



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOÃO PEDRO DE OLIVEIRA BRITO QUEIROZ

**PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA E AS FAKENEWS NAS
ELEIÇÕES: LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Salvador
2018

JOÃO PEDRO DE OLIVEIRA BRITO QUEIROZ

**PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA E AS FAKENEWS NAS
ELEIÇÕES: LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Monografia apresentada ao curso de Pós graduação em Direito Eleitoral, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção de especialização em Direito Eleitoral.

Orientador: Prof. Jaime Barreiros Neto

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO**JOÃO PEDRO DE OLIVEIRA BRITO QUEIROZ****PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA E AS FAKENEWS NAS
ELEIÇÕES: LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Eleitoral, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2018

Aos meus queridos pais.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte permanente de inspiração e sabedoria, por ter me dado força e determinação para superar as dificuldades.

A minha família, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. E em especial aos meus pais, por sempre confiarem em mim e por me proporcionarem esta oportunidade de concretizar e encerrar mais uma caminhada da minha vida. Não medindo esforços pra que este sonho se realizasse.

A todos os meus amigos e colegas que sempre me ajudaram e me incentivaram tornando mais leve a caminhada.

“Não sabendo que era impossível, **foi lá e fez**”

Jean Cocteau

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal da República
Min.	Ministro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TRE	Tribunal Regional Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 PROPAGANDA POLÍTICA

2.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

2.2 ESPÉCIES DE PROPAGANDA POLÍTICA

2.2.1 Propaganda partidária

2.2.2 Propaganda intrapartidária

2.2.3 Propaganda institucional

2.3 PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA OU EXTEMPORÂNEA E SUAS EXCEÇÕES NORMATIVAS

2.3.1 Ponderações sobre a sanção da propaganda eleitoral antecipada

3 PROPAGANDA ELEITORAL

3.1 CONCEITO

3.2 PRINCÍPIOS DA PROPAGANDA ELEITORAL

3.2.1 Princípio da Legalidade

3.2.2 Princípio da Liberdade

3.2.3 Princípio da Igualdade Formal

3.4 FORMAS DE PROPAGANDA ELEITORAL, OS LIMITES INFRACONSTITUCIONAIS E SANÇÕES

3.4.1 Propaganda eleitoral na internet

3.4.2 Propaganda eleitoral em bens públicos, naquele cujo uso depende de cessão ou permissão do Poder Público e nos de uso comum

3.4.3 Propaganda eleitoral em bens particulares

3.4.4 Propaganda eleitoral na televisão e rádio

3.4.5 Propaganda eleitoral na imprensa escrita

4. PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA E AS FAKENEWS NAS ELEIÇÕES: LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

4.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO PRINCÍPIO

4.2 PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA

4.2.1 Conceito

4.2.2 Limites Constitucionais

4.2.3 Posicionamento Jurisprudencial

4.3 FAKENEWS NAS ELEIÇÕES

4.3.1 Histórico e Conceito

4.3.2 Limites a Liberdade de Expressão na Propaganda Eleitoral nas Redes Sociais

5 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A propaganda eleitoral, sem dúvidas, é um dos importantes meios para a concretização da democracia. Sendo utilizada para garantir a soberania popular, através do direito ao voto.

A propaganda se remonta desde os tempos da Grécia Antiga, sendo utilizada pela Igreja Católica para propagar a fé cristã, serviu também aos regimes totalitários do século XX e na atualidade se utiliza de outros campos do conhecimento e de técnicas apuradas para conquistar a vontade do eleitor.

A propaganda política é o gênero sendo dividida em propaganda eleitoral, partidária, intrapartidária e institucional. Ao longo do trabalho, é discutida cada espécie, as mudanças legislativas, os posicionamentos da doutrina e jurisprudência.

Antes de adentrar no tema de propaganda eleitoral, é abordado a propaganda antecipada e suas exceções de permissão. O legislador brasileiro ao longo das alterações legislativas sofridas na Lei das Eleições foi caminhando por maior permissividade na chamada pré-campanha. Sendo feitas ponderações nas sanções quando desrespeitadas.

A propaganda eleitoral é voltada para a população de um modo geral, como forma de disseminar o nome a candidatura de um determinado candidato. Tendo como finalidade de convencer ao eleitor que aquele candidato é o melhor entre os postulantes.

Nesta temática, aborda-se os princípios norteadores, utilizando dos meios de propagação, que são na internet, bens públicos, particulares, rádio e televisão e escrito.

Na análise dessas formas de propaganda eleitoral, é feito um comparativo das mudanças legislativas, as limitações e sanções impostas pela legislação eleitoral.

Sendo discutida a liberdade de expressão como um princípio, e as limitações quando confrontados com outros.

A partir disso, é exposto um dos temas do trabalho que são as limitações da liberdade de expressão quando confrontados com a propaganda eleitoral negativa, opiniões estas contrárias aos candidatos no horário gratuito eleitoral.

Busca-se analisar o que a doutrina e jurisprudência entende sobre a propaganda eleitoral negativa. Mesmo existindo a liberdade de expressão, a propaganda eleitoral não pode ser utilizada de qualquer forma. Encontrando limitações constitucionais e infraconstitucionais, sendo feita uma ponderação no alcance desse direito fundamental.

Os meios utilizados para caluniar, difamar, injuriar e informações inverídicas na propaganda eleitoral, pois este tutela o interesse público, não são toleradas quando confrontados com a liberdade de expressão.

Outro tema é o fenômeno da fakenews, que tem virando um assunto global, e na esfera eleitoral tem provocado grandes debates. Sendo utilizado nas redes de computadores, para propagar notícias falsas de candidatos, detalhando o conceito e as limitações impostas pela legislação e também as considerações sobre o limite constitucional da liberdade de expressão na internet.

2. PROPAGANDA POLÍTICA

2.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

A propaganda significa divulgar, publicar, difundir, promover, propagar, anunciar, expandir, disseminar, revelar através de meios que tornem a informação comum para as pessoas. Utilizando-se de meios de comunicação em massa ou digital com objetivo de influenciar as opiniões e ou impressões, desenvolver certos pensamentos nas pessoas, de modo que possibilite uma atração ou rejeição a certo tipos de ideias, tornando-as propensas a um dado sistema ideológico, econômico, político, religioso ou social. (GOMES, 2011, p.311)

A origem da propaganda se remete a Roma e a Grécia Antiguidade, utilizava nas festas populares e ações estatais com vistas a divulgação para a sociedade. (GOMES, 2011, p.312)

A Igreja Católica usou para propagar a doutrina e a fé cristã, além de estabelecer os modos de comportamentos dos fiéis. Foi também decisivo para a burguesia liberal contra a monarquia absolutista. (GOMES, 2011, p.312)

A propaganda foi bastante utilizada desde a primeira década do séc. XX, contribuindo para ascensão dos regimes totalitários de esquerda e direita.

Ela provocou grandes marcos, como a revolução comunista, fascismo, bolchevismo, o nazismo e as invasões de 1940, nas mãos dos ditadores servia de um instrumento de manipulação coletiva, sendo base para a perpetuação e manutenção de poder.

Na Segunda Guerra Mundial foi bastante utilizada pelos exércitos da Espanha, através dos comissários políticos. Na França se usava dos folhetos e volantes. E na China com a transformação ao comunismo. Nos Estados Unidos, por meio de Kennedy, figura que sabia usar a televisão, foi um dos maiores propagadores dos meios de comunicação e da propaganda eleitoral.

No Brasil, o primeiro a se utilizar da propaganda foi Prudente de Moraes, por meio dos comícios. Em seguida, Getúlio Vargas, o primeiro candidato a contratar um profissional da propaganda.

Outro momento histórico no país, foi com as eleições de 1989, primeira eleição pós ditadura militar, cujos protagonistas foram Lula e Fernando Collor, sendo este último utilizado da propaganda para divulgar momentos negativos do outro candidato, tendo apoio ostensivo da mídia para este fim.

Com os avanços científicos em todas áreas, a propaganda se utilizou da psicologia, ciência esta que investiga a consciência humana e seus reflexos no comportamento.

É comum entre as pessoas, associarem propaganda e publicidade como se fossem a mesma coisa. Mas, são significados totalmente diferentes.

A propaganda possui objetivos um pouco mais pretensiosos, não se satisfazendo com a divulgação, mas desejando, mesmo, inculcar a ideia no consciente (ou subconsciente) do interlocutor.

Não por acaso, a palavra tem origem no latim *propagare*, que por sua vez, deriva de *pangere*, que quer dizer plantar, enterrar. Já a publicidade é um conceito mais genérico, que remete ao tornar público um fato, uma ideia. (LOPES, 2012, p.215)

Na publicidade o objetivo principal é vender o produto, serviço, marca, provocar o desejo e tornar atraente e prazeroso para o consumidor, tendo caráter econômico-comercial. Não se preocupando com a verdade, não apresenta compromisso com a realidade, muitas vezes se utiliza da fantasia e imaginário das pessoas.

Já a propaganda o foco é na comunicação ideológica. Por esses motivos, não pode se confundir com a publicidade (marketing).

Apesar disso, hoje se tornou corriqueiro para propaganda se utilizar de métodos e técnicas da publicidade. Sabe-se que o voto, não resulta em apenas escolha racional, os fatores psicológicos e emocionais são considerados no processo decisivo.

O discurso político valendo-se disso, constroem o discurso mais baseado na emoção, em como atingir o psicológico e agradar o eleitor, do que realmente trazer propostas concretas sobre os diversos temas importantes para o país.

Não restando dúvidas, que a propaganda política na modernidade, o eleitor se transformou em consumidor.

Com isso, o objetivo é transformar o político em uma imagem atraente, ressaltar as qualidades, vender um sujeito que prega a honestidade e transparência, que combate os maus feitos e sempre se colocar como o novo, rejeitando os políticos tradicionais.

Nas mais recentes propagandas, os políticos estão se vendendo como não políticos, e sim como meros gestores. No sentido de se desvincular com os modelos e as práticas da “velha política”.

No mais, a propaganda política é definida por divulgar ideologias partidárias e candidatos com vistas a obtenção ou manutenção do poder estatal.

Para Djalma Pinto (2010, p.253), ela é voltada para a polis, compreende-se tudo que é voltado a cidade, Estado, a maneira de governá-la. Tendo em vista a conquista do poder, que é a prevalência de uma posição para ocupar os cargos eletivos. Tem como objetivo também divulgar a população sobre as atividades e realizações do governo.

Segundo a citação de Ramaya (2011, p.437), “não podemos esquecer as sábias palavras do filósofo Jean Baudrillard, a propaganda é uma forma de venda, é uma técnica de influenciar a opinião pública”.

O autor faz referência a uma obra de João Camilo de Oliveira Torres, citando Bartlet, apresenta um conceito de propaganda “exerce uma magia que já levou povos e nações ao extremo”. Devendo dar conhecimento da verdade, mas nem sempre os objetivos são alcançados.

Ramaya (2011, p.438), expõe de forma superficial a tese dessa monografia, que é a contrapropaganda, segundo ele é uma forma de atacar as teses dos adversários, desmontando os temas, utilizando técnicas de pormenores dúbios da vida privada, o que poderá gerar ofensas à honra e o direito de resposta, inclusive em alguns casos a tipificação penal.

Defende ainda que:

a propaganda legítima, normal e hígida é aquela que garante as liberdades políticas e o pluralismo como formas naturais de alternância do poder dentro de uma sociedade. Não se manipula a propaganda em busca do poder

absoluto, intangível e vitalício, por ser ele essencialmente transitório e o manipulante ser um dia o próprio manipulado.

Devendo garantir ao cidadão o desenvolvimento da opinião eleitoral de forma livre, não estando vinculado aos assuntos da propaganda eleitoral.

Aplica-se também a propaganda política, da mesma maneira que a Constituição Federal no seu art. 221 determina que a produção e programação das emissoras de rádio e televisão, devem atender aos princípios da finalidade educativas, artísticas, culturais e informativas, bem como o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

2.2 ESPÉCIES DE PROPAGANDA POLÍTICA

A propaganda política abrange a propaganda eleitoral, partidária, intrapartidária e institucional. Sendo expostas a seguir.

2.2.1 Propaganda partidária

A propaganda partidária era utilizada para difundir os programas da agremiação, transmitir mensagens aos filiados dos eventos e das atividades dos partidos, divulgar a posição ideológica em temas políticos, entre outros.

Era feita de forma exclusiva e genérica, não podia ser vinculada a um pleito específico e nem mencionar os pretensos candidatos. Tinha como propósito obter novos filiados e simpatizantes aos partidos políticos.

Na lição de GOMES (2011, p.320), a propagada partidária consiste:

divulgação das ideias e do programa do partido. Tem por finalidade facultar-lhe a exposição e o debate público de sua ideologia, de sua história, de sua cosmovisão, de suas metas, dos valores agasalhados, do caminho para que seu programa seja realizado, enfim, de suas propostas para a melhoria ou transformação da sociedade. Com isso, a agremiação aproxima-se do povo, ficando sua imagem conhecida e, pois, fortalecida. Pode haver confronto de opiniões, teses, propostas de soluções para problemas nacionais, regionais ou locais, mas sempre à luz do ideário partidário

Nas palavras de Alexandre Ramos (2016, p.94), a finalidade da propaganda era difundir os programas partidários, dar comandos aos filiados, a fim de que cumpram os programas definidos pelas agremiações. Além disso, divulgar as posições partidárias sobre os mais diversos temas para a população, afim de angariar simpatizantes.

No mesmo sentido Joel Cândido (2008), a propaganda partidária é “a divulgação genérica e exclusiva do programa e da proposta política do partido, fora da eleição, sem menção a nomes de candidatos a cargos eletivos, exceto os partidários, visando angariar adeptos ao partido”.

Era regulamentada na Lei dos Partidos Políticos no art. 45 e seguintes. Com o advento da Lei nº 13.487, de 6 de outubro de 2017, em seu art.5º, extinguiu a propaganda partidária no rádio e na televisão a partir de 01 de janeiro de 2018, revogando os artigos 45,46,47,48 e 49 e parágrafo único do art.51 da Lei nº 9.096/1995.

A propaganda partidária era levada a efeito mediante transmissão por rádio e televisão, de forma gratuita. A gratuidade era relativa, pois o Poder Público ficava obrigado em fazer compensação tributária ao veículo transmissor, por conta da cedência do horário gratuito.

Um dos fatores da extinção da propaganda partidária, foi por conta que em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, através da ADI nº 4650, declarou inconstitucional os dispositivos legais da Lei das Eleições e dos Partidos Políticos que autorizam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

Por conta disso, os legisladores brasileiros, como forma de compensar a perda do financiamento empresarial das campanhas políticas, criou o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), por meio da Lei nº 13.487/2017, com o valor da compensação tributária utilizada na propaganda partidária.

De acordo com o artigo 3 dessa Lei, o valor do Fundo será calculado da seguinte maneira:

Art. 3º O valor a ser definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, para os fins do disposto no inciso I do **caput** do art. 16-C da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, será equivalente à somatória da compensação fiscal que as emissoras comerciais de rádio e televisão receberam pela divulgação da propaganda partidária efetuada no ano da publicação desta Lei e no ano imediatamente anterior, atualizada monetariamente, a cada eleição, pelo

Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou por índice que o substituir.

Por conta da criação do Fundo Partidário, foi sepultado a propaganda partidária.

Era um importante meio de divulgação das propostas, correntes e ideologias dos partidos políticos, enfraquecendo de vez as agremiações. Corroborando com a tese que o eleitor brasileiro vota no candidato e não no partido político.

