê-lo”⁵⁸.

Todavia, o que o TSE tem sufragado neste precedente e em vários outros julgados, conferindo – pela via de um atalho hermenêutico – o status de condição de elegibilidade à famigerada certidão de quitação eleitoral e indeferindo pedidos de registro de candidatura tão somente pela ausência do documento, é a transmutação da natureza jurídica da certidão, que deixa de ser um mero ato de administração verificadora e passa a ser, ela própria, uma condição, pressuposto ou requisito para o pleno gozo dos direitos políticos. É a subversão da lógica constitucional, através da qual se consagra o seguinte princípio não positivado: “sem certidão não há eleição”.

Abre-se, com isto, decerto uma porta escancarada para uma ilegítima, abusiva e absolutamente censurável cassação de direitos

56 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 803.

57 OLIVEIRA, João Paulo. *Direito eleitoral*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 47.

58 CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33.

políticos, tanto mais na hipótese de contas eleitorais julgadas como não prestadas pela Justiça Eleitoral, em que a restrição à emissão da certidão perdurará por um lapso temporal mínimo de 4 (quatro) anos (mesmo que, neste ínterim, o candidato regularize a sua situação), podendo, inclusive, estender-se para além deste período – indefinidamente – até que o candidato faltoso, enfim, apresente a prestação de contas de campanha.

É certo que nem mesmo o legislador complementar poderia estabelecer tamanha restrição ao direito fundamental de candidatura, já que a competência que lhe fora outorgada para prescrever “outros casos de inelegibilidade” impõe que seja previsto um determinado limite temporal para a inelegibilidade, que decerto “não pode ter caráter perene ou imutável, devendo a norma legal instituir ‘os prazos de sua cessação’”⁵⁹.

Por este motivo, aliás, ainda que a quitação eleitoral possa ser aceita como uma condição de elegibilidade legítima – hipótese que não defendemos –, “*a manutenção dos efeitos da ausência de quitação eleitoral para além da data em que as contas foram regularizadas configura manifesta inconstitucionalidade*”, conforme indicado na justificativa ao Projeto de Lei nº 4.499/2021 que atualmente tramita no Congresso Nacional⁶⁰.

Trata-se, mais uma vez, da tentativa de parlamentares de impor limites ao abuso do poder regulamentar do TSE, desta feita com a inserção de um inciso V no §8º do art. 11 da Lei nº 9.504/97 para considerar quites perante a Justiça Eleitoral os que “*tenham, até a data da formalização do seu pedido de registro de candidatura, apresentado as contas de*

59 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 19. ed. rev. atual. e ampl. Barueri: Atlas, 2023. p. 213.

60 BRASIL. *Projeto de Lei nº 4499, de 2021*. Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) para estabelecer regramento para prestação de contas de campanha apresentadas extemporaneamente. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=2312972>. Acesso em 21 jun. 2024.

campanha eleitoral”⁶¹.

O tema aqui tratado igualmente recebeu a atenção da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP) que, na I Jornada de Direito Eleitoral promovida pela Escola Judiciária Eleitoral (EJE) do TSE, apontou o problema da inconstitucionalidade do art. 80, I, da Res. TSE 23.607/2019 no seguinte enunciado: “*A negativa de quitação eleitoral por uma legislatura, no caso de prestação de contas eleitorais extemporâneas, constitui restrição indevida ao direito fundamental de elegibilidade*”. A despeito desta proposta não ter sido aprovada naquela oportunidade (notadamente por conflitar com a Súmula nº 42 da Corte Superior), as justificativas invocadas pela ABRADEP merecem ser novamente trazidas a lume, para fins de reflexão:

Não há dúvidas de que a Constituição de 1988 conferiu aos direitos políticos, previstos em seu artigo 14, o status de direitos fundamentais. Assim, tem-se que eventuais restrições a esses direitos devem ser impostas por lei (nesse caso, refere-se à lei em sentido formal), com fundamento direto na Constituição, e devem respeitar o princípio da proporcionalidade. No entanto, não é isso que se verifica no caso dos candidatos que cumprem integralmente o seu dever de prestação de contas em processo de regularização de contas. Em razão de previsão inaugurada por resolução do TSE, sem que haja disposição correspondente em sede legal ou constitucional, tais candidatos estarão impedidos de disputar um novo pleito ao longo de todo o curso do mandato para o qual concorreram anteriormente, isto é, por ao menos 4 anos, ainda que neste lapso de tempo tenham prestado integralmente contas da campanha, ainda que extemporaneamente, em processo de

61 BRASIL. *Projeto de Lei nº 4499, de 2021*. Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) para estabelecer regramento para prestação de contas de campanha apresentadas extemporaneamente. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=2312972>. Acesso em 21 jun. 2024.

regularização de contas (art. 80, I, da Resolução TSE 23.607/2019). Tal restrição ao direito político fundamental de elegibilidade se mostra incompatível com a ordem jurídica brasileira, pois apresenta vícios de legalidade e constitucionalidade. Isto porque a norma (i) representa uma exorbitância do poder regulamentar do TSE (art. 105, L. 9.504/97), (ii) viola a reserva de lei complementar em matéria de inelegibilidade (art. 14, § 9º, CF) e (iii) não passa pelo crivo do princípio da proporcionalidade⁶².

Na realidade, esta exorbitância do poder regulamentar do TSE surgiu desde que, a pretexto da operacionalização do pleito e atendendo a razões de ordem pragmática, a comunidade jurídica terminou aceitando certas mitigações ao princípio da estrita legalidade do direito eleitoral. E o próprio legislador, afinal, conforme destaca Eneida Desiree Salgado, concedera “um espaço de regulamentação ao Tribunal Superior Eleitoral”, apesar de que “não há competência normativa reconhecida constitucionalmente à Justiça Eleitoral. Tampouco poder regulamentar”⁶³.

Urge, portanto, que os atores envolvidos no estudo e aplicação das normas eleitorais empreendamos todo o ânimo no sentido de fechar esta “caixa de Pandora”⁶⁴, evitando danos ainda maiores ao exercício

62 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Portaria nº 360, de 1º de junho de 2021*. [Torna públicos, conforme deliberado pela Coordenação Geral e pela Comissão Científica, os achados relevantes da I Jornada de Direito Eleitoral. Os achados relevantes foram classificados dentre as propostas que, não obstante mereçam reflexão oportuna, não se mostraram compatíveis com as normas, súmulas e jurisprudência do TSE]. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/prt/2021/po-rtaria-no-360-de-1o-de-junho-de-2021>. Acesso em: 21 jun. 2024.

63 SALGADO, Eneida Desiree. O direito eleitoral sob a lente da Constituição: princípios constitucionais eleitorais e sua baixa efetividade no campo da legislação e da jurisdição eleitoral. In: PINHEIRO, Celia Regina de Lima; SALES, José Edvaldo Pereira; FREITAS, Juliana Rodrigues (coord.). *Constituição e processo eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 13-28. p. 26.

64 É por demais conhecida a alegoria. Conta-se que Epimeteu, irmão de Prometeu,

dos direitos políticos fundamentais do cidadão brasileiro. Espera-se, inclusive, que haja uma atuação mais firme do Congresso Nacional, seja na qualidade de legislador positivo, a quem compete, de fato, o exercício de competência legislativa em matéria eleitoral, ou mesmo para exercer a prerrogativa extraordinária de sustar disposições contra lei ou praeter legem decorrentes do abuso do poder regulamentar do TSE.

E se já for tarde demais para tamanha empreitada, resta-nos ainda – tal qual a estória da mitologia grega – a esperança numa autocontenção da Justiça Eleitoral.

