



Tribunal Superior Eleitoral

# Estudos Eleitorais



Volume 7  
Número 2  
maio/ago. 2012

---

# O CONTROLE JUDICIAL DA PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA

David Wilson de Abreu Pardo<sup>1</sup>

## Resumo

Discussão de um critério judicial adequado, baseado na isonomia, para o controle da propaganda eleitoral antecipada, a fim de fazer frente à crítica de que, muitas vezes, haveria interferência indevida na esfera política democrática. Para tanto, houve reconstrução da dificuldade judicial de se avaliar o conteúdo do discurso que conteria propaganda eleitoral antecipada, a partir de julgados do Tribunal Superior Eleitoral, oferecendo modelo de análise com base na exigência legal de haver tratamento isonômico entre os atores políticos. Como resultado, foi proposta a formulação de dois critérios distintos de exame judicial quanto ao nível de exigência, descrevendo as respectivas condições de aplicação.

**Palavras-chave:** Propaganda antecipada. Controle judicial. Tratamento isonômico. Política democrática.

## Abstract

This article discusses an appropriate judicial standard, based on isonomy, to control the premature electoral propaganda in order to controvert the criticism that there would often be undue interference in the democratic political. To this end, it presents the judicial difficulty of evaluating the content of a speech which contains early electioneering, presented in decisions from the Superior Electoral Court. It offers a model of analysis based on the legal requirement of having isonomic treatment between political actors. As a result, the article proposes two distinct criteria for judicial review considering the level of demand and describes the conditions for their application.

**Keywords:** Premature propaganda. Judicial review. Isonomic treatment. Democratic politics.

---

<sup>1</sup> Juiz federal em Brasília, mestre e doutor em Direito pela UFSC, professor de Teoria da Constituição e de Processo Constitucional na UFAC, ex-membro do Tribunal Regional Eleitoral do Acre (juiz efetivo nos biênios 1998/2000 e 2003/2005 e juiz auxiliar nas eleições de 2006 e 2010).

## I Introdução

A propaganda eleitoral somente é permitida pela Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) após o dia 5 de julho do ano da eleição, sob pena de ser aplicada multa ao infrator. O que se observa a cada ano de eleição, todavia, são as campanhas dos candidatos, especialmente dos candidatos aos cargos majoritários, começando a funcionar bem antes do dia permitido. Por causa disso, a Justiça Eleitoral tem sido constantemente acionada para reprimir a propaganda eleitoral antecipada, proferindo decisões julgadas, por alguns, indevidamente invasivas da esfera política democrática.

Já se dá por assentado que os atores da eleição aceitam o risco pela violação deliberada da regra legal, pois o ganho com a propaganda vedada é considerado bem mais vantajoso. Uma das razões para a ação política de desrespeito à lei é o baixo valor da multa estipulada, além da ausência de outra modalidade mais grave de sanção para tal conduta. Mas essa questão não importa diretamente aqui, sendo mencionada apenas para se destacar a desconfiança disseminada por essa rigidez da lei de propaganda eleitoral. Interessa mais discorrer sobre as dificuldades geradas pela proibição legal, com a pretensão de oferecer uma alternativa interpretativa da norma que ao menos minore a desconfiança aludida.

O objetivo do texto é, portanto, discutir um critério judicial adequado para o controle da propaganda eleitoral antecipada, a fim de fazer frente à crítica de que, muitas vezes, haveria interferência indevida na esfera política democrática. A relevância do tema é evidente, quase urgente, pois todo ano de eleição a controvérsia ressurgue, gerando questionamentos e debates nos mais diversos segmentos da sociedade. Para o Judiciário Eleitoral, importa o esclarecimento detalhado de seu papel na regulação da propaganda, visando à captação do sufrágio, pois essa é uma dimensão especialmente sensível a argumentos em prol da liberdade e da democracia. Começando por delinear o problema, o artigo parte, então, para a formulação de uma proposta.

## 2 O problema da propaganda eleitoral antecipada

O encargo judicial de fiscalizar a propaganda eleitoral tem conduzido a uma discussão bastante complicada e controversa. Considere

a alegação de que “a propaganda eleitoral caracteriza-se quando leva ao conhecimento geral, *ainda que de forma dissimulada*, a candidatura, a ação política ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe nº 524344/SP – sem grifo no original).

Considere também a afirmação de se caracterizar propaganda eleitoral a divulgação

[...] *ainda que de forma indireta, dissimulada ou subliminar*, de determinada candidatura, dos propósitos para obter o apoio por intermédio do voto, e de promoção pessoal com exclusiva finalidade eleitoral, não se exigindo, para tanto, expreso pedido de votos ou existência de candidatura formalizada. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Rp nº 4199135/ DF – sem grifo no original.)