2.2.2 Propaganda intrapartidária

A propaganda intrapartidária implica dizer que é uma faculdade ao filiado de uma agremiação partidária em se candidatar fazer sua promoção dirigida aos demais integrantes.

Ao seu turno, a propaganda intrapartidária “objetiva tornar o filiado conhecido no âmbito do partido, a fim de que seja escolhido candidato em convenção” (ROLLO, 2010, p.138).

Por ser restrita ao seio partidário, essa espécie de propaganda política não pode se realizar através do rádio, televisão ou qualquer meio de grande exposição. Segundo a Resolução n° 23.551/17 do TSE, a propaganda só pode ser realizada por meio de faixas e cartazes, próximos ao local da convenção, devendo ser retirada imediatamente após o ato.

É o que dispõe no §§1° e 2° do art.1° da Resolução n° 23.551/17 do TSE, vejamos:

§ 1° Ao postulante a candidatura a cargo eletivo é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, inclusive mediante a fixação de faixas e cartazes em local próximo ao da convenção, com mensagem aos convencionais, vedado o uso de rádio, televisão e *outdoor*.

§2° A propaganda de que trata o § 1° deverá ser imediatamente retirada após a respectiva convenção.

A propaganda em tela só poderá ser realizada nos 15 (quinze) dias que antecedem a data prevista para convenção. O desvirtuamento, quer dizer, utilizando da propaganda intrapartidária para os eleitores e não os convencionais, pode sujeitar-se ao responsável uma multa, sendo previsto no art.36, §3° da Lei das Eleições.

2.2.3 Propaganda institucional

A Constituição Federal em seu art. 37 consagrou diversos princípios da Administração Pública, um deles é o da publicidade. Sendo um direito de todos e dever do Estado a prestação de informações de interesse público, de caráter informativo, educativo e de orientação social.

Nas lições de José Jairo Gomes (2011, p.370), no Estado Democrático de Direito, a transparência e a informação são regras de ouro. “Não se pode pretender configurado esse Estado onde os assuntos de interesse geral são ocultados; onde atos e comportamentos de autoridade públicas são escondidos dos olhos da população; onde os interesses privados afetados pela ação administrativa são mantidos sob sigilo; onde, enfim, informações necessárias para defesa de direitos são dificultadas ou sonegadas”.

Para Peccinin (2013, p.329) a propaganda institucional é “aquela autorizada por agente público, custeada por recursos dos entes da administração direta e indireta e destinada a divulgar, em caráter informativo e educativo (...)”

A propaganda institucional deve ser usada para divulgar os feitos e atos da Administração, de forma verídica, honesta e objetiva, sempre cumprindo com o dever constitucional de informação a sociedade.

É o que estabelece o art. 37, § 1º da Constituição Federal:

Art.37 (...)

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Coibindo nesse tipo de propaganda, as condutas de promoção pessoal de agentes públicos, seja por meio de menção de nomes, símbolos ou imagens que possam de alguma forma estabelecer o vínculo entre o pessoal e o objeto divulgado.

Não pode a autoridade pública se utilizar de dinheiro público, por meio da propaganda institucional, com o fim da promoção pessoal-eleitoral.

Uma das formas que o legislador encontrou para tentar coibir essas práticas, foi através do art.74 da Lei Eleitoral, no qual diz que configurado o abuso de autoridade a infringência ao disposto no §1º do art. 37 da Constituição Federal, fica o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou diploma.

Além disso, no art. 73, também proíbe os agentes públicos utilizar dessa ferramenta. Vejamos a seguir:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público;

Outrossim, o artigo 73, VI, b, da mesma norma, proíbe, nos três meses que antecedem o pleito, a realização de publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral. Na proibição não está incluída a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado.

No primeiro semestre do ano da eleição, é proibido realizar despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito (LE, art. 73, VII).

Esta norma é de grande importância para o equilíbrio do jogo eleitoral, principalmente para aqueles candidatos em reeleição.

Nas palavras de Djalma Pinto (2010, p.278), muitos candidatos à reeleição, utilizam-se da propaganda institucional maciça nos horários nobres nos canais de televisão. Tornando patente, o desvio de finalidade, cabendo a Justiça eleitoral coibir esses abusos, podendo até mesmo ensejar a cassação do registro de candidatura.

Nos ensinamentos do jurista, o fim desse tipo de propaganda institucional não ensejou nenhum tipo de esclarecimento e informação para população, mas apenas para preparar o eleitor, através de informações incessantes, para sufragar o

responsável pela condução da Administração, que disputará a reeleição. A utilização desse tipo de artifício, causa o desequilíbrio da disputa eleitoral.

No caso de descumprimento, o candidato beneficiado, agente público ou não, fica sujeito a cassação do registro de diploma (LE, art.73, § 5º).

2.3 PROPAGANDA ANTECIPADA OU EXTEMPORÂNEA E SUAS EXCEÇÕES NORMATIVAS

Antes de adentrarmos no conceito, princípios e espécies de propaganda eleitoral, é necessário abordar um tema muito importante na seara eleitoral, que é a propaganda antecipada.

A propaganda antecipada ou extemporânea é um tema que oscila muito devido as constantes mudanças na legislação eleitoral, cada eleição era um entendimento diferente por parte da jurisprudência nacional.

Com as alterações legislativas advindas das Leis 12.034/2009, Lei 12.891/2013 e a Lei 13.165/2015 no art.36-A da Lei das Eleições, que versa sobre o tema, diminuiu as lacunas legislativas, trazendo maior segurança jurídica para os envolvidos no pleito eleitoral.

Sendo demonstrada a seguir, a evolução jurisprudencial do TSE com seus recentes entendimentos.

A jurisprudência antiga do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) era que a propaganda antecipada é “qualquer manifestação que, antes dos três meses anteriores ao pleito, leve ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que somente a postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou as razões que levam a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública” (R-Rp nº 203745, rel. Min. Marcelo Ribeiro).

A jurisprudência mais recente do TSE, firmada já sob a vigência da Lei 13.165/2015, é no sentido de que, “com a regra permissiva do art. 36-A da Lei nº 9.504, de 1997, na redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015, retirou-se do âmbito de caracterização

de propaganda antecipada a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos e outros atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet, desde que não haja pedido expresso de voto” (RP 294-87, rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 9.3.2017).

No julgamento da Representação nº 0601161-94.2017.6.00.0000 que tinha como Representado Luiz Inácio Lula da Silva, o ministro relator do caso o Sr. Ministro Admar Gonzaga, faz uma análise da evolução jurisprudencial sobre o tema.

Nas palavras do Ministro na redação originária do art.36 da Lei 9.504/97 não continha um maior detalhamento nas hipóteses de enquadramento da propaganda extemporânea, apenas tratava dos marcos temporais, possibilidade da propaganda intrapartidária e da vedação de propaganda partidária gratuita no segundo semestre da eleição.

Sob o amparo dessa redação os julgados da Corte Eleitoral eram no sentido de que a propaganda antecipada se caracterizava não apenas a partir de menções diretas e ostensivas ao pleito ou à candidatura, mas as referências indiretas e subliminares que indicassem que o beneficiário era o mais apto para exercer o cargo.

Para o magistrado o Tribunal tinha uma concepção ampla sobre o tema, reprimindo diversas condutas, elencando diversas como: “comparação entre administração; entrevista concedida em jornal; afixação de outdoor com foto e nome de potencial candidato; mensagem em propaganda partidária com destaque a obras e programas de governo; veiculação de publicidades com mensagem de felicitação natalícia ou de ano-novo”, entre outros temas.

Seguindo análise do magistrado, esse comportamento da jurisprudência fazia com que a Justiça Eleitoral pudesse tutelar maior o princípio da igualdade de chances. Entretanto, o vetor interpretativo era muito mais elástico, subjetivo, julgando muitas vezes sem o lastro técnico e até mesmo sem provas.

Conduzindo a um ambiente de extrema insegurança jurídica, porque tantos os eleitores, candidatos, imprensa e os demais pessoas envolvidas no processo eleitoral não detinham de parâmetros objetivos, ficando a cargo apenas das interpretações do poder judiciário.

Com o advento da Lei 12.034/2009, buscou-se parâmetros mais seguros e foi inserido o art. 36-A na Lei 9.504/07, trazendo quatro exceções a propaganda eleitoral antecipada. A saber:

Art. 36-A. Não serão consideradas propaganda antecipada e poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet:

I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições;

III - a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; ou

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral.

Em seguida, o legislador editou a Lei 12.891/2013, ampliando as hipóteses permissivas do art.36-A, permitindo a manifestação e o posicionamento pessoal sobre temas políticos através das redes sociais.

Com isso, lembra o ministro, o posicionamento do Tribunal começou a evoluir, traçando ideias mais objetivas sobre a propaganda eleitoral extemporânea, existindo diversos julgados sobre o novo posicionamento.

Segundo o Ministro Dias Toffoli: “Para a caracterização da propaganda eleitoral extemporânea é necessário que haja referência ao cargo, à candidatura e pedido explícito de voto” (REspe 3628-84, Min. Dias Toffoli, DJE de 18.9.2014).

Um outro importante julgado sobre o tema é na Representação 0600028-80.2018.6.00.0000-DF, proposta pelo Ministério Público Eleitoral, em face de apoiadores do pré-candidato Jair Messias Bolsonaro em municípios da Bahia, afirma o órgão ministerial que esses estavam praticando propaganda eleitoral extemporânea, por meio de afixação de outdoors, além disso as peças estavam sendo replicadas nas redes sociais.

A representação tinha pedido de liminar, com isso foi julgado pelo Ministro Luiz Fux, em que negou a liminar, expondo em seu voto, diversos julgados da Corte Eleitoral sobre o tema. Senão vejamos:

EMENTA: ELEIÇÕES 2018. TUTELA CAUTELAR. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. OUTDOOR. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES. PEDIDO INDEFERIDO.

Cuida-se de representação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral em face de Girlna Outdoor Ltda – EPP e JFC Construções Ltda, tendo como *causa petendi* suposta prática de propaganda eleitoral extemporânea, por meio de afixação de *outdoor* em via pública no Município de Paulo Afonso/BA. O Juiz de 1º grau declinou da competência por versar o feito sobre eleição presidencial e determinou o encaminhamento dos autos a este Tribunal Superior.

O Ministério Público Eleitoral afirma que os representados veicularam propaganda antecipada em favor da candidatura do Deputado Federal Jair Bolsonaro à Presidência da República, por meio de *outdoor*. Notícia que as peças de propaganda estão sendo replicadas em publicações nas redes sociais.

Requer, liminarmente, a remoção de todos os *outdoors* veiculados nos Municípios de Paulo Afonso, Glória e Santa Brígida. No mérito, pleiteia a condenação dos representados à multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei das Eleicoes.

É o relatório. Decido.

Ab initio, verifico que não estão presentes os requisitos autorizadores para a concessão de medida liminar. Explica-se.

O art. 36, *caput*, da Lei das Eleicoes preconiza que a propaganda eleitoral somente é admitida após 15 de agosto do ano das eleições. A *ratio essendi* subjacente à vedação legal é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, de sorte a desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral. Dito de outro modo, o legislador erigiu um ponto de partida para que todos os candidatos somente possam divulgar suas projetos, ideias e plataformas políticas, a fim de amealhar votos e, em consequência, lograr êxito no certame.

A despeito de sua questionável constitucionalidade, por implicar cerceamento duvidoso à liberdade de expressão justamente no momento cuja proliferação de ideias deve atingir o ápice (período eleitoral), a indigitada proibição não deve ser interpretada de forma estanque e isolada. Com efeito, ela compõe uma equação normativa com o art. 36-A da Lei das Eleicoes, cuja redação restou ampliada pela Minirreforma Eleitoral de 2015, ao assentar, categoricamente, que não se qualificam como propaganda antecipada o pedido expresso de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: (i) participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico; (ii) realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e às expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; (iii) realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos; (iv) divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; (v) manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais.

Antes mesmo da alteração promovida no art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015, a jurisprudência deste Tribunal Superior já definia o pedido de voto como um dos requisitos necessários à caracterização da propaganda antecipada. Vejamos os seguintes precedentes que sufragam esse entendimento:

“ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL DO REPRESENTADO. PROVIMENTO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. POSTAGEM EM FACEBOOK. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1. De acordo com precedentes do Tribunal Superior Eleitoral (anteriores, inclusive, à Lei 13.165/2015), o mero ato de promoção pessoal não é suficiente para a caracterização da propaganda eleitoral extemporânea, para a qual se exige pedido expresso de voto, o que não se verifica na espécie.

2. A aferição de propaganda eleitoral antecipada deve ser realizada a partir de dados e elementos objetivamente considerados, e não conforme intenção oculta de quem a promoveu.

3. Com o advento da Lei 13.165/2015 e a consequente alteração sucedida no âmbito do art. 36-A da Lei das Eleicoes, bem como até mesmo já considerando a evolução jurisprudencial do tema, a configuração da infração ao art. 36 da Lei 9.504/97, em face de fatos relacionados à propaganda tida por implícita, ficou substancialmente mitigada, ante a vedação apenas ao pedido explícito de votos e com permissão da menção à pré-candidatura, exposição de qualidades pessoais e até mesmo alusão a plataforma e projetos políticos (art. 36-A, I, da Lei 9.504/97).

4. ‘A propaganda eleitoral antecipada - por meio de manifestações dos partidos políticos ou de possíveis futuros candidatos na internet -, somente resta caracterizada quando há propaganda ostensiva, com pedido de voto e referência expressa à futura candidatura, ao contrário do que ocorre em relação aos outros meios de comunicação social nos quais o contexto é considerado’ (REspe 239-79, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 22.10.2015).

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgR-REspe nº 9365/DF, Rel. Min. Admar Gonzaga, DJe de 11/9/2017);

“ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA MEDIANTE OUTDOOR. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE VOTO E DE REFERÊNCIA A PLEITO FUTURO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NA REPRESENTAÇÃO E AFASTAR A MULTA IMPOSTA. RAZÕES DO RECURSO QUE NÃO ENSEJAM A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na linha da recente jurisprudência do TSE, a referência à candidatura e a promoção pessoal dos pré-candidatos, desde que não haja pedido explícito de votos, não configuram propaganda extemporânea, nos termos da nova redação dada ao art. 36-A pela Lei 13.165/15. Precedente: AgR-REspe 12-06/PE, Rel. Min. ADMAR GONZAGA, DJe 16.8.2017.

2. O TRE de origem entendeu haver propaganda antecipada com a divulgação, por meio de outdoor, da mensagem ODELMO LEÃO E ARNALDO SILVA. JUNTOS PELA SAÚDE. JUNTOS POR UBERLÂNDIA.

3. De acordo com o atual entendimento deste Tribunal Superior, desde que inexistente pedido expresso de votos, a referência à candidatura e a promoção pessoal dos pré-candidatos não configuram propaganda eleitoral extemporânea. Assim, não se pode confundir ato de mera divulgação de mensagem com referência à gestão do recorrente no serviço público de saúde mantido no Município de Uberlândia/MG, registrada no acórdão recorrido, com propaganda eleitoral extemporânea.

[...]

5. Agravo Regimental a que se nega provimento". (AgR-REspe nº 621/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 29/9/2017).