5. CONCLUSÕES

Ao longo desta exposição assentamos que a Justiça Eleitoral detém competência para o exercício de múltiplas funções, dentre elas a jurisdição especializada de contas, de mesma natureza daquela que a Carta Magna outorgou aos Tribunais de Contas pátrios, e que deve ser exercida dentro dos limites inseridos na cláusula do devido processo legal. As consequências impostas aos jurisdicionados omissos quanto ao dever geral de prestação de contas perante a Justiça Eleitoral somente podem ser aquelas expressamente dispostas na lei (em sentido formal), incluindo a negativa de quitação eleitoral, tal como prevê o art. 11, §7º, Lei 9.504/97.

De acordo com a teoria da elegibilidade que temos sufragado,

teu, guardava em sua casa uma caixa de artigos nocivos. Aquela que lhe fora enviada por Júpiter para ser sua mulher, a personagem Pandora, *“tomada por uma impaciente curiosidade de conhecer o conteúdo dessa caixa e, certo dia, abriu a tampa para ver o que havia lá. Imediatamente, escaparam dali miríades de pragas sobre os homens – tais com a gota, o reumatismo e a cólica para o seu corpo, e a inveja, o despeito e a vingança para seu espírito –, que se espalharam para longe e por toda parte. Pandora apressou-se em colocar a tampa de volta sobre a caixa, mas, infelizmente, o conteúdo inteiro já havia escapado, tendo apenas restado uma única coisa no fundo dela, a esperança”*. (BULFINCH, Thomas. O livro da mitologia: histórias de deuses e heróis. Trad. Luciano Alves Meira. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 30-31).

fundada nos pressupostos da escola do constructivismo lógico-semântico, defendemos que a certidão de quitação eleitoral é um ato administrativo enunciativo, de cunho declaratório, emitido pela Justiça Eleitoral no exercício da função administrativa. Tem natureza jurídica de mero requisito de registrabilidade, de modo que sua ausência somente pode dar ensejo à negativa do direito de candidatura se o motivo para a não quitação for a ocorrência de alguma das hipóteses taxativas de privação dos direitos políticos adredemente dispostas no art. 15 da CF/88.

Reconhecemos, contudo, que o TSE acolhe tese diversa, por meio da qual a certidão de quitação seria, ela própria, uma condição de elegibilidade prevista em lei ordinária, e regulamentada por meio de Resolução. Forte em tais premissas, a Corte firmou compreensão no sentido de que a decisão que julgar as contas eleitorais como não prestadas acarreta o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral até o fim da legislatura, persistindo os efeitos da restrição, após esse período, até a efetiva apresentação das contas, nos termos do art. 80, I, da Resolução nº 23.607/2019 e da Súmula nº 42 – o que implica na vedação à elegibilidade por um período mínimo de 4 (quatro) anos.

Com o presente trabalho nos unimos às vozes daqueles que, diante deste abuso do poder regulamentar do TSE, respaldado por sua jurisprudência restritiva de direitos, apontam a necessidade de correção de rumos, a bem da garantia do exercício dos direitos fundamentais de participação, em especial o direito de candidatura. A nosso ver, temos aí a consagração de uma forma transversa e ilegítima de cassação de direitos políticos, em nome do moralismo eleitoral. É que a negativa de quitação eleitoral por uma legislatura, mesmo em caso de prestação de contas eleitorais extemporâneas (ou seja, ainda que, neste ínterim, haja a regularização da omissão), seria deveras incompatível com a ordem jurídica brasileira, constituindo em restrição indevida ao *jus honorum*.

Mas uma última palavra ainda é necessária: A abordagem desta

importantíssima matéria não deve se ater ao estudo de casos isolados – tal como este, especificamente relacionado à negativa de quitação eleitoral. Isto porque o problema da elegibilidade está fincado em raízes mais densas, requerendo, assim, um equacionamento teórico mais profundo. Este é o motivo pelo qual temos insistido na adoção de um outro método⁶⁵ de análise do Direito Eleitoral, propondo, assim, uma nova teoria da elegibilidade, à luz dos pressupostos teórico-metodológicos do construtivismo lógico-semântico.