Nesse julgado, consta, ademais, enunciado segundo o qual, “na verificação da ‘existência de propaganda subliminar, com propósito eleitoral, não deve ser observado tão somente o texto dessa propaganda, mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação’”.

No caso da propaganda eleitoral antecipada, tem decidido o TSE que sua configuração não depende exclusivamente da conjugação simultânea do trinômio candidato, pedido de voto e cargo pretendido. Para investigar a existência de uma propaganda eleitoral antecipada,

[...] *especialmente em sua forma dissimulada*, é necessário examinar todo o contexto em que se deram os fatos, não devendo ser observado tão somente o texto da mensagem, mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. R-Rp nº 177413/DF – sem grifo no original.)

Como pontua outro acórdão,

[...] a propaganda eleitoral antecipada pode ficar configurada não apenas em face de eventual pedido de votos ou de exposição de plataforma ou aptidão política, mas também *ser inferida por meio de circunstâncias subliminares*, aferíveis em cada caso concreto” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI nº 10.203/PR – sem grifo no original).

É carregada de dificuldades a tarefa de avaliar se o conteúdo da fala ou do discurso de um agente é ato de propaganda eleitoral em favor de si ou de terceiro, na modalidade subliminar/dissimulada. E a dificuldade decorre já da dinâmica da comunicação, em especial no caso do discurso oral, o qual depende sobremaneira do falante (postura, entonação, gesticulação, vocabulário); do público (nível cultural, classe, profissão, entusiasmo); do ambiente (aberto, fechado, organização); das circunstâncias (motivo, finalidade, duração); do veículo de transmissão; etc.

Além disso, como destacou o Ministro Henrique Neves em um voto proferido no R-Rp nº 98951/DF (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral), “mesmo que seja certa a possibilidade de percepção subliminar, o poder de persuasão subliminar não é pacificamente aceito pela comunidade científica internacional”. Isso porque já se identifica o texto/meio em que estaria presente a propaganda eleitoral fiscalizada. Por isso, “não se trata, pois, de pesquisar o que não é percebido pelos limites dos sentidos humanos, mas sim de verificar o conteúdo e extensão das palavras identificadas”.

O correto seria, então, examinar o conteúdo, ainda que implícito, de determinado discurso. E aqui não se cuida só de questão terminológica, o enfoque no conceito de propaganda implícita direciona o exame judicial em primeiro plano para o pronunciamento do discurso. É claro que isso se dá a partir daquele que examina judiciosamente a fala, pelo que se mantém uma discussão sobre os efeitos do pronunciamento. Todavia, embora não seja possível abstrair os efeitos da fala sobre o destinatário, pois a comunicação é a interação entre partes distintas, a mirada prioritária na ação de discursar evita juízos meramente especulativos acerca dos efeitos do pronunciamento sobre parte difusa, como se afigura o eleitorado.

De fato, como disse, ainda, o Ministro Henrique Neves, “suposições e inferências que decorrem do universo cognitivo do destinatário do discurso não podem ser consideradas como elementos suficientes a atrair a sanção prevista em norma legal” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. R-Rp nº 98951/DF), notadamente de destinatário coletivo, como o é o conjunto do eleitorado, invariavelmente cindido entre diversas ideologias políticas que caracterizam o pluralismo da sociedade moderna.

Uma alternativa é a de o próprio julgador descrever da maneira mais precisa possível o efeito percebido. Se for possível a descrição

objetiva do sentido eleitoral da manifestação, ainda que implícito, então se poderá dizer que houve prática de propaganda eleitoral. Não sendo possível a descrição, então não houve propaganda eleitoral antecipada. Isso está de acordo com o dever de fundamentação dos atos judiciais. Não faria sentido avaliar efeito subliminar sobre si mesmo, já que o conceito é o de que tal mensagem está aquém dos sentidos.

Seja como for, a latitude da regulação permanece ampla. Com tantas variáveis fluidas e até intangíveis, o risco de discricionariedade, senão de arbítrio, é bastante alto. Há de se reconhecer, ao menos, haver dificuldade verdadeira na fixação de critérios minimamente objetivos para regular de modo adequado as expectativas de comportamento dos atores do processo eleitoral no campo da propaganda. Isso pode afetar de maneira indesejável a política democrática.