A suposta propaganda eleitoral extemporânea contém uma foto do Deputado Federal Jair Bolsonaro ao lado do seguinte texto: "BRASIL ACIMA DE TUDO, DEUS ACIMA DE TODOS" BOLSONARO
PELA HONRA, MORAL E ÉTICA
PAULO AFONSO - BA"

Dessa forma, verifica-se, em juízo perfunctório, não estarem presentes os elementos caracterizadores da propaganda eleitoral extemporânea, nos termos do art. 36-A da Lei Eleitoral. *Ex positis*, indefiro o pedido de medida liminar.

(Rp nº 06000288020186000000/ DF, Rel. Min. Geraldo Og Niceas Marques Fernandes, DJE 02/02/2018)

Contextualizando com os citados julgados do TSE, as polêmicas em torno da pré-campanha só acabaram com os adventos das Leis 12.034/2009, Lei 12.891/2013 e a Lei 13.165/2015 alterando o art.36-A da Lei 9.504/1997, trazendo hipóteses legais que não caracterizam a propaganda eleitoral antecipada.

Logo no caput desse artigo, traz a possibilidade de transmissão dos atos por meios de comunicação social, algo que não era nem mencionado na redação anterior. Acabando de vez com as discussões em torno das coberturas via Facebook, Twitter, Instagram, etc.

Analisaremos cada inciso desse artigo. A seguir:

O Inciso I traz a seguinte redação:

"a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico".

O legislador permitiu que os pré-candidatos pudessem expor suas ideias, discutir os grandes temas de interesse comum, sem caracterizar propaganda irregular. Dando margem para população analisar os políticos sobre os mais diversos assuntos de interesse da sociedade.

A expressão "desde que não haja pedido de votos", foi revogada pela Lei nº 13.165/2015, deixando apenas a igualdade de condições aos demais.

Essa expressão era apenas uma repetição desnecessária, pois já que qualquer pedido, mesmo que implícito, caracterizará propaganda eleitoral irregular. Continuando a interpretação que os entrevistados não podem fazer nenhuma menção ao pedido de votos, sob pena de violação a isonomia do pleito.

No que diz respeito ao tratamento isonômico, nos cargos majoritários é muito mais fácil e possível do que nas proporcionais, devido ao grande número de pré-candidatos. Devendo os partidos buscar uma solução possível para prestigiar a todos um comportamento isonômico.

Já no inciso II indica o que julga não ser propaganda antecipada: “a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária”.

Os encontros elencados pelo inciso, geralmente são frequentados por filiados e simpatizantes, desde que seja custeado pelos partidos políticos. Tendo como finalidade reunir mais filiados e a divulgação deve ser feita apenas por instrumentos intrapartidária. Essa alteração não sofreu nenhum efeito prático, já que a propaganda intrapartidária nunca se caracterizou como propaganda eleitoral.

O inciso III trata sobre as prévias partidárias e divulgação nas redes sociais, o que pode, a depender do conteúdo caracterizar propaganda antecipada.

Nas observações de Alexandre Ramos (2015, p.71) “Ora, se o inciso cuida de divulgação intrapartidária, ao dar ampla divulgação nas redes sociais, o que era “endógeno” passa a ter efeito “exógeno”, já que atingirá eleitores. Talvez este tenha sido o motivo da inserção”.

O inciso IV traz a permissão da “divulgação de atos parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos”. Não caracterizando conduta ilegal a divulgação dos atos e feitos do trabalho parlamentar.

E por fim, o inciso V, o dispositivo mais permissivo da mudança legislativa, “manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais”. Permitiu aos políticos uma maior interação com os internautas, sobre os

posicionamentos dos mais diversos temas, e até uma certa aproximação com o público-eleitor mais novo.

Sobre o tema Arthur Rollo (2015) pontua sobre as mudanças na propaganda antecipada. Vejamos:

Agora passa a ser permitida inclusive a divulgação da pré-candidatura, acompanhada do pedido de apoio político, das ações políticas pretéritas e futuras, em entrevistas e nas redes sociais, por exemplo. O que não pode acontecer é o pedido de voto. Nesse sentido, cai toda a jurisprudência do TSE a respeito da propaganda antecipada, porque o pedido de apoio político acaba sendo um pedido implícito de voto, e porque a divulgação das ações políticas visa passar ao destinatário a ideia de que o postulante é o mais apto ao exercício do cargo pretendido.

Manifestações políticas públicas, na imprensa e nas redes sociais, tendem a aumentar, mas não configuram propaganda antecipada se não vierem acompanhadas do pedido explícito de voto.

Com todas essas alterações legislativas acontecidas desde 2009, o tema sobre propaganda extemporânea foi ficando menos nebulosa, sofrendo uma menor interferência da justiça eleitoral, alargando mais o que pode ser feito antes do dia 15 de agosto, que é a data oficial do início da propaganda eleitoral.

A última mudança legislativa em 2015, serviu para compensar o escasso tempo de veiculação da propaganda eleitoral, em torno de 40 (quarenta) dias.

Embora isso ajudou e muito a maioria dos pretensos candidatos, começaram a surgir na doutrina diversos temas de questionamento, o principal é o custo dessa pré-campanha.

Uma das exceções do art.36-A é no caso do inciso VI, que no caso dos encontros para divulgar ideias, objetivo e propostas partidárias, tem que ser expensas do partido político, ou seja, tem que haver a prestação de contas.

Nota-se que esta exceção geralmente é para os pré-candidatos a cargos majoritários, tem acesso ao fundo partidário, controle do partido. Já o candidato a eleição proporcional ficou essa lacuna.

Ana Paula Mendes (2018) faz uma ponderação sobre ausência de previsão legal que a jurisprudência entenda que só serão permitidos os atos de promoção pessoal que não importem custo. Hoje é muito difícil ter um ato que importe custo, tudo representa um valor, o mais diminutivo que seja.

Mas segundo o princípio da legalidade, a omissão legislativa não pode significar proibição, é ao contrário, permissão.

Seguindo os pensamentos da autora os atos de promoção pessoal agora são legais, não tendo o poder de ferir a isonomia entre os postulantes, estes não podem ser punidos por apresentarem um custo.

Defende que a os atos de promoção social não devem estar alheios ao controle da justiça eleitoral, apesar de ser livre, não pode conter o pedido explícito de voto.

Entretanto, se for constatado que o pretense candidato se utilizou de um montante considerável de dinheiro, de modo que desequilibra o jogo eleitoral, caberá à justiça eleitoral intervir e coibir, para não se ter o abuso do poder econômico.

2.3.1 Ponderações sobre a sanção da propaganda eleitoral antecipada

Com as recentes mudanças legislativas e por conseguinte evolução da jurisprudência sobre a propaganda antecipada. É necessário fazer uma abordagem crítica nos casos em que fere o art.36-A da Lei das Eleições, configurando propaganda antecipada irregular.

Abordado de forma exaustiva no item anterior, o art.36-A vem ao longo dos anos ganhando mais exceções, diminuindo a margem de interpretação do magistrado, devendo ser analisado caso a caso.

Antes a Lei 9.504/97, configurava como propaganda irregular qualquer tipo que antecederesse o período de campanha. Entretanto, com a reforma eleitoral implementada com a Lei 13.165/2015, proíbe apenas o pedido explícito de votos, mas os pré-candidatos podem fazer referência a “pretensa candidatura”.

Ficando de lado o trinômio adotado pela jurisprudência que era “menção a candidatura”, “menção a cargo pretendido” e “pedido explícito de votos”, restando apenas esse último.

O pedido de votos, de acordo com o art.36 da Lei das Eleições só pode feito a partir do início da propaganda eleitoral, sendo em 15 de agosto do ano das eleições.

Nos casos em que o pré-candidato faça pedido explícito de voto, é tida como propaganda eleitoral antecipada ou extemporânea, considerada, portanto ilícita, podendo o infrator ficar sujeito à multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou com valor equivalente ao custo da propaganda, se este for maior, é o que está disciplinado no art.36, §3º da Lei das Eleições.

A legislação eleitoral repele a propaganda eleitoral antecipada, com aplicação de multa, tendo como objetivo preservar o princípio da igualdade e o equilíbrio do jogo eleitoral.

Entretanto, é necessário fazer algumas ponderações sobre a aplicação da sanção nos casos de propaganda eleitoral antecipada.

Edson Resende (2010, p.226) observa que a multa deve ser aplicada ao responsável pela divulgação da propaganda, aquele que promoveu. Nem sempre é o candidato, o infrator propriamente dito, principalmente nas grandes cidades que tem os coordenadores de campanhas, simpatizantes e os cabos eleitorais. A multa só deve ser aplicada ao candidato, quando ficar demonstrado que teve seu “prévio conhecimento”.

Em recente artigo André Castro e Tiago Ayres (2018) comentam sobre a questão do prévio conhecimento do candidato, ao dizer que os gestos e apoios de forma espontânea aos pré-candidatos realizados por cidadãos de todo o país, feitas através de reuniões, carreatas e outdoors, tomaram uma proporção tão grande, tornando quase impossível, principalmente para os cargos majoritários, o prévio conhecimento.

Muitas das vezes os pré-candidatos não têm o conhecimento dos atos e veiculações, senão quando são notificados pela representação ou quando são noticiados pela imprensa. Considerado que não é razoável que os pré-candidatos tenham conhecimento, das diversas manifestações espalhadas por todo o vasto território nacional.

Defende que as supostas “propagandas irregulares”, seria um ônus considerável aplicar responsabilidade sobre, uma vez que é humanamente impossível controlar as manifestações.

Expõem que “exigir dos pré-candidatos vigilância sobre tais atos (como se sobre eles pudessem ter alguma ingerência) seria submetê-los a violência insuportável, pois os mesmos teriam que montar uma superestrutura, num país de dimensões como as do Brasil, para fiscalizar essas incontáveis manifestações espontâneas.”

Por isso, nas observações de Alexandre Ramos (2015 p.73) para aplicar a multa, deve haver o devido processo legal, garantia esta constitucional, sendo necessário um processo necessário, com direito ao contraditório e a ampla defesa. Além disso, deve-se considerar a gravidade da conduta e o seu alcance.

Lembra ainda que os juízes eleitorais, de acordo, com a Súmula 18 do TSE que “conquanto investido de poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei 9.504/97”.

O art. 40-B da Lei 9.504/91 diz que a representação relativa à propaganda irregular deve ser instruída com a prova do prévio conhecimento do beneficiário e que a responsabilidade do candidato “estará demonstrada se este, intimado da existência da propaganda irregular, não providenciar, no prazo de quarenta e oito horas, sua retirada ou regularização e, ainda, se as circunstâncias e as peculiaridades do caso específico revelarem a impossibilidade de o beneficiário não ter tido conhecimento da propaganda.”

3. PROPAGANDA ELEITORAL

3.1 CONCEITO

A propaganda eleitoral é voltada para a população de um modo geral, como forma de disseminar o nome a candidatura de um determinado candidato. Tendo como finalidade de convencer ao eleitor que aquele candidato é o melhor entre os postulantes.

Sendo considerada o meio legítimo de conquista de votos para determinado candidato ou partido, desde que respeite os limites impostos pela legislação eleitoral, sendo um meio livre, não dependendo de poder de polícia e nem de licença do poder público.

Trata-se de “espécie de propaganda que tem a finalidade precípua de divulgar ideias e programas dos candidatos [...] oportunidade que a legislação eleitoral atribuiu ao candidato para exteriorizar o símbolo real do mando representativo partidário” (RAMAYANA, 2012, p.442).

Já Djalma Pinto (2010, p.254) a propaganda eleitoral “é aquela feita por candidatos e partidos políticos, objetivando a captação de voto para investidura na representação popular. Está intimamente relacionada com o processo eletivo, visando a obter a simpatia do eleitor por ocasião da escolha de seus governantes”.

Para José Jairo Gomes (2011, p. 326) destina-se a captação de votos do eleitor, utilizada pelos candidatos, partidos políticos ou coligações e veiculadas em anos pares. Utilizada para divulgação de propostas e preparada para influir na vontade do eleitor.

Aline Moreira e Joana Sierra (2014, p.448) observa que a propaganda eleitoral apresenta “caracteres diversos da intra(partidária) e da publicidade institucional, suggestionando a finalidade de obter votos para os cargos eletivos, ao invés de propriamente difundir os programas partidários, escolher os candidatos nas convenções ou divulgar os atos e os serviços da Administração Pública”.

O Tribunal Superior Eleitoral, há muito, define como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura (mesmo que apenas postulada), a ação política que se pretende desenvolver ou as razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública (Acórdão nº 16.183, de 17.2.2000, rel. Min. Eduardo Alckmin).

A propaganda eleitoral deve ser a oportunidade para o debate de ideias e confronto de opiniões, desde que preserve a igualdade de oportunidades dos candidatos.

(...) o candidato deve ter liberdade para fazer sua propaganda eleitoral (porque a lei proíbe algumas condutas apenas a título de exceção), de outro, é necessário lembrar que imprescindível será a observância da igualdade de oportunidades, até mesmo em respeito ao direito que tem o eleitor à ampla informação sobre todos os candidatos, para a partir daí fazer sua escolha de forma livre de influências nefastas. A verdade é que sempre entendemos ser a propaganda eleitoral muito mais um direito do eleitor à ampla informação sobre cada um dos candidatos aos cargos públicos que um direito do candidato, a ser exercitado da forma como lhe convier. Por isso, deve ser ela lícita, informativa e não opressiva. Não pode criar na opinião pública, artificialmente, estados mentais, emocionais ou passionais (art. 242 do CE).

Seguindo os ensinamentos de Edson Resende de Castro (2010, p.221):

o direito que têm os candidatos e partidos políticos à propaganda eleitoral deve ser exercido nos limites do direito que também têm os eleitores de ser adequadamente informados a respeito das ideias defendidas por parte de cada um dos candidatos. Por isso é que vamos encontrar nas leis eleitorais vedações à propaganda que contenha afirmações inverídicas, injuriosas, caluniosas ou difamatórias, ou que abusem do poder econômico, políticos ou nos meios de comunicação social.

Para Guilherme Camargo (2012, p.47) a propaganda eleitoral “existe como um conjunto de técnicas e ferramentas físicas e virtuais que visam à divulgação e propagação de ideias visando informar e persuadir o eleitorado a tomar uma decisão quanto ao voto nas eleições”.

Leandro Stoco (2010, p.12) lembra que desde 1965 até o advento da Lei 9.504/1997, a propaganda eleitoral podia ser deflagrada com o término das convenções partidárias para a escolha de candidatos.

Citando Newton Lins (2006, p.51), através dos seguintes dizeres:

Como as convenções partidárias realizam-se em dias distintos, a data inicial de propaganda variava para cada partido ou coligação. Tampouco o Código previa a data ou período no qual deveriam realizar-se tais convenções, mas limitava-se tão somente a estabelecer o lapso temporal compreendido entre

seis meses e 90 dias antes das eleições para que o partido protocolasse o pedido de registro dos candidatos na Justiça Eleitoral.

Complementa o referido autor: “A campanha de cada partido, portanto, poderia, em tese, ser mais longa ou mais curta em conformidade com a data escolhida para as convenções”.

Em se tratando da data inicial para sua exposição, existem dois posicionamentos na literatura, vez que a Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral) e a Lei 9.504/1997 trazem prazos diferentes.

Para os adeptos do primeiro panorama, a exemplo de Cândido (2012), o artigo 240 do Código Eleitoral permite a propaganda eleitoral a partir da escolha do candidato em Convenções Partidárias. “Escolhido o candidato na convenção, adquire ele e seu Partido Político- o direito de, desde logo, pôr-se à rua com a propaganda, independentemente do deferimento de seu pedido de registro pelo juízo eleitoral competente (Cândido, 2012, p.181).