Temos plena consciência de que teoria alguma, por mais fundamentada que seja, terá jamais a capacidade de elucidar, por completo, a totalidade e a complexidade inerente ao fenômeno jurídico. Porém, se houver dúvida em torno da utilidade de nossa proposta teórica para o estudo de questões relevantes do Direito Eleitoral, reafirmamos a certeza em torno de sua plena adequação, tanto mais porque o resultado – ao contrário do que se sucede com os partidários do moralismo eleitoral – tem sido a ampliação (e não a restrição) do exercício dos direitos políticos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Anderson; BARCELOS, Guilherme. Democracia e direitos políticos: os direitos políticos como condições de possibilidade para o regime democrático e o direito comparado. In: PINHEIRO, Celia Regina de Lima; SALES, José Edvaldo Pereira; FREITAS, Juliana Rodrigues (coord.). Constituição e processo eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

65 “O cientista está autorizado a escolher seu itinerário, mas isto em função do ponto de vista sob o qual estudará seu objeto. Deve descobrir a rota exata que conduza aos fins que persegue. O sucesso de uma investigação científica depende do método adotado. Sem um método que dê coerência e sentido à operatividade científica, as tentativas de conhecer desembocam em experimentos sem consistência”. (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 47).

p. 83-118.

ALVES, José Carlos Moreira. Pressupostos de elegibilidade e inelegibilidades. In: REZEK, José Francisco et al. (coord.). Estudos de direito público em homenagem a Aliomar Baleeiro. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1976.

ALVIM, Frederico Franco. Curso de direito eleitoral. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Processo nº 0318762-59.2012.8.05.0000. Classe: Mandado de Segurança. Relatora: Lisbete M. Teixeira Almeida Cézar Santos, 2 de julho de 2014.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4499, de 2021. Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) para estabelecer regramento para prestação de contas de campanha apresentadas extemporaneamente. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2312972>. Acesso em 21 jun. 2024.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5498, de 2009. Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que “estabelece normas para as eleições”. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2009]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=440269&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código

Eleitoral. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 6746, 19 jul. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Recurso Eleitoral nº 0600316-49.2020.6.16.0182 Paraná. Registro de candidatura – vereador – ausência de condição de registrabilidade. Recorrente: Ricardo de Paula Trindade. Recorrido: Coligação Trabalho SériO e Resultado. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Desembargador Roberto Ribas Tavararo, Curitiba-PR, 24 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 21.823, de 15 de junho de 2004. Quitação eleitoral. Abrangência. Pleno gozo dos direitos políticos. Exercício do voto. Atendimento à convocação para trabalhos eleitorais. Inexistência de multas pendentes. Prestação de contas de campanha. Registro de sanções pecuniárias de natureza administrativa previsto no Código Eleitoral e na Lei nº 9.504/97. Pagamento de multas em qualquer juízo eleitoral. Aplicação analógica do art. 11 do Código Eleitoral. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2004. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2004/resolucao-no-21-823-de-15-de-junho-de-2004>. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatas ou candidatos e sobre a prestação

de contas nas eleições. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Portaria nº 360, de 1º de junho de 2021. [Torna públicos, conforme deliberado pela Coordenação Geral e pela Comissão Científica, os achados relevantes da I Jornada de Direito Eleitoral. Os achados relevantes foram classificados dentre as propostas que, não obstante mereçam reflexão oportuna, não se mostraram compatíveis com as normas, súmulas e jurisprudência do TSE]. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/prt/2021/portaria-no-360-de-1o-de-junho-de-2021>. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula nº 42. A decisão que julga não prestadas as contas de campanha impede o candidato de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu, persistindo esses efeitos, após esse período, até a efetiva apresentação das contas. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2016. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-42>. Acesso em: 19 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 060031649/PR. Prestação de contas referente à campanha de 2016 julgada não prestada. Relator: Min. Edson Fachin, 24 de fevereiro de 2022. Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral: Brasília, DF, n. 40, 9 mar. 2022.