Um exemplo ilustra de maneira eloquente a dificuldade destacada. Em 25 de março de 2010, o TSE decidiu (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-Rp nº 20.574/DF), por quatro votos a três, aplicar multa ao então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, por propaganda eleitoral antecipada. No julgamento, ganhou destaque a divergência entre os Ministros Henrique Neves e Felix Fischer. O primeiro, pronunciando-se contra a condenação, escreveu que, “para a caracterização da propaganda eleitoral, é necessário que, além da identificação do beneficiário, seja ele apontado como o mais apto para a função pública, que haja referência à ação política e que se objetive influir o eleitorado”, e, pela sua avaliação, isso não teria ocorrido. Já o segundo, proferindo o voto vencedor, disse ser possível identificar na fala do então presidente a realização de propaganda extemporânea em favor da ministra candidata da situação. “Num discurso de aproximadamente 32 minutos, o Excelentíssimo Senhor Presidente faz referência à candidata de fato. No meu entender, de forma indireta, subliminar, disfarçada, ele promoveu, sim, a pré-candidatura de Dilma Rousseff”, pontificou o ministro.

Do confronto entre as duas assertivas, não emerge qualquer critério possível de regular os casos semelhantes. Sem a agregação de algum outro argumento, que por sua vez deva ser decisivo, o resultado pode carecer de plena racionalidade. Dado esse contexto, inevitável a pergunta sobre como alcançar maior objetividade no controle da propaganda eleitoral, para bem estabilizar as expectativas de comportamento dos

agentes políticos, durante o pleito? Como realizar um controle judicial da propaganda antecipada, que possa ser racionalmente controlável? Ainda, como fiscalizar a observância da Lei Eleitoral sem afetar a política democrática, a livre circulação de ideias e o debate aberto, amplo e participativo?

### **3 O tratamento isonômico como critério interpretativo**

A legislação em vigor já contém uma diretriz de grande valor para o controle judicial da propaganda eleitoral antecipada, a qual, todavia, ainda necessita ser explicitada e sistematizada quanto a suas dimensões. Destarte, a Lei nº 12.034/2009 estabeleceu não ser um ato de propaganda eleitoral antecipada a participação 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 (art. 36-A da Lei nº 9.504/1997).

Partindo do princípio geral hermenêutico de o texto da lei não conter palavras inúteis ou desnecessárias, pode-se afirmar que, quando a cabeça do artigo afirma que “não será considerada propaganda eleitoral antecipada”, está fixando exceção no sistema jurídico. Noutras palavras, a necessidade de deixar expresso, em lei, que determinada conduta não é considerada como propaganda eleitoral antecipada permite concluir que, se tal dispositivo não existisse, essa mesma conduta poderia configurar o tipo de propaganda. Só não o configura exclusivamente por força da regra contida no art. 36-A da Lei nº 9.504/1997.

Assim, conquanto, pelo senso comum ou definições de propaganda extraídas da ciência da publicidade, determinado ato seja uma propaganda eleitoral, acaso se subsuma ao disposto no art. 36-A, para efeitos jurídicos, não deve ser considerado como propaganda eleitoral antecipada. Assim diz a letra da lei. A nova regra pode até ser considerada concessão ao fato de a atividade política eleitoral estar sempre nas ruas, pois é muito difícil defender que o ato de levar ao conhecimento geral do público plataformas e projetos políticos não

contenha algum propósito eleitoral. Porém, isso, *prima facie*, choca com alguns entendimentos manifestados pelo TSE.

Com efeito, o dispositivo legal permite a pré-candidatos, expressa e literalmente, expor plataformas e projetos políticos em programas de televisão, rádio e Internet. Mas, em diversos precedentes, o TSE não admite sequer levar ao conhecimento do público a candidatura, mesmo a somente postulada. Como continuar proibindo o conhecimento da pré-candidatura, mesmo que apenas postulada, se a lei diz que ao pré-candidato é permitido expor plataformas e projetos políticos? No fundo, a lei permite ao político se apresentar em programas dos meios de comunicação como postulante a candidato (pré-candidato), antes mesmo do período da propaganda.

Como dito, o dispositivo legal permite ao agente, na condição de pré-candidato, o direito de expor plataformas e projetos políticos. Isso implica expor a ação político-administrativa que pretende desenvolver. Plataformas políticas podem ser entendidas como o conjunto das condições e/ou razões do agente para a consecução dos seus objetivos, ou seja, são as bases dos objetivos. Projetos políticos constituem a descrição das ações político-administrativas que se pretende desenvolver. É o caso, pois, de perguntar novamente: como conduzir tais ações, amparado nesse permissivo, sem o propósito de influenciar, de algum modo, o eleitor a escolhê-lo?

Se sempre se entendeu constituir ato de propaganda eleitoral aquele que, mesmo subliminarmente, leva ao conhecimento geral "a candidatura, a ação política ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública", então não se pode deixar de reconhecer que o atual art. 36-A da Lei das Eleições tenha amenizado a proibição de propaganda eleitoral antecipada, ao permitir aos filiados a partidos políticos e aos pré-candidatos a exposição de plataformas e projetos políticos antes de