Posicionamento outro é adotado pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e por Barros (2012), Ramayana (2012) e Zílio (2014), no sentido de admitir a propaganda eleitoral a partir do dia 15 de agosto do ano da eleição, forte no artigo 36 da Lei das Eleições, sofrendo revogação tácita o artigo 240 do Código Eleitoral, haja vista ser aquele enunciado mais recente (MOREIRA; SIERRA, 2014, p.450).

É necessário expor que a Lei 9.504/1997 prometia fazer com que o direito eleitoral ganhasse estabilidade, já que até então era errática e casuística a legislação disciplinadora das eleições, sempre editada no próprio ano e imediatamente antes de cada pleito, o que favorecia casuísmos políticos, impedia a sedimentação de orientações doutrinárias e prejudicava a fixação de posicionamentos jurisprudenciais duráveis (PENTEADO, 2016, p. 87).

Esperava que só a Lei 9.504/1997 regulamentasse todas as eleições, mantendo-se estáveis as regras dos jogos eleitorais e proporcionando garantia da segurança jurídica.

Os pleitos de 1998 até 2004 ocorreram de forma estável e com razoável segurança jurídica. Mas a partir do escândalo do “mensalão” as regras eleitorais começaram a

ser alteradas com maior frequência, sendo encapada a ideia de moralização o exercício dos mandados eletivos e aperfeiçoar as eleições.

Os condenados e investigados desse escândalo tinham um discurso único para sociedade, defendiam que esse caso só ocorreu devido aos altos custos das campanhas eleitorais.

Por conta disso, os legisladores encaparam a ideia de diminuir a propaganda eleitoral, repercutindo nos valores das campanhas.

Em um contexto parecido, surgiu a Lei 13.165/2015, após a explosão do chamado “petrolão”, se deu por meio de favorecimento de empresas contratadas pela Petrobras.

Com a mesma justificativa de antes, o alto custo das campanhas eleitorais e também o financiamento das campanhas eleitorais, que foi alterado, devido a proibição de doações de pessoas jurídicas.

Com a edição da Lei 12.165/2015, dentre os objetivos, o maior era de restringir os gastos de campanha, limitando com isso o tempo da propaganda eleitoral e também suas formas.

3.2 PRINCÍPIOS DA PROPAGANDA ELEITORAL

Os mais importantes princípios em matéria eleitoral, serão vistos a seguir. É necessário expor que a doutrina não é uníssona sobre eles, por isso vamos expor os mais comentados pela doutrina e que tem uma maior aplicabilidade.

3.2.1 Princípio da Legalidade

No direito eleitoral qualquer ato de propaganda deverá ser estabelecido mediante lei, devidamente aprovado por um processo legislativo.

Além disso, a competência legislativa em matéria eleitoral é privativa da União, é o que está disposto no art.22, I da Constituição Federal.

Com isso, caso algum ente federativo edite uma norma nessa matéria, padece de inconstitucionalidade.

Nos ensinamentos de Alexandre Ramos (2015, p.65), a justiça eleitoral possui função diferenciada dos demais órgãos do Poder Judiciário, já que é revestida de viés normativo ao editar as Resoluções até o dia 05 de março do ano das eleições, a fim de operacionalizar o processo eleitoral.

Segundo o autor, as resoluções não têm o condão de inovar no mundo jurídico, servindo apenas para explicitar os comandos normativos, dando efetividade ao princípio da celeridade, que hoje possui revestimento constitucional, mas que sempre incrustado no direito eleitoral, por conta de suas peculiaridades. (RAMOS, 2015, p.65).

3.2.2 Princípio da Liberdade

A propaganda eleitoral é livre na forma da lei, desde que os candidatos e partidos políticos exerçam nos limites do direito, respeitando a Constituição Federal, legislação eleitoral e as Resoluções do TSE.

Segundo o art. 220 da Constituição Federal:

Art. 220. 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.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Este princípio permite que os candidatos possam expor fraquezas dos seus adversários políticos, desde que sejam fatos verídicos. Imputar ao adversário algo inverídico ou situação degradante, fatos que devem ser combatidos pela justiça eleitoral.

O princípio por si só não é absoluto, encontra limites nos demais princípios, não ficando de fora a matéria eleitoral. Este tema será debatido com maior profundidade no capítulo final desse trabalho monográfico.

3.2.3 Princípio da Igualdade Formal

O princípio da igualdade formal é que todos os candidatos, partidos políticos e coligações sejam tratados de forma paritária com o objetivo de equilibrar o jogo eleitoral.

Devendo proporcionar as mesmas oportunidades, sendo que isto é visto apenas na matéria formal, já que existem candidatos e partidos com grande poderio econômico.

Na perspectiva da celebre frase de Aristóteles “dar tratamento desigual aos desiguais, na medida da sua desigualdade”.

O princípio da proporcionalidade se relaciona com o da igualdade, uma vez que o tratamento deverá ser dado com as devidas proporções.

Ocorre, por exemplo, na propaganda eleitoral gratuita no rádio e televisão, que 10 % (dez por cento) é dividida igualmente, já o restante é de acordo com o critério de representatividade dos partidos políticos na Câmara dos Deputados, por isso alguns partidos possuem mais tempo do que outros.

Plenamente comum, já que os desiguais devem ser tratados de forma desigual e por isso, sem situações dispare, o mesmo direito não poderá ser concedido da mesma intensidade, sob pena de violação ao princípio em comento (RAMOS, 2015, p.67).

3.4 FORMAS DE PROPAGANDA ELEITORAL, OS LIMITES INFRACONSTITUCIONAIS E SANÇÕES

Consoante observou-se na elucidação anterior exposta, a propaganda eleitoral tem como finalidade obter votos, convencer o eleitor que o candidato é o mais apto para exercer a função.

A legislação eleitoral brasileira, de forma geral, compreendida como a Lei das Eleições, Código Eleitoral e Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, elenca as

formas de propaganda eleitoral e que por sua vez suas limitações e caso transgrida as sanções devidas.

Existem diversos meios para propagação da propaganda, sendo aqui estudadas a propaganda eleitoral: na internet, bens públicos ou de uso comum, particulares, televisão e rádio e na imprensa escrita.

Foi feito um estudo com as mais recentes mudanças legislativas, mostrando como a legislação eleitoral muda a cada eleição.

Por fim, como estabelece na Lei das Eleições, bem como na Resolução do TSE nº 23.551/2017, a propaganda eleitoral só é permitida a partir de 16 de agosto do ano da eleição, sendo estudadas a seguir as formas.

3.4.1 Propaganda eleitoral pela internet

Não há questionamento quanto à expansão do meio de comunicação pelo uso da internet, tomando esta uma considerável parte do espaço que pertencia ao rádio e à televisão. Do mesmo modo, a rede mundial de computadores tem produzidos efeitos diversos nos ramos do Direito: novos métodos de comercialização, novos crimes específicos desse meio são tipificados, novos instrumentos computacionais são criados para auxiliar a Justiça, dentre outras necessidades que tornam inevitáveis as modificações legislativas.

Dentre os ramos de Direito Público, o Direito Eleitoral sofre grande influência devido às exigências pelo eleitorado e partidos políticos em acompanhar as mudanças sociais e políticas, bem como de tornar as eleições mais seguras e céleres.

A Lei 9.504/1997, como já dito, já passou por significativas mudanças, e não poderia ser diferente na propaganda eleitoral pela internet.

Antes da Lei 12.034/2009, não trazia a hipótese de utilização da rede mundial de computadores na divulgação da propaganda. Com a lei, foi incluída no seu quadro a permissibilidade de empregar a internet, legalizando a propagação digital. Introduzindo na Lei das Eleições, os art.36-A, inciso I; 57-I; 58, §3º, inciso IV; 58-A e 43.

A propaganda está sujeita às regras gerais de propaganda, também, quanto ao tempo e à forma. Assim, por força do preceito contido no art.57-A da Lei 9.504/1997, somente poderá ocorrer após o dia 15 de agosto do ano da eleição, em observância cumulativa da regra geral disposta no art.36 do diploma referido.

A propaganda eleitoral por meio da internet tem uma série de vantagens, dentre as quais a sua gigantesca repercussão, permitindo o conhecimento amplo das características pessoais e das propostas de campanha dos candidatos, além de não sujar as cidades porque as publicações são feitas em ambiente virtual. Além disso, não atrapalha o eleitor, porque ele decide o momento mais apropriado para conhecer a informação ofertada (ROLLO, 2010, p.29).

“Assim, podemos afirmar que a inovação contribui favoravelmente para consolidação do processo democrático no nosso país, constituído pela essência das diretrizes fundamentais, abrangidas pelos preceitos constitucionais, diretamente vinculados à liberdade de manifestação do pensamento, expressão da comunicação e informação, obviamente vedado o anonimato (arts.5º, incisos IV e IX, e 220 da Constituição Federal), escorando os pressupostos básicos para o pleno exercício da soberania na livre escolha dos representantes do povo junto aos poderes.”

De acordo com o art.57-B da Lei 9.504/97 a propaganda eleitoral na internet poderá ser feita das seguintes formas: a) sítio do candidato, partido político ou coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça eleitoral, hospedado em provedor estabelecido no país, cuja restrição evitará a expansão de abusos com difícil reparação; b) mensagem eletrônica enviada em endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação, não especificando a Lei com relação à origem do aparelho de remessa, portanto podendo ser enviada por qualquer computador; c) blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, devendo seu conteúdo ser gerado ou editado pelo candidato, partido, coligação ou por iniciativa de qualquer eleitor, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos.

Com a Lei 13.488/17 a propaganda eleitoral na internet foi incluída alguns dispositivos. Senão vejamos:

Art. 57-B. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

§ 1º Os endereços eletrônicos das aplicações de que trata este artigo, salvo aqueles de iniciativa de pessoa natural, deverão ser comunicados à Justiça Eleitoral, podendo ser mantidos durante todo o pleito eleitoral os mesmos endereços eletrônicos em uso antes do início da propaganda eleitoral. [\(Incluído pela Lei nº 13.488, de 2017\)](#)

§ 2º Não é admitida a veiculação de conteúdos de cunho eleitoral mediante cadastro de usuário de aplicação de internet com a intenção de falsear identidade. [\(Incluído pela Lei nº 13.488, de 2017\)](#)

§ 3º É vedada a utilização de impulsionamento de conteúdos e ferramentas digitais não disponibilizadas pelo provedor da aplicação de internet, ainda que gratuitas, para alterar o teor ou a repercussão de propaganda eleitoral, tanto próprios quanto de terceiros. [\(Incluído pela Lei nº 13.488, de 2017\)](#)

§ 4º O provedor de aplicação de internet que possibilite o impulsionamento pago de conteúdos deverá contar com canal de comunicação com seus usuários e somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes do conteúdo impulsionado se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente pela Justiça Eleitoral. [\(Incluído pela Lei nº 13.488, de 2017\)](#)

§ 5º A violação do disposto neste artigo sujeita o usuário responsável pelo conteúdo e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário, à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ou em valor equivalente ao dobro da quantia despendida, se esse cálculo superar o limite máximo da multa.

Esses dispositivos serão detalhados no próximo capítulo, que entrará na discussão do tema desse trabalho monográfico.

Na internet não é admitida propaganda de caráter eleitoral de forma remunerada. Exceto no impulsionamento de conteúdos, desde que identificado de forma inequívoca como tal e contratado diretamente com provedor de aplicação de internet com sede e foro no país, desde que seja feito exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes (art.57-C, §3º, da Lei 9.504/1997).

E, independentemente de ser gratuita ou não, é proibida qualquer tipo de propaganda de cunho eleitoral em sites de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos. Também é vedado em sites oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 57-C, §1º, I e II, da Lei 9.504/1997).

Caso ocorra infração a esta regra, o responsável pela divulgação da propaganda ou pelo impulsionamento de conteúdos e, se comprovado o seu prévio conhecimento, o beneficiário ao pagamento de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00

(trinta mil reais) ou em valor equivalente ao dobro da quantia despendida, se esse cálculo superar o limite máximo da multa (art.57-C, §2º, da Lei 9.504/1997).

O art.57-D da Lei das Eleições reforça a proteção constitucional da liberdade de expressão, prevê expressamente que, durante a campanha eleitoral, na internet é livre a manifestação do pensamento acerca das eleições, sendo apenas vedado o anonimato e assegurado o direito de resposta. Também é possível expressar-se por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica.

Sem prejuízo das sanções civis e criminais aplicáveis ao responsável infrator desta regra, a Justiça Eleitoral poderá determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sites e redes sociais da rede mundial de computadores (art.57-D, §3º, da Lei 9.504/1997).

Quanto ao uso de banco de cadastros visando o envio de mala direta com conteúdo eleitoral e político, é proibida a venda de cadastro de endereços eletrônicos. Bem como é vedada a utilização, doação ou cessão de cadastro eletrônico de seus clientes, em favor de candidatos, partidos ou coligações. Essa vedação vale para: entidade ou governo estrangeiro; órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público; concessionário ou permissionário de serviço público; entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; entidade de utilidade pública; entidade exterior; entidade beneficentes e religiosas; entidades esportivas; organizações não governamentais que recebam recursos públicos; organizações da sociedade civil de interesse público (art. 57-E, caput e §1º cc. art.24, da Lei 9.504/1997).

Se houver violação a esta regra, o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário ficará sujeito à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil) a R\$30.000,00 (trinta mil reais) (art. 57-E, §2º, da Lei 9.504/1997).

Os provedores de internet também estão sujeitos à Lei das Eleições. Sem prejuízo da classificação e conceitos já apresentados sobre provedores, o art.57-F da Lei 9.504/1997, expressa que os provedores de conteúdo e de serviços que hospedam a divulgação da propaganda eleitoral de candidato (partido ou coligação) ficam sujeitos às mesmas penalidades previstas pela Lei 9.504/1997, desde que, uma vez

determinado prazo pela Justiça Eleitoral, não tomar providências para a cessação da divulgação da propaganda irregular. Entretanto, somente é possível se atribuir responsabilidade ao provedor se ficar comprovado o seu prévio conhecimento da publicação do material.

Fica facultado ao destinatário de mensagens eletrônicas, derivadas de quaisquer recursos tecnológicos solicitar o descadastramento com o fim de não recebê-las, Assim, as mensagens eletrônicas enviadas por candidato, partido ou coligação deverão dispor de mecanismo que permita ao destinatário se descadastrar. O descadastramento deverá ser realizado no prazo de quarenta e oito horas, sob pena de se houver envio de mensagens após este prazo os responsáveis ficam sujeitos ao pagamento de multa no valor de R\$ 100,00 (cem reais) por mensagem (art.57-G, parágrafo único, da Lei 9.504/1997).

Aquele que realizar propaganda na internet, atribuindo indevidamente sua autoria a terceiro (independentemente de ser candidato, partido ou coligação), fica sujeito ao pagamento de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000, 00 (trinta mil reais), sem prejuízo de outras penalidades (art.57-H, caput, da Lei 9.504/1997).

A partir da inclusão, pela Lei 12.891/2013, dos §§ 1º e 2º ao art.57-H da Lei 9.504/1997, configura crime a contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários da internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação. A pena é detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a R\$ 50.000 (cinquenta mil reais).

As pessoas contratadas para emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, incorrem igualmente nesta prática criminal. Entretanto, a punição é menor, detenção de 6 (seis) meses a 1(um) ano, com alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) (art.57-H,§2º, da Lei 9.504/1997).