BULFINCH, Thomas. O livro da mitologia: histórias de deuses e heróis.

Trad. Luciano Alves Meira. São Paulo: Martin Claret, 2006.

CARNEIRO, Isaac Newton. Manual de direito municipal brasileiro. Salvador: P&A Editora, 2016.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o construtivismo lógico-semântico. In: CARVALHO, Paulo de Barros. (coord.). Construtivismo lógico-semântico. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2020. v. 1, p. 3-12.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. Direito eleitoral esquematizado. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONEGLIAN, Olivar. Eleições: radiografia da Lei 9.504/97. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

COSTA, Adriano Soares da. Instituições de direito eleitoral. 10. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COSTA, Adriano Soares da. Prestação de contas: processo administrativo e recursos. Blog Direito Eleitoral, [s. l.], 22 nov. 2008. Disponível em: <https://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/2008/11/prestao-de-contas-processo.html>. Acesso em: 16 mar. 2024.

COSTA, Tito. Recursos em matéria eleitoral. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. As funções jurisdicional e opinativa do tribunal de contas: distinção e relevância para a compreensão da natureza jurídica do parecer prévio sobre contas anuais dos prefeitos. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 19, n. 2, p. 42-115, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do tribunal de contas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 183-198, abr./jun. 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181721>. Acesso em: 25 mar. 2024.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Direito eleitoral: a efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura. Florianópolis: Habitus, 2018.

GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 19. ed. rev., atual. e ampl. Barueri: Atlas, 2023.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAIA, Clarissa. Reflexões sobre a elegibilidade e as suas consequências jurídicas diante do metaprincípio da universalidade dos direitos políticos.

In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.). Elegibilidade e inelegibilidades. Org. Luiz Eduardo Peccinin. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 3.). p. 89-109.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Ruy Nestor Bastos. Teoria da elegibilidade. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

MENDES, Anna Paula Oliveira. A negativa de quitação eleitoral em prestação de contas extemporânea. Conjur, São Paulo, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-17/mendes-negativa-quitacao-eleitoral-prestacao-extemporanea/>. Acesso em: 16 mar. 2024.

MENDES, Antônio Carlos. Introdução à teoria das inelegibilidades. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Lineamentos de direito eleitoral: comentários e legislação. Porto Alegre: Síntese, 1996.

OLIVEIRA, João Paulo. Direito eleitoral. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 400 questões. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SALGADO, Eneida Desiree. O direito eleitoral sob a lente da Constituição: princípios constitucionais eleitorais e sua baixa efetividade no campo da legislação e da jurisdição eleitoral. In: PINHEIRO, Celia Regina de Lima; SALES, José Edvaldo Pereira; FREITAS, Juliana Rodrigues (coord.). Constituição e processo eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 13-28.

SALUM, Vinícius Dourado Loula. A regra matriz de elegibilidade e as “condições de registrabilidade”: uma análise lógico-semântica do procedimento de registro de candidatura. Revista Populus, Salvador, n. 9, p. 125-150, dez. 2020.

SALUM, Vinícius Dourado Loula. Entre a teoria clássica e a teoria do fato jurídico: apontamentos para uma nova dogmática em matéria de (in) elegibilidade. Revista do TRE-RS, Porto Alegre, ano 26, n. 51, p. 45-74, jul./dez. de 2021.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. Teoria do fato jurídico e a importâncias das

provas. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Constructivismo lógico-semântico*. 2. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2020. v. 1, p. 325-352.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

MEMÓRIA



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

“EMENDA DANTE DE OLIVEIRA”
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 5, DE 1983

Dispõe sobre a eleição direta para Presidente e Vice-Presidente da República

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, no uso das atribuições que lhes confere o art. 49 da Constituição, promulgam a seguinte Emenda ao Texto Constitucional:

Art. 1º - Os arts. 74 e 148 da Constituição Federal, revogados seus respectivos parágrafos, passarão a vigor com a seguinte redação:

“Art. 74 - O Presidente e Vice-Presidente da República serão eleitos, simultaneamente, entre os brasileiros maiores de trinta e cinco anos e no exercício dos direitos políticos, por sufrágio universal e voto direto e secreto, por um período de cinco anos.