3.4.2 Propaganda eleitoral em bens públicos, naquele cujo uso depende de cessão ou permissão do Poder Público e nos de uso comum

Com o advento da Lei 13.165/2017 que alterou substancialmente o art.37 da Lei das Eleições, convém destacar as limitações à propaganda eleitoral.

A propaganda eleitoral fica proibida nos bens que dependa de cessão ou permissão do poder público e nos bens de uso comum, seja em postes de iluminação pública, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, bem como árvores e jardins localizados em áreas públicas, muros, cercas e tapumes divisórios, mesmo que não cause danos, não podendo pinchar, escrever a tinta, expor placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados (art.37, caput, §5º, da Lei 9.504/1997).

No que se refere a bens de uso comum, a doutrina administrativa, considera mares, rios, praças, parques, logradouros públicos. Ocorre que tanto a doutrina como a jurisprudência incluem também como bens particulares ao uso coletivo, lojas, templos religiosos, veículos de transporte coletivo e estádios esportivos, bens estes que não guardam qualquer relação com natureza pública (STOCO, 2010, p.23).

Esta limitação, provocou uma grande perda para os candidatos que não têm acesso a rádio e a televisão, pois não sobrou quase nenhuma forma de expor a propaganda eleitoral nos logradouros públicos.

Não podendo expor placas, estandartes, faixas ou cavaletes, formas estas que eram usados em larga escala para os candidatos de baixo poder econômico.

A legislação eleitoral, manteve duas exceções à regra, a permissão de colocar mesas para a distribuição de material de campanha e a utilização de bandeira ao longo das vias, desde que seja removível e não atrapalhe o bom andamento de veículos e pessoas (art.37, §6º, da lei 9.504/1997). Só sendo permitida a exposição da propaganda entre as seis horas e as vinte duas horas.

3.4.3 Propaganda eleitoral em bens particulares

Neste tipo de propaganda, antes a regra era a liberdade de veiculação, desde que autorizado pelo possuidor do bem. Nasceu com a antiga redação do §2º do art.37 da

Lei 9.504/1997, dizia segundo o qual, em bens particulares “independe de obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral a veiculação de propaganda eleitoral, desde que seja feita em adesivo ou papel, não exceda a 0,5 m² (meio metro quadrado) e não contrarie a legislação eleitoral, sujeitando se o infrator às penalidades previstas no §1º”.

Como já dito anteriormente, ao longo das mudanças legislativas em matéria eleitoral, o legislador foi diminuindo as formas de propaganda eleitoral, com a ideia de diminuir os gastos de campanhas.

Na propaganda em bens particulares, não foi diferente. Com o advento da Lei n. 13.488/2017, ficou proibida a veiculação de propaganda eleitoral. Só permitindo a utilização de adesivo plástico em automóveis, caminhões, bicicletas, motocicletas e janelas residenciais, desde que não exceda a 0,5 m² (meio metro quadrado) (art.37, §2º, II da Lei n. 9.504/1997).

O legislador com o objetivo de evitar o abuso do poder econômico e o equilíbrio das eleições, criou o dispositivo §8º do art.37, diz que: “a veiculação de propaganda eleitoral em bens particulares deve ser espontânea e gratuita, sendo vedado qualquer tipo de pagamento em troca de espaço para esta finalidade”.

Outra limitação da propaganda em bens particulares, foi com a Lei nº 12.891/2013, que começou a valer nas eleições de 2016, que foi a proibição de colocar propaganda eleitoral em veículos, exceto adesivos microperfurados até a extensão total do para-brisa traseiro e, em outras posições, adesivo até dimensão máxima de 50 (cinquenta) centímetros por 40 (quarenta) centímetros (art.38, §§ 3º e 4º da Lei n. 9.504/1997).

Ao observar a hipótese do art. 38 da Lei 9.504/97, é taxativo ao estabelecer a permissibilidade deste tipo de propaganda eleitoral, apenas adesivo microperfurado no para-brisa traseiro, 01 adesivo de 50cm x 40cm na lateral direita, 01 adesivo de 50cm x 40cm na lateral esquerda e 01 adesivo de 50cm x 40cm no tampo dianteiro do veículo. Nada mais.

Esta regra veio para evitar a justaposição de propaganda eleitoral, para que os adesivos não configurem um efeito visual único. Com todas estas limitações, fica evidente que o envelopamento do carro está proibido nas eleições, bem como utilização de vários adesivos nas laterais.

O Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 23.551/2017, através do art.15, § 1º, que a justaposição de adesivo ou de papel cuja dimensão exceda a 0,5m² (meio metro quadrado), caracteriza propaganda irregular, em razão do efeito visual único, mesmo que a publicidade, individualmente respeite o limite previsto na legislação eleitoral.

Outra mudança muito sentida nas eleições de 2016, foi a proibição de veiculação de propaganda eleitoral, em muros, fachadas ou paredes, admitida apenas a fixação de papel ou de adesivo, que não ultrapasse 0,5m² (meio metro quadrado) (art.15, § 5º da Resolução do TSE nº 23.551/2017).

Desde a reforma eleitoral feita pela Lei n. 11.300/2006, ficou vedada a utilização de outdoor, inclusive eletrônico, contendo propaganda eleitoral.

Caso ocorra infração a esta regra, a empresa responsável, partidos, coligações e os candidatos a imediata retirada da propaganda irregular e ao pagamento de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$15.000,00 (quinze mil reais) (art.15, § 8º da Resolução do TSE nº 23.551/2017).

3.4.4 Propaganda eleitoral na televisão e rádio

O rádio e, principalmente, a televisão são importantes veículos de comunicação social e, por consequência, de disseminação de propaganda eleitoral. A legislação eleitoral, reserva aos candidatos o acesso gratuito a esses meios de comunicação.

Assim, o art. 44 da Lei das Eleições estabelece que a propaganda eleitoral no rádio e e televisão restringe-se ao horário gratuito nela definido, vedada a veiculação de propaganda paga.

A garantia de acesso gratuito ao rádio e a televisão para veiculação de propaganda eleitoral decorre de uma imposição legal que obriga todas as emissoras de rádio (AM/FM e comunitária), bem como as emissoras de televisão que operam em VHF e UHF e os canais de televisão por assinatura sob responsabilidade do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas, da Câmara

Legislativa Distrital ou das Câmaras Municipais, excluem-se desse rol, os canais por assinatura ou TV a cabo, comerciais ou culturais (art. 57 da Lei n. 9.504/1997).

É necessário expor, com a mudança eleitoral implementada pela Lei n. 13.165/2015, a propaganda eleitoral no rádio e televisão também sofreu alterações, antes a propaganda era veiculada nos quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições.

Agora a propaganda eleitoral gratuita é veiculada nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, na forma estabelecida pelo art. 47 da Lei 9.504/1997, mediante a distribuição de tempo, prevista no §2º deste mesmo dispositivo, entre as candidaturas concorrentes.

As alterações implementadas pela Lei n. 13.165/2015, refletiu na propaganda eleitoral no rádio e televisão, diminuindo em 10 (dez) dias. Além disso, diminuindo o tempo de veiculação e mudanças nos dias, conforme o art. 47, § 1º da Lei n. 9.504/1997 a seguir:

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo.

§ 1º A propaganda será feita:

I - na eleição para Presidente da República, às terças e quintas-feiras e aos sábados:

a) das sete horas às sete horas e doze minutos e trinta segundos e das doze horas às doze horas e doze minutos e trinta segundos, no rádio

b) das treze horas às treze horas e doze minutos e trinta segundos e das vinte horas e trinta minutos às vinte horas e quarenta e dois minutos e trinta segundos, na televisão

II - nas eleições para Deputado Federal, às terças e quintas-feiras e aos sábados:

a) das sete horas e doze minutos e trinta segundos às sete horas e vinte e cinco minutos e das doze horas e doze minutos e trinta segundos às doze horas e vinte e cinco minutos, no rádio;

b) das treze horas e doze minutos e trinta segundos às treze horas e vinte e cinco minutos e das vinte horas e quarenta e dois minutos e trinta segundos às vinte horas e cinquenta e cinco minutos, na televisão

III - nas eleições para Senador, às segundas, quartas e sextas-feiras:

a) das sete horas às sete horas e cinco minutos e das doze horas às doze horas e cinco minutos, no rádio, nos anos em que a renovação do Senado Federal se der por um terço;

b) das treze horas às treze horas e cinco minutos e das vinte horas e trinta minutos às vinte horas e trinta e cinco minutos, na televisão, nos anos em que a renovação do Senado Federal se der por um terço;

c) das sete horas às sete horas e sete minutos e das doze horas às doze horas e sete minutos, no rádio, nos anos em que a renovação do Senado Federal se der por dois terços;

d) das treze horas às treze horas e sete minutos e das vinte horas e trinta minutos às vinte horas e trinta e sete minutos, na televisão, nos anos em que a renovação do Senado Federal se der por dois terços;

IV - nas eleições para Deputado Estadual e Deputado Distrital, às segundas, quartas e sextas-feiras:

a) das sete horas e cinco minutos às sete horas e quinze minutos e das doze horas e cinco minutos às doze horas e quinze minutos, no rádio, nos anos em que a renovação do Senado Federal se der por um terço;

b) das treze horas e cinco minutos às treze horas e quinze minutos e das vinte horas e trinta e cinco minutos às vinte horas e quarenta e cinco minutos, na televisão, nos anos em que a renovação do Senado Federal se der por um terço;

c) das sete horas e sete minutos às sete horas e dezesseis minutos e das doze horas e sete minutos às doze horas e dezesseis minutos, no rádio, nos anos em que a renovação do Senado Federal se der por dois terços;

d) das treze horas e sete minutos às treze horas e dezesseis minutos e das vinte horas e trinta e sete minutos às vinte horas e quarenta e seis minutos, na televisão, nos anos em que a renovação do Senado Federal se der por dois terços;

V - na eleição para Governador de Estado e do Distrito Federal, às segundas, quartas e sextas-feiras:

a) das sete horas e quinze minutos às sete horas e vinte e cinco minutos e das doze horas e quinze minutos às doze horas e vinte e cinco minutos, no rádio, nos anos em que a renovação do Senado Federal se der por um terço;

b) das treze horas e quinze minutos às treze horas e vinte e cinco minutos e das vinte horas e quarenta e cinco minutos às vinte horas e cinquenta e cinco minutos, na televisão, nos anos em que a renovação do Senado Federal se der por um terço;

c) das sete horas e dezesseis minutos às sete horas e vinte e cinco minutos e das doze horas e dezesseis minutos às doze horas e vinte e cinco minutos, no rádio, nos anos em que a renovação do Senado Federal se der por dois terços;

d) das treze horas e dezesseis minutos às treze horas e vinte e cinco minutos e das vinte horas e quarenta e seis minutos às vinte horas e

cinquenta e cinco minutos, na televisão, nos anos em que a renovação do Senado Federal se der por dois terços;

VI - nas eleições para Prefeito, de segunda a sábado

a) das sete horas às sete horas e dez minutos e das doze horas às doze horas e dez minutos, no rádio;

b) das treze horas às treze horas e dez minutos e das vinte horas e trinta minutos às vinte horas e quarenta minutos, na televisão;

VII - ainda nas eleições para Prefeito, e também nas de Vereador, mediante inserções de trinta e sessenta segundos, no rádio e na televisão, totalizando setenta minutos diários, de segunda-feira a domingo, distribuídas ao longo da programação veiculada entre as cinco e as vinte e quatro horas, na proporção de 60% (sessenta por cento) para Prefeito e 40% (quarenta por cento) para Vereador.

Outra importante mudança foi a divisão do tempo de veiculação da propaganda eleitoral, com o advento da Lei n. 12.875/2013, garantindo maior tempo para os grandes partidos.

Com isso, o partido Solidariedade entrou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, tombada sob o nº 5105. O Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional os artigos 1º e 2º da citada lei.

Com a declaração de inconstitucionalidade, o art.47, §2º da Lei n. 9.504/1997 sofreu novamente alterações. Foi distribuído o tempo em 90% (noventa por cento) ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, para coligação majoritárias, o resultado da soma dos seis maiores partidos que a integrem e nas proporcionais a soma dos representantes de todos os partidos que a compõem. Já os 10% (dez por cento) distribuídos igualmente.

O § 2º do art. 44 da Lei das Eleições, dispõe que “no horário reservado para a propaganda eleitoral, não se permitirá utilização comercial ou propaganda realizada com a intenção, ainda que disfarçada ou subliminar, de promover marca ou produto”. O objetivo dessa disposição é para não haver troca de apoio material entre candidatos e empresas.

De acordo com o art.55 da Lei 9.504/1997: “Na propaganda eleitoral no horário gratuito são aplicáveis ao partido, coligação ou candidato as vedações indicadas no incs. I e II do art.45”. Segundo o inciso I, não é admitida a transmissão de “imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que (...) haja manipulação de dados”. Já o inciso II, veda o uso de

“trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação”.

A inobservância do disposto no art. 55 c/c os incisos I e II do art. 45 da Lei 9.504/1997, sujeita o partido ou coligação à perda de tempo equivalente ao dobro do usado na prática do ilícito, no período do horário gratuito subsequente, dobrada a cada reincidência, devendo o tempo correspondente ser veiculado após o programa dos demais candidatos, exibir-se a informação de que a não veiculação do programa resulta de infração da lei eleitoral.

Por fim, o art.53 da Lei das Eleições, cuja redação é a seguinte:

Art. 53. Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos.

§ 1º É vedada a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sujeitando-se o partido ou coligação infratores à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a requerimento de partido, coligação ou candidato, a Justiça Eleitoral impedirá a reapresentação de propaganda ofensiva à honra de candidato, à moral e aos bons costumes.

Ocorre que o art. 53 atribui a liberdade de expressão e por consequência, à inadmissão de censura prévia, em detrimento à liminar proteção dos direitos do indivíduo, como é a honra e imagem, conforme se destaca do dispositivo §2º.

Nota-se que o § 2º autoriza a Justiça Eleitoral impedir, a título cautelar, apenas a representação de programa eleitoral ofensivo à imagem do candidato, excluindo a possibilidade censura prévia, isto é, a censura antecipada à primeira veiculação do conteúdo, ainda que este seja sabidamente ofensivo. Resumindo, não se poder agir preventivamente, mas apenas em caráter repressivo.

3.4.5 Propaganda eleitoral pela imprensa escrita

O art.43 da Lei n.9504/1997, que trata sobre a propaganda eleitoral na imprensa, já foi reformulado duas vezes, uma pela Lei n. 11.300/2006 e a última pela Lei n. 12.034/2009.

Pela redação original era permitida a propaganda eleitoral paga através da imprensa escrita (jornais e revistas) “até o dia das eleições, com espaço máximo por edição, para cada candidato, partido ou coligação, de 1/8 (um oitavo) de página de jornal padrão e 1/4 (um quarto) de página revista ou tabloide”.

Por força da alteração promovida pela Lei n. 11.300/2006, a permissão de divulgação paga na propaganda eleitoral nesse veículo de comunicação passou a ser permitida apenas até a antevéspera das eleições, ou seja, até quarenta e oito horas antes do dia das eleições, o que foi mantido pela Lei 12.034/2009.

Entretanto, esta última lei impôs um limite quantitativo para a utilização desse veículo como meio de disseminação de propaganda eleitoral, ao estabelecer que serão permitidas apenas “ 10 (dez) anúncios de propaganda eleitoral, por veículo, em datas diversas, para cada candidato”.

Assim, além da limitação da forma da propaganda veiculada pela imprensa escrita, existente desde a promulgação da Lei 9.504/1997, há também a limitação quantitativa.

E mais, o art. 43 da Lei 9.504/1997 passa a prever e regulamentar os casos em que o conteúdo da mídia impressa, onde é veiculada propaganda eleitoral, é reproduzido em páginas da internet pertencente ao mesmo jornal ou revista.

Segundo o dispositivo, na medida em que a contratação de propaganda eleitoral por candidato está limitada ao número de 10 (dez) anúncios, a reprodução desta em ambiente virtual limita-se ao mesmo número. Significa dizer que cada candidato, partido ou coligação poderá contratar veiculação de propaganda em, no máximo, 10 edições por veículo de comunicação. Cada uma dessas edições, então, poderá ser reproduzida no ambiente virtual da empresa de comunicação por apenas uma vez.

Outra novidade implementada pela Lei n. 12.034/2009 é que deverá constar do anúncio o valor pago pela inserção da propaganda, segundo o § 1º do art.43 da Lei n. 9.504/1997.

A inobservância do disposto neste artigo, inclusive do §1º, sujeita os responsáveis pelos veículos de divulgação e os partidos, coligações ou candidatos beneficiados a multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais) a R\$10.000,00 (dez mil reais), ou equivalente ao custo.

4. PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA E AS FAKENEWS NAS ELEIÇÕES: LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

4. 1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO PRINCÍPIO

Uma das bases da construção da democracia, é a liberdade de expressão, comunicação, opinião e também a busca da igualdade política.

A liberdade de expressão é considerada, para a maioria das sociedades atuais, um direito fundamental, porque é essencial a proteção da dignidade da pessoa humana (MACHADO, 2014).

Martins Neto (2008, p.50), ensina que “a liberdade de expressão não é um elemento circunstancial da democracia, mas é a sua própria essência”, não podendo de existir sem a possibilidade de debater as ideias, combater as verdades absolutas e de ir de encontro aos posicionamentos contrários.

A liberdade de expressão, como tido, é um princípio, considerada como um direito fundamental, sendo um importante meio para o desenvolvimento da personalidade humana, permitindo o desenvolvimento da criatividade, além da participação na construção política, social, econômica e cultural da comunidade (FERRAZ,

Foi consagrada em diversos países ao redor do mundo, sendo também posta em posição preferencial na visão dos direitos humanos, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França em 26 de agosto de 1789, considerada como um direito de todos os homens, sendo previstas nos artigos 10 e 11 da referida Declaração, in verbis:

Art. 10. Ninguém pode ser incomodado por causa das suas opiniões, mesmo religiosas, contanto que não perturbem a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11. A livre manifestação de pensamento e opinião é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode falar, escrever, imprimir livremente, salvo quando tiver de responder ao abuso dessa liberdade nos casos previstos pela lei.

No mesmo sentido, o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe: “Art.19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e

transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. “

Da mesma forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada no Brasil por meio do Decreto 678/92, prevê:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

No Brasil, a liberdade de expressão foi consagrada pela Constituição Federal de 1988 em seu art.5º, incisos IV, VI e IX e art. 220, como direito inviolável e fundamental, não podendo sequer ser suprimida pelo Poder Constituinte Derivado.

No inciso IV do art.5º da CF estabelece ser livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Logo após, o inciso VI determina ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Já o inciso IX é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

E por fim o inciso XIV, todos é assegurado o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Ainda na Constituição, no capítulo destinado a Comunicação Social, o art.220 estabelece que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação. Nos parágrafos §§ 1º e 2º determinam que nenhuma lei conterà

dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social; veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Eis o teor da previsão constitucional:

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Foi inserida na Carta Magna com objetivo de eliminar as limitações na área política e garantir o exercício da cidadania através de práticas justas e adequadas as realidades sociais.

A liberdade de expressão é um direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intenções, com a ausência da elementar atividade intelectual. Dentre os direitos conexos presentes no gênero liberdade de expressão podem ser mencionados: liberdade de manifestação e pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão (TAVARES, 2006, p.168).

Nas lições de José Afonso da Silva (2006) a liberdade de pensamento é “ o direito de exprimir o que se pense”. Já a liberdade de opinião é:

se resume como a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública ou a liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro

No que se refere a liberdade de comunicação, o autor ensina que:

As formas de comunicação regem-se pelos seguintes princípios básicos: (a) observado o disposto na Constituição, não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo porque se exprimam; (b) nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; (e) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de autorização, concessão ou permissão do Poder Executivo Federal, sob controle sucessivo do Congresso Nacional, a quem cabe apreciar o ato, no prazo do

art. 64, §§ 2º e 4º (45 dias, que não correm durante o recesso parlamentar);
(f) os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio

Para filósofos como Ronald Dworkin, a liberdade de expressão não é importante apenas pelo direito de as pessoas dizerem o bem entendem, mas porque, com ela, haverá efeitos positivos para o conjunto da comunidade.

A liberdade de expressão por ser um princípio, um direito fundamental, é necessário expor o que a doutrina entende sobre eles.

O direito fundamental é considerado como de natureza principiológica, ou seja, dever abstrato, ao contrário das regras, não possuem diretrizes pré-estabelecidas de resolução de conflitos (TAVARES, 2006).

O que se pode dizer é que os direitos fundamentais encontram-se em permanente estado potencial de conflito, na medida em que “é natural que, em face de determinado caso concreto, mais de um princípio [direito fundamental] possa ser aplicado, e que os princípios [direitos fundamentais] implicados sejam contrários (TAVARES, 2006).

Nas considerações sobre princípios, para Dirley da Cunha Júnior (2012, p.159) “são normas de textura aberta”, sem densidade jurídica, que veiculam as ideias-forças que fundamentam e informam todo sistema jurídico.

José Jairo Gomes cita Canotilho, que os princípios são “normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fácticos e jurídicos”.

Nos casos em existe a colisão entre princípios, ocorre quando um veda e outro permite, um deles deve ceder, não quer dizer que este seja declarado nulo ou que seja introduzido uma cláusula de exceção (DIRLEY, 2012, p.160).

A relação de princípios pode ser conflituosa, mas vigora a ideia de peso ou valor ou importância, de modo que o princípio de maior peso ou valor ou importância é o que deve prevalecer na análise de um caso concreto (DIRLEY, 2012, p.160).

Para Alexy na obra da Teoria dos Direitos Fundamentais, os princípios “são normas jurídicas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro, porém, das possibilidades fácticas e jurídicas existentes”.

Para Robert Alexy (2002), se um princípio for considerado absoluto, o direito nele fundamentado também o será. O alemão questiona, se todo indivíduo tivesse o privilégio de um direito absoluto, como seria a convivência com outros indivíduos com o mesmo direito absoluto?

Nesta mesma leitura, defende Karoline Marinho (2007):

É certo que todos os direitos fundamentais, ao menos em nossa ordem constitucional pátria, decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana; contudo, o escalonamento hierárquico dos direitos fundamentais é incompatível com a sua natureza e com sua função no Estado Democrático de Direito. [...] Destarte, admitir a possibilidade de um ou mais direitos fundamentais ser superior aos demais é impor uma espécie de tirania de valor, esvaziando o conteúdo dos direitos fundamentais

Por isso, a Carta deve ser compreendida como coerente, coeso e harmônica, devendo o princípio da liberdade de expressão conviver de modo compatível e não possuir grau de hierarquia com os outros princípios também resguardados na Constituição.

Para que qualquer ação tenha o exercício pleno e garantido pela liberdade de expressão, o requisito essencial é que não prejudique ninguém.

André Ramos Tavares (2006, p.172) em seu artigo intitulado “Liberdade de Expressão-Comunicação, Limitações quanto ao seu Exercício e Possibilidade de Regulamentação”, cita Archibald Cox, que defende:

A liberdade de expressão, apesar de sua fundamentabilidade, não pode nunca ser absoluta. Em tempos de guerra ou crises similares, certas publicações podem ameaçar até mesmo a sobrevivência da Nação. Em qualquer momento, expressões sem limites podem entrar em conflito com interesses públicos e privados importantes. Publicações difamatórias podem, injustamente, invadir o direito à reputação. Impugnar a integridade de uma corte pela publicação de evidências, antes do julgamento, pode ameaçar a administração da justiça. Obscenidade pode conflitar com o interesse público pela moralidade. Panfletagem, paradas, e outras formas de demonstração, e até as próprias palavras, se permitidas em determinado tempo e local, podem ameaçar a segurança pública e a ordem, independente da informação, ideia ou emoção expressada.

Tavares defende que as limitações a liberdade de expressão se explicam pela necessidade de harmonia entre os direitos individuais e também por uma questão de coerência, pois seria contraditório, ser um direito do homem para assegurar e possibilitar sua autodeterminação individual, estivesse em contradição com esta mesma finalidade, atentando contra o desenvolvimento da personalidade individual e desrespeitando direitos essenciais à própria personalidade.

A CF de 1988 é um importante garantidor da liberdade de expressão, em razão da opressão e limitações vividas pela população brasileira ao longo do regime ditatorial.

Neste contexto de liberdade, os indivíduos devem buscar sempre os meios que possam respeitar os direitos dos outros.

A Constituição tutela de modo garantidor a liberdade de expressão, mas também existem outros importantes princípios como direito à imagem, à honra, à intimidade, sendo colocados em igualdade e até mesmo limitador.

4.2 PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA

4.2.1 Conceito

Com os avanços dos meios de comunicação, especialmente os das mídias sociais, a propaganda eleitoral negativa tem se tornado muito comum, sendo uma modalidade já conhecida pela Justiça Eleitoral.

A propaganda eleitoral negativa tem como objetivo de veicular uma imagem depreciativa, macular, desconstruir e aumentar a rejeição de um candidato.

A propaganda eleitoral negativa tem como base a depreciação ou desqualificação da pessoa, “sugerindo que não detém os adornos morais ou aptidão necessária à investidura em cargo eletivo (GOMES, 2010, p.313).

Nos dizeres de Ramayana (2012, p.442) a contrapropaganda como forma de atacar as teses do adversário, desmontando os temas, utilizando técnicas de pormenores dúbios da vida privada, o que poderá gerar ofensas à honra e o direito de resposta, e até mesmo na seara penal como os crimes de calúnia, difamação ou injúria.

4.2.2 Limites a Propaganda Eleitoral Negativa

Como colocado anteriormente, a liberdade de expressão é um dos pilares na construção da democracia brasileira, sendo um importante meio de propagação de

ideias, interação do cidadão com a comunidade, capacidade de comunicação, receber, emitir ou debater opiniões e até mesmo de contestá-la.

Foi colocada na Constituição como um importante remédio, para diminuir as desigualdades regionais, crenças, opiniões, diversidades e econômicas.

Sendo uma das mais controversas questões no processo eleitoral o equilíbrio da livre manifestação do pensamento e ação fiscalizatória do Estado, representada pela Justiça Eleitoral.

E na seara eleitoral, não poderia ser diferente, sendo um importante princípio, na livre manifestação de pensamento, sendo protegidas contra qualquer tipo de censura prévia.

Como bem exposto no item anterior, a liberdade de expressão é um direito fundamental, tendo natureza principiológica, reconhece-se então que não é um direito absoluto, podendo ser limitado, para garantir a convivência com outros princípios na ordem constitucional.

Os direitos fundamentais devem ser tratados com a mesma importância, o que se diferencia é o seu alcance. Diante disso, a liberdade, não é ilimitada e não poderia ser.

A propaganda eleitoral tem como um dos princípios bases o da liberdade de propaganda e expressão, como vimos neste trabalho, mas existe limitações feitas pelas leis eleitorais, Constituição Federal e Resoluções do TSE.

A propaganda eleitoral distingue-se em regular ou ilícita. A regular é quando não há proibição, está em conformidade com a legislação. Ao contrário da ilícita, que está ferindo a legislação e até mesmo a liberdade de expressão.

Como exposto no capítulo anterior, existem diversas sanções quando são consideradas irregulares ou ilícitas, exemplificando: multa, restauração do bem, retirada ou adequação da propaganda, perda do direito à veiculação da propaganda, perda do tempo eleitoral gratuito, suspensão da propaganda, entre outros.

Além disso, o Código Eleitoral, tipifica algumas condutas como crimes, divulgação de fatos inverídicos ou caluniosos, contratação de pessoas para emitir mensagens a fim de ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato.

A Lei das Eleições em seu art. 58, garante ao candidato, partido ou coligação, quando for atingido por propaganda eleitoral negativa que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, o direito de resposta.

Ramayana (2012) faz uma ponderação em relação ao direito de resposta nas críticas, diz que:

Críticas veemente, ou a utilização de palavras que apontem os erros da Administração Pública, suas falhas, vicissitudes e ilícitos não ensejam o direito de resposta, porque é de atribuição dos concorrentes nas campanhas eleitorais mostrarem aos eleitores, e a toda a sociedade, as falhas do atual modelo político ou do quadro de servidores públicos, indicando as diretrizes estatutárias que devem ser efetivadas.

A legislação eleitoral (Lei das Eleições e Código Eleitoral) considera como um direito a livre manifestação de pensamento durante a campanha, em redes sociais e outros meios de comunicação, desde que não seja feito por anônimo, mas estabelece limites a liberdade de expressão, nos casos em que exista excesso na propaganda por meio de calúnias, difamação ou injúria, e também fatos sabidamente inverídicos.

Vale ressaltar que não é apenas a legislação infraconstitucional que coíbe as práticas difamatórias ou injustas.

Na leitura constitucional, que o direito à liberdade de expressão é um princípio, sendo este um direito que pode ser limitado, levando em consideração a abrangência e seu alcance. Outros direitos como a proteção ao indivíduo, através do direito da personalidade e o interesse público limitam a liberdade de expressão, não sendo este um direito absoluto.

A liberdade, sem dúvidas, é um dos maiores instrumentos da democracia, que por sua vez, sendo também importante nas campanhas eleitorais. Mas, quando este existe um exagero, uma afronta a este princípio, deve haver uma proteção ao interesse público, que por sua vez é a representação da soberania popular.

Nesta situação, o alcance e proteção constitucional, não necessariamente estão todas positivadas na legislação eleitoral. Sendo um importante instrumento para a lisura e igualdade do processo eleitoral, o resguardo do interesse público, além do direito de informação do eleitor.

O direito à informação, é derivado do princípio da liberdade expressão, o eleitor tem o direito de saber o histórico do candidato, mesmo que existam fatos que possam manchar sua imagem. Mas este direito não pode ser levado ao máximo, desrespeitando e ferindo outros princípios, nos casos em que existam exageros, deve ser limitado.

As últimas campanhas brasileiras, principalmente a eleição presidencial de 2014, o direito à liberdade, teve um abuso e exagero cometidos pelos candidatos, ao utilizar a propaganda eleitoral, para macular a imagem de outros. O direito a manifestação é uma importante ferramenta para a democracia, mas quando foge dos objetivos da propaganda eleitoral, dos debates de ideias e propostas, dos grandes temas eleitorais, deve ser combatido pelo poder judiciário.

A democracia através da Constituição garante as pessoas o livre debate de ideias, pensamentos, e até mesmo a contestação, a liberdade de comunicação e expressão sem nenhum tipo de censura prévia, mas também é de se reconhecer que sobre os direitos fundamentais afetam limitações, justamente para garantir o convívio harmônico com outros, garantindo a todos o maior alcance, devendo ser tratados com a mesma relevância.