Parágrafo Único - A eleição do Presidente e Vice-Presidente da República realizar-se-á no dia 15 de Novembro do ano que anteceder ao término do mandato presidencial.”

(...)

“Art. 148 - O sufrágio é universal e o voto é direto e secreto; os partidos políticos terão representação proporcional, total ou parcial, na forma que a lei estabelecer.”

Art. 2º - Ficam revogados o art. 75 e respectivos parágrafos, bem como o § 1º do art. 77 da Constituição Federal, passando seu § 2º a constituir-se parágrafo único.

Justificação

Apresentamos esta Emenda com o intuito de restabelecer a eleição direta do Presidente e Vice-Presidente da República.

O que se colima é restaurar a tradição da eleição direta, através do voto popular, tradição esta fundamentalmente arraigada não só no Direito Constitucional brasileiro como também nas aspirações de nosso povo.

Desde a primeira Constituição republicana, a eleição direta do primeiro mandatário da Nação foi um postulado que se integrou na vida política do País. E os maiores Presidentes que o Brasil já teve vieram, todos eles, ungidos pelo consenso popular.

Não só a tradição constitucional, ou as aspirações populares militam em favor do restabelecimento do direito do povo de escolher o primeiro magistrado.

A legitimidade do mandato surge límpida, incontestada, se sua autoridade for delegação expressa da maioria do eleitorado.

Assim, o Presidente passa a exercer um poder que o povo livre e expressamente lhe conferiu. Este passa a ser o mais alto representante desse mesmo povo, que não somente o escolheu, mas apoiou suas ideias, seu programa, suas metas.

Difere do que ocorre com outros candidatos, escolhidos em círculos fechados e inacessíveis à influência popular e às aspirações nacionais. Um presidente eleito pelo voto direto está vinculado ao povo e com ele comprometido. As eleições diretas para Presidente da República pressupõem um novo pacto social. Serão as forças vivas da Nação, do assalariado ao empresariado, que irão formar a nova base social do poder. Um presidente eleito por um colégio eleitoral, não tem compromisso com o povo. Mas está diretamente vinculado àquelas forças que o apoiaram, no círculo diminuto e fechado que o escolheu.

Para completar o disposto no art. 74 e a revogação do art. 75 e seus parágrafos, bem como a do § 1º do art. 77, a proposta exclui do caput do art. 148 da Constituição Federal a ressalva constante das palavras “salvo nos casos

previstos nesta Constituição", bem como, seu parágrafo único, a fim de que fique expresso que o sufrágio é universal e o voto direto e secreto em todas as eleições.

Ao submetermos esta Proposta ao exame do Congresso Nacional, estamos certos de que seremos porta-vozes do anseio da Nação, da imensa maioria do nosso povo, que, há muito, acalenta esta aspiração, mais forte agora, após ter ressuscitado politicamente, com a última eleição direta para governador.

A presente Proposta de Emenda à Constituição deve ser vista, também, como a única solução à crise econômica, política e social porque passa o País.

A nós basta um mínimo de patriotismo, de honestidade e de sentimento humano, para entendermos que é hora de mudar.

DEPUTADOS: *Dante de Oliveira (mais 177)*

SENADORES: *Humberto Lucena (mais 23)*



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



ISSN 2446-9319



9 772446 931002



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA
ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA
1ª Av. do Centro Administrativo da Bahia, 150
CAB, Salvador - BA- 41.745-901 - Brasil
www.tre-ba.jus.br | eje@tre-ba.jus.br
55 71 3373-7445