Miguel Reale Júnior (2010) sobre o tema, fez uma análise da jurisprudência brasileira, nos casos da limitação da liberdade de expressão em face de outros princípios constitucionais, colocando o direito a manifestação livre de pensamento na mesma posição de outros pilares do Estado Democrático de Direito.

Segundo o autor, nas decisões estudadas não há dúvidas que existem limitações ao exercício da liberdade de expressão. As limitações são características da própria liberdade, os contornos se deparam com outros valores fundamentais, como os princípios da dignidade da pessoa humana, direito à honra, intimidade. Mas desde que esses princípios sejam pautados pelo interesse público (REALE JÚNIOR, 2010).

O STF, nos mais diversos julgados, que quando existem a colisão de princípios constitucionais deve ser resolvido caso a caso através de um processo de complementação e limitação.

Em outras palavras, na análise do caso concreto, deve haver a ponderação de princípios, naquele conflito qual é o princípio que deve prevalecer.

No caso da propaganda eleitoral, fica claro que é protegido e garantido a todos as mais diversas formas de liberdade de expressão, seja pela opinião, pensamento, informação, imprensa, desde que seja feito conforme a ordem pública, e garanta os direitos de terceiros.

Segundo o Min. Alexandre Moraes (2010, p.52) a liberdade imprensa deve ser exercida com responsabilidade, no qual exige no Estado Democrático de Direito, até mesmo no tocante a vedação a censura prévia, não podendo ser ilimitada. Caso haja desvirtuamento, no cometimento de fatos ilícitos, civil ou penal, pode haver a responsabilização posterior daquilo que foi escrito ou veiculado, garantindo também o direito de resposta.

Na esfera da liberdade de expressão, deve ser retirado quando houver violação algum direito da personalidade, a informação falsa, a calúnia, injúria, difamação.

Na propaganda eleitoral não poderia ser diferente, de modo que a liberdade de se expressar, seja determinado um alcance, que tenha como objetivo sempre o interesse público.

O interesse público, apesar de ser um conceito aberto, Marçal Justen Filho (2005), elenca quatro definições que são os seguintes: conjugação dos interesses individuais conscientes; interesses homogêneos, que transcendem a individualidade; conjugação dos interesses individuais em um determinado ambiente; e por fim, o mais defendido que a população deve ser satisfeita, em determinados momentos, para concretização dos direitos fundamentais e a procura da dignidade da pessoa humana.

A divulgação de informação, que penetrem a intimidade, e que não são de interesse público, não pode ser tolerado, existindo o abuso da liberdade.

Desse modo, no que diz respeito a propaganda eleitoral (negativa), deve ser utilizada de modo para garantir o debate político, das propostas, dos grandes temas nacionais, podendo também ser debatido sobre os candidatos, desde que o propósito não seja a agressão, macular sua honra.

4.2.3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Como vimos no capítulo anterior, o legislador ao longo do anos foi aumentando as hipóteses de exceção a propaganda antecipada, e a jurisprudência do TSE foi evoluindo.

A propaganda eleitoral, de um modo geral, de acordo com art. 36 da Lei das Eleições, começa a partir do dia 15 de agosto do ano da eleição. O conceito de propaganda eleitoral pelo TSE, resumidamente, que são os atos destinados a influenciar diretamente à vontade eleitor.

A propaganda eleitoral, apesar de garantir o direito ao acesso à informação derivado do princípio da liberdade de expressão, deve cumprir com sua função principal que é a divulgação das propostas dos candidatos.

Como já estudado, o horário político gratuito, é um dos meios de vinculação da propaganda eleitoral, por meio da televisão e do rádio.

Não sendo admitidos nenhum meio de censura ou cortes. Entretanto, aceita-se a limitação na liberdade de manifestação no horário político gratuito.

Com o acirramento das disputas eleitorais, principalmente nas eleições de 2014, o Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento da Representação Eleitoral nº 1658-65.2014.6.00.000, tendo como representante Aécio Neves e representada Dilma Rousseff, que os programas eleitorais gratuitos as campanhas devem ser programáticas e propositivas, visando ao eleitor esclarecimento sobre temas de interesse público.

Não sendo permitida a vinculação no horário gratuito a veiculação de ofensas ou acusações a adversários, decorrentes de manifestações de terceiros ou de matérias divulgadas pela imprensa. As eventuais críticas e debates, ainda que duros e contundentes, devem estar relacionados com as propostas, os programas de governo e as questões de políticas públicas.

ELEIÇÕES 2014. REPRESENTAÇÃO. DIREITO DE RESPOSTA. OFENSA À HONRA. HORÁRIO ELEITORAL GRATUITO. BLOCO TELEVISIVO. MEDIDA LIMINAR. DEFERIMENTO. 1. Nos programas eleitorais gratuitos, as campanhas devem ser programáticas e propositivas, visando ao esclarecimento do eleitor quanto a temas de interesse público. 2. Não é permitido o uso do horário eleitoral gratuito para a veiculação de ofensas ou acusações a adversários, decorrentes de manifestações de terceiros ou de matérias divulgadas pela imprensa. 3. Eventuais críticas e debates, ainda que duros e contundentes, devem estar relacionados com as propostas, os programas de governo e as questões de políticas públicas. 4. Liminar deferida, por maioria, para determinar a suspensão da veiculação do trecho impugnado.

(Rp nº 1658-65.2014.6.00.000/ DF, Rel. Min. Admar Gonzaga, DJE 16/10/2014)

Com esta decisão, foi estabelecido um novo viés para a propaganda eleitoral gratuita no rádio e televisão, restringiu a liberdade de expressão a críticas acidas, em detrimento das propostas de campanha.

Em análise do caso citado, o voto do Min. João Otávio Norinha merece atenção, defendeu que a propaganda eleitoral gratuita, por se utilizar de dinheiro público, deve ser utilizado para debater e apresentar as propostas, além de apresentar o candidato. Não pode ser utilizado para ataques pessoais de baixo nível, pois não leva em nada na consideração do eleitor na definição do voto. A seguir as considerações do Ministro:

Senhor Presidente, eu também peço vênias ao eminente relator, mas penso que é momento de definirmos bem os limites da propaganda. É preciso se entender que o horário eleitoral não foi criado para ataques pessoais, mas sim para apresentação de programas de governo, e nesse sentido penso que devem atuar os partidos. No caso, o que se vê é um ataque pessoal gravíssimo, e o que falo para um lado vale para o outro, evidentemente. Mas penso que não podemos permitir que se gaste o dinheiro público para esse tipo de propaganda eleitoral, para esse tipo de ataque - baixo nível de ataque. Muito se comentou, do último debate, dos ataques pessoais gratuitos que não levam a nada em termos de contribuição para o cidadão definir o seu voto, na medida em que não se apresentavam projetos ou propostas de governo. O horário eleitoral gratuito encontra-se umbilicalmente vinculado a propostas de governo. O que vejo, no caso, é nenhuma proposta de governo. No caso, foi uma sindicalista, mais grave. Se é presidente do sindicato, caberia a ela naquele momento tomar as medidas judiciais cabíveis em defesa dos jornalistas, se não o fez, se foi omissa, não cabe agora se valer Rp nº 1658-65.2014.6.00.0000/DF 17 do horário da propaganda eleitoral para atacar candidato. Por isso, acho mais grave. Exatamente por esse tipo de conduta, acompanho a divergência, pedindo vênias ao relator, para conceder a liminar.

No tocante a propaganda eleitoral negativa, que é a tentativa de desconstruir a imagem do candidato. Sabe-se que é um direito do eleitor, saber e conhecer a história dos candidatos, mesmo fatos passados que possam macular sua imagem.

É o chamado direito de crítica, consiste na divulgação de fatos que levem ao eleitor a não votar no candidato, sendo uma forma lícita de propaganda eleitoral.

Entretanto, o que se questiona é a forma e o local de divulgação desse tipo de informação. Não sendo tolerados propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, devendo o ofendido se utilizar de meios para garantir a proteção da tutela jurisdicional.

ELEIÇÕES 2014. DIREITO DE RESPOSTA. PROPAGANDA NA TV. EXPLORAÇÃO DE FATOS NOTICIADOS NA MEDIA COM USO DE METÁFORAS. CONSEQUÊNCIAS DO AUMENTO DA INFLAÇÃO. LEGITIMIDADE. 1. Trata-se de representação que impugna propaganda eleitoral na TV, na qual a Coligação representada explorou, com uso de metáforas e realce das consequências práticas do aumento da inflação, declarações do Secretário de Política Econômica do Ministério da Fazenda, amplamente noticiadas na mídia em geral, sugerindo à população em geral a compra de frangos e ovos, em vez de carne, tendo em vista o aumento de preços desse tipo de alimento. 2. Na linha de entendimento deste eg. Tribunal Superior, por ocasião do julgamento da Rp 1083-57, decidida por unanimidade, na sessão de 9.9.2014, o exercício de direito de resposta é viabilizado apenas quando for possível extrair da afirmação apontada como sabidamente inverídica ofensa de caráter pessoal a candidato, partido ou coligação. 3. No caso dos autos, ao menos em juízo de cognição sumária, próprio desta fase processual, e na esteira do referido precedente, não vislumbro declarações ofensivas à candidata Representante, mas apenas exposição de fatos e contundente crítica, inerentes ao debate democrático, ainda que em tom mais "ácido". 4. Na Rp 1240-30 (conhecido caso acerca da autonomia do Banco Central), de minha relatoria, as próprias Representantes, ali na condição de Representadas, rechaçaram a concessão de direito de resposta, argumentando que a "inicial rebate informações verdadeiras, ainda que nelas tenha sido colocado algum tempero mais forte (absolutamente legítimo nos debates políticos), próprios das técnicas de marketing, com vistas a chamar à (sic) atenção do telespectador e prender a sua atenção" (fl. 31 daqueles Rp no 1658-65.2014.6.00.0000/DF 5 5. Liminar indeferida. (Rp nº 1622-23, Rei. Mm. Herman Benjamin, Decisão monocrática de 14.10.2014)

A Corte Eleitoral, em diversos julgados citados acima, pacificou entendimento que para a concessão do direito de resposta, a propaganda negativa, fato sabidamente inverídico, que ofenda em caráter pessoal o candidato, partido ou coligação, e também informação caluniosa, difamatória e injuriosa.

4.3 FAKENEWS NAS ELEIÇÕES

4.3.1 HISTÓRICO E CONCEITO

Com o processo de massificação dos meios de comunicação, especialmente no século XXI com as redes sociais, possibilitaram bilhões de pessoas estarem conectadas, trocando informações e tendo acesso imediato a ilimitadas notícias.

Sendo hoje um importante meio para a divulgação da propaganda eleitoral, incorporada as campanhas políticas, alterando de vez o cenário eleitoral por conta da diversidade de informações e pelos multiplicadores e formadores de opinião.

A legislação eleitoral no que diz respeito as redes sociais foi evoluindo, tendo sido incluídos diversos dispositivos ao longo das alterações legislativas.

No que se refere ao conceito de redes sociais, a legislação infraconstitucional, não tem uma definição única. Sabe-se que as redes sociais se caracterizam pela conectividade, os usuários estão conectados pela internet.

Tem a horizontalidade, permitindo que o receptor e o emissor troquem simultaneamente informações, distinguindo-se dos meios tradicionais.

Outra característica é a interatividade, podendo os usuários se comunicar entre si, em grupos, podendo o alcance ser ilimitado ou não.

E por fim, a instantaneidade, que as informações são dadas de maneira instantâneas.

Rodrigo Molinaro e Luiz Márcio Pereira (2012, p.260) caracterizam as redes sociais em “virtuais de relacionamento (...), cujo usuários, previamente cadastrados, podem criar perfis próprios, manter constante intercâmbio entre si, trocando mensagens individuais ou dirigidas a grupos de pessoas, além de compartilhar fotos e vídeos”.

Resumidamente, as redes sociais se caracterizam pelo grande número de informações instantâneas, confeccionadas por indivíduos, que atuam como emissor e receptor de informações.

Sendo atualmente um dos principais palcos para o exercício da liberdade expressão, princípio este consagrado pela Constituição Federal.

Os cidadãos se utilizam das redes sociais para expressar os mais diversos posicionamentos, tendo como princípio basilar a liberdade.

Pode-se considerar que as redes sociais no Brasil, é hoje o maior meio para divulgação da propaganda eleitoral, ultrapassando os veículos de comunicação de massa (rádio e televisão).

Os cidadãos e os próprios candidatos se utilizam desse meio para expressar, debater e discordar sobre matérias políticas e eleitorais.

Com o fluxo de ideias e informações serem muito maior nas redes sociais, comparado com os meios comuns. Existe hoje, os riscos do mau uso e abuso do

exercício da liberdade de expressão, como uma das temáticas da monografia que é a propagação de informações falsas, as chamadas fakenews.

Como já discutido a liberdade de expressão, encontra limites constitucionais e infraconstitucionais, não podendo ser utilizada de forma irresponsável e desmedida.

A propagação de notícias falsas, é hoje um dos temas mais importantes nas discussões mundiais. E na matéria eleitoral não poderia ficar de fora, especialmente após as eleições americanas de 2016, com a eleição de Donald Trump.

A divulgação de notícias falsas ou mentirosas no campo eleitoral, a expressão inglês “fakenews”, é a transmissão de notícias falsas com objetivo de desconstruir um candidato, enganar ou desinformar o eleitor.

O assunto é de tamanha relevância e ainda novo na seara eleitoral brasileira, que diversas notícias vêm sendo publicadas nos diversos jornais brasileiros, da preocupação sobre o tema nas eleições de 2018.,

Em artigo titulado “Fake News devem causar impacto em eleições de 2018”, publicado no jornal Estadão, feita pelos jornalistas Alessandra Monnerat, Matheus e Pedro Ramos (2017), que o termo foi escolhido como a palavra do ano pelo dicionário pela editora britânica Collins.

Segundo a matéria, um levantamento do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (GPOPAI) da Universidade de São Paulo, aproximadamente 12 milhões de pessoas compartilharam notícias falsas no Brasil até junho de 2017. As notícias com conteúdo político falso ou distorcido, tem um potencial de alcançar grande parte da população brasileira, diz o estudo.

A reportagem traz uma declaração da diretora de checagem Lupa, Cristina Tardáguila, diz que é altíssima a probabilidade notícias falsas na campanha de 2018, acontecendo em outros países da América Latina, como Argentina e Colômbia.

O Tribunal Superior Eleitoral, vem se debruçando sobre o assunto, criando ações articuladas com o Ministério da Defesa, Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e o Exército.

O presidente do TSE, o Min. Luiz Fux, em recente declaração na imprensa afirmou que a Corte vai agir de forma preventiva e punitiva contra as fakenews nas eleições.

Dizendo ainda que, candidato eleito com a divulgação de notícias falsas pode ser cassado e a eleição anulada.

O ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, em um sessão de debates temáticos, no Senado Federal, sobre o tema “Fake News e seu impacto nas Eleições de 2018”, expôs que “No contexto das eleições, o poder destrutivo das informações falsas é indiscutível. Nós já temos um material importante na legislação para a atuação da Justiça Eleitoral. O legislador fez uma opção bastante inteligente por atacar esse tema não no varejo, mas nesse fluxo mais destrutivo que advém do impulsionamento de conteúdos”.

No Brasil, quando grandes temas vem à tona, a primeira resposta das pessoas é que a legislação tem brechas, é incompatível, é ruim, entre outras coisas.

Neste tema não poderia ser diferente, a primeira questão levantada foi a criação de uma legislação específica para a matéria. Levando em consideração que a Alemanha já aprovou matéria sobre a temática.

No entanto, devem ser levados em consideração os riscos e potencialidades sobre a matéria, deve-se buscar uma leitura constitucionalmente adequada para o art.57-B da Lei das Eleições.

No mundo idealístico, o ponto ideal é que os candidatos e eleitores possam debater ideias e expor opiniões da maneira mais ampla possível, exercendo na plenitude o direito à liberdade de expressão, sem utilizar de meios para propagação de notícias falsas, e tendo meios para frear os abusos.

No tocante a propaganda eleitoral nas redes sociais, digamos que é quase impossível de ser regulado, mas em termos jurídicos não pode ser transformado em “terra de ninguém”.

4.3.2 LIMITES A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PROPAGANDA ELEITORAL NAS REDES SOCIAIS

Na legislação eleitoral na matéria de redes sociais, propaga a liberdade de expressão em sua plenitude, mas existem situações que não podem ser toleradas, devendo esse direito ser limitado.

Nas redes sociais, é muito comum o uso de perfis falsos de candidatos e eleitores, representando um abuso a liberdade de expressão. Pois em matéria eleitoral, é vedado o anonimato.

O uso de perfil falso constitui uma propaganda ilícita, abusiva, podendo ensejar a responsabilização civil, penal e administrativa do responsável pela criação e da própria empresa, caso seja omissa na exclusão do perfil.

A Lei das Eleições, no art.57-F, coibiu este tipo de prática, através da responsabilização do provedor de conteúdo ou do mantenedor da rede social.

Outra questão é a utilização de robôs, para disseminar informações, impulsionar notícias que são consideradas ruins e até mesmo falsas de candidatos. Sendo está uma propaganda irregular e ilícita. Entretanto, o Código Eleitoral e a Lei 9.504/97, não configura como crime este tipo de propaganda ilícita, só tipificando no art.57-H, §1º “ a contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação”.

No caso de utilização de robôs, com a finalidade de macular a imagem do candidato, partido ou coligação, falta o elemento objetivo do grupo de pessoas. A questão é a utilização dos exércitos virtuais, muitas vezes contratados por partidos, para difamar, denegrir imagem de candidato.

A Lei das Eleições no art.57-C veda expressamente a propaganda eleitoral paga na internet, ocorre que com a mudança feita pela Lei n. 13.488/2017, faz uma exceção, podendo o impulsionamento de conteúdos, desde que sejam identificados de forma inequívoca os partidos, coligações e candidatos.

O legislador tirou do rol de propaganda eleitoral irregular, a promoção de postagens, sendo este um meio de manter um maior período de tempo e alcançar um maior número de seguidores, que em condições normais, não teria acesso ao conteúdo.

Esta é uma importante mudança na legislação eleitoral, podendo o candidato se utilizar de fakenews para se promover ou denegrir a imagem de outro candidato. Não existe na jurisprudência posicionamento sobre o tema, por conta de ter sido alterada o ano passado, valendo agora nas eleições.

Como relatado pelo Min. é um dos temas que a Justiça Eleitoral irá enfrentar este ano.

No tocante, a difusão de fakenews (informações falsas) nas redes sociais, a Lei das Eleições considera como propaganda proibida (art. 58, caput, c/c art.57-D da Lei 9.504/97).

Deve-se levar em consideração a potencialidade do meio de propagação, especialmente nas redes sociais, que circulam de maneira muito rápida. A depender do tempo de resposta dos juízes, pode a candidatura sofrer um impacto grandioso.

A multa e o direito de resposta previstos na legislação eleitoral, até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), não corresponde ao bem jurídico lesado, a depender do alcance da notícia.

Pois, a depender do grau de acirramento da eleição, o candidato pode se utilizar dessa ferramenta, mesmo que seja sancionado, mas teria a vantagem sobre a disseminação da notícia falsa.

Tendo aí, cumprindo com o papel da obtenção da vantagem política por meio da propagação da falsa notícia. A título de exemplo, a fakenews pode colocar um determinado candidato em um grupo estigmatizado, ser considerado machista, preconceituoso, xenófobo, racista, entre outros.

Além do artigo citado da Lei das Eleições, o Código Eleitoral estabelece em seu art. 242:

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

Renê Costa Braga em artigo intitulado “A Indústria das Fake News e o Discurso de Ódio (2018), defende que nas decisões que limitam a liberdade de expressão, mesmo nas notícias falsas, que propagam o ódio, os efeitos da decisão podem não ser o esperado.

Neste mesmo posicionamento, Jaime Barreiros Neto defende que:

A liberdade de expressão não é um direito absoluto, devendo analisar outros direitos em um caso concreto. E matéria eleitoral deve ser submetida

ao interesse público, porque as condutas e atos dos candidatos são interesse de todos e sua publicação é em nome do interesse público.

Entendemos ser extremamente necessária para a consolidação da democracia a preservação da liberdade de expressão nas campanhas eleitorais. A censura prévia a determinados conteúdos de propaganda ou determinadas opiniões constitui-se em séria ameaça à lisura e à normalidade do processo eleitoral, com graves consequências para a sobrevivência das liberdades políticas e do regime democrático. Evidentemente, abusos devem ser contidos, sendo a Justiça Eleitoral a instância competente para tal mister. Vislumbramos o controle judicial repressivo dos abusos como o caminho mais desejável para o combate a eventuais abusos de prerrogativas, sem que olvide que, em uma verdadeira democracia, é o eleitor o grande árbitro do processo político, agindo com liberdade e consciência na determinação das melhores escolhas para a sociedade (BARREIROS NETO, 2011, p.189).

Nesta mesma sentença, o Tribunal Superior Eleitoral através da Representação n. 120133, relatado pelo Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, defende que o caput do art. 242 não pode embaraçar a crítica política- ainda que ácida, é necessário o debate eleitoral no processo democrático representativo.

ELEIÇÕES 2014. ELEIÇÃO PRESIDENCIAL. PROPAGANDA ELEITORAL. DIREITO DE RESPOSTA. INSERÇÃO. FATO SABIDAMENTE INVERÍDICO. ART. 58 DA LEI Nº 9.504/197. EMPREGO DE MEIOS PUBLICITÁRIOS DESTINADOS A CRIAR, ARTIFICIALMENTE, NA OPINIÃO PÚBLICA, ESTADOS MENTAIS, EMOCIONAIS OU PASSIONAIS. ART. 242 DO CÓDIGO ELEITORAL. IMPROCEDÊNCIA. CRÍTICA POLÍTICA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. - O fato sabidamente inverídico, a que se refere o art. 58 da Lei nº 9.504/197, para fins de concessão de direito de resposta, é aquele que não demanda investigação, ou seja, deve ser perceptível de plano, a "olhos desarmados". Além disso, deve denotar ofensa de caráter pessoal a candidato, partido ou coligação. Precedentes. II - A parte final do caput do (vetusto) art. 242 do Código Eleitoral, no sentido de que não se deva empregar, na propaganda eleitoral, "meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais", não pode embaraçar a crítica de natureza política - ainda que forte e ácida -, ínsita e necessária ao debate eleitoral e substrato do processo democrático representativo. Precedente específico: Rp nº 587/DF, Rei. Mm. Gerardo Grossi, Publ. Sessão de 21.10.2002. III - Em prol da liberdade de expressão, afasta-se a concessão de direito de resposta e indefere-se pedido de suspensão definitiva de inserção na qual se disse, com apoio de imagens eloquentes (enfocando tristeza por escassez de comida), que a plataforma política da representada, sobre a autonomia do Banco Central, representaria entregar aos banqueiros vultoso poder de decisão sobre a vida do eleitor e de sua família. IV - Improcedência dos pedidos. (Rp nº 1201-33, Rei. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, PSESS de 23.9.2014)

Por isso, não existem meios para tolher a difusão de conteúdos pelas redes, sendo vazia a tentativa de restringir, devido a própria magnitude da internet. Mas isso, não isso não quer dizer que o Direito Eleitoral não irá tutelar.

CONCLUSÃO

A liberdade, sem dúvidas, é um dos maiores instrumentos da democracia, que por sua vez, sendo também importante nas campanhas eleitorais.

Mas, quando este existe um exagero, uma afronta a este princípio, deve haver uma proteção ao interesse público, que por sua vez é a representação da soberania popular.

Na propaganda eleitoral não poderia ser diferente, de modo que a liberdade de se expressar, seja determinado um alcance, que tenha como objetivo sempre o interesse público. Não sendo tolerados as manifestações que tem o objetivo maldoso de atentar contra a imagem, honra e a privacidade dos indivíduos. Sendo este limitados pela legislação eleitoral e também pela Constituição Federal.

Desse modo, no que diz respeito a propaganda eleitoral (negativa), deve ser utilizada de modo para garantir o debate político, das propostas, dos grandes temas nacionais, podendo também ser debatido sobre os candidatos, desde que o propósito não seja a agressão, macular sua honra.

A manifestação da liberdade é expressa nas mais diversas em matéria eleitoral, sendo feitas através da rádio, televisão, jornais, veículos. Mas com a massificação das redes sociais, tornou-se o maior palco para o exercício da liberdade de expressão, sendo utilizadas pelos cidadãos e candidatos para debater, expressar, discordar sobre as matérias políticas e eleitorais

Os candidatos e eleitores devem debater ideias e expor opiniões da maneira mais ampla possível, exercendo na plenitude o direito à liberdade de expressão, sem utilizar de meios para propagação de notícias falsas, e o Poder Judiciário só deve ser utilizado para frear os abusos.

A propaganda eleitoral nas redes sociais, digamos que é quase impossível de ser regulado, sendo vazia a tentativa de se restringir, devido a própria magnitude da internet. Mas quando existir exageros, deve ser tutelado pelo Judiciário, para não ser transformado em “terra de ninguém”.

Tornando-se ineficazes leis que tentem coibir, pois o limite a tolher a liberdade de expressão é muito grande.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AYRES, Tiago; CASTRO, André. A propaganda eleitoral antecipada pós-reforma e o reforço à cidadania. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <
<https://www.conjur.com.br/2018-mai-22/opiniaio-propaganda-eleitoral-antecipada-reforco-cidadania>> Acesso em: 23 mai. 2018.

BARREIROS NETO, Jaime. Breves considerações sobre os limites da liberdade de expressão nas campanhas eleitorais. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: vol. 3, 2011, p.181-193.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso em Representação n° 2037451- DF. Recorrente: José Carlos Becker de Oliveira e Silva Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Marcelo Ribeiro, DJ 12 abr. 2011. Disponível em <
<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18814473/recurso-em-representacao-r-rp-203745-df/inteiro-teor-104143197?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso em Representação n° 06000288020186000000/ DF Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Geraldo Og Niceas Marques Fernandes, DJ 02 fev. 2018. Disponível em <
<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548913284/representacao-rp-6000288020186000000-brasilia-df/inteiro-teor-548913290>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação n° 0601161-94.2017.6.00.0000-1.308- DF. Representante: Ministério Público Eleitoral. Representado: Luís Inácio Lula da Silva. Relator: Min. Admar Gonzaga. Brasília, DJ 21 jun. 2017. Disponível em <
<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471198479/representacao-rp-6011619420176000000-brasilia-df/inteiro-teor-471198509>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação n° 120133- DF. Relator: Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJ 23 set. 2014. Disponível em <
<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471198479/representacao-rp-6011619420176000000-brasilia-df/inteiro-teor-471198509>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação n° 162223- DF. Relator: Min. Herman Benjamin, DJ 14 out. 2014. Disponível em <
<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471198479/representacao-rp-6011619420176000000-brasilia-df/inteiro-teor-471198509>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação n° 1658-65.2014.6.00.0000-DF. Representante: Aécio Neves. Representado: Dilma Rouseff. Relator: Min. Admar Gonzaga. Brasília, DJ 16 out. 2014. Disponível em <
<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471198479/representacao-rp-6011619420176000000-brasilia-df/inteiro-teor-471198509>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 294-87/ DF.. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DJ 09 mar. 2017. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25290655/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1964-es-stf>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 1235-18.2014.6.14.0000 Belém/PA 32974/2014.. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJ 04 abr. 2015. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301084338/recurso-especial-eleitoral-respe-12351820146140000-belem-pa-329742014/inteiro-teor-301084353>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de. Propaganda Eleitoral Antecipada. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo: ed.Consulex, ano XVI, nº 370, jun.2012, p.47-49.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 13. ed. rev. e ampl.. Bauru: Edipro, 2008.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 15 ed. Bauru: Edipro, 2012.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODVM, 2012.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do direito eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LINS, Newton. **Propaganda eleitoral: comentários jurídicos**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MARINHO, Karoline Lins Câmara. A colisão entre direitos fundamentais e sua solução no caso “Siegfried Ellwanger” julgado pelo STF. **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró, v. 7, n. 3, jul./dez. 2007, p. 201-236. Disponível em: . Acesso em: 16 abr. 2018.

MENDES, Anna Paula Oliveira Mendes. Breves comentários sobre novo conceito de propaganda eleitoral antecipada. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-16/anna-paula-mendes-conceito-propaganda-eleitoral-antecipada>> . Acesso em: 18 abr. 2018.

MOLINARO, Rodrigo; PEREIRA, Luiz Márcio. **Propaganda política: questões práticas relevantes e temas controvertidos da legislação eleitoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25.ed.São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Aline Boschi; SIERRA, Joana de Souza. Propaganda Eleitoral Negativa nas Eleições: Limitações à Liberdade de Expressão dos Candidatos e dos Eleitores. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito- PPGDir/UFRGS**. Porto Alegre: ed. PPGDir/UFRGS, vol.9, n.2, 2014, p.443-467.

PECCININ, Luiz Eduardo. Princípio da liberdade da propaganda política, propaganda eleitoral antecipada e o artigo 36-A da Lei Eleitoral. **Paraná Eleitoral**. Curitiba, vol. 2, n.3, dez.2013, p. 321-344.

- PENTEADO, Ricardo. Notas críticas sobre a última reforma eleitoral. **Revista Brasileira da Advocacia**. São Paulo: ed. RT, vol. 1, ano.1, abr.-jun.2016., p. 87-99.
- PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- RAMOS, Alexandre. A propaganda eleitoral antecipada: as inovações trazidas pela Lei 12.891/2013. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: ed. RT, vol.960, ano 104, out. 2015, p.61-74.
- RAMOS, Alexandre. A propaganda partidária: uma análise sistemática do direito material e processual à luz da Lei 13.165, de 29.09.2015. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: ed. RT, vol.969.,ano 2015, jul. 2016,p.91-108.
- ROLLO, Arthur Rollo. Propaganda Eleitoral na Internet. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo: ed.Consulex, ano XVI, nº 370, jun.2012, p.28-29.
- ROLLO, Arthur. Mudanças recentes na lei eleitoral geram inseguranças a operadores do Direito. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em :<<http://www.conjur.com.br/2015-out-31/mudancas-lei-eleitoral-gera-inseguranca-operadores-direito>>. Acesso em: 15 abr.2018.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.
- STOCO, Leandro de Oliveira; STOCO, Rui. Propaganda Eleitoral (com as modificações implementadas pela Lei 12;034/2009). **Revista dos Tribunais**. São Paulo: ed. RT, vol.896, ano 99, jun. 2010, p.9-34.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação, Limitações quanto ao seu Exercício e Possibilidade de Regulamentação. **Direito Constitucional: Leituras Complementares/ Marcelo Novelino Camargo (organizador)**. Salvador: JusPODIVM, 2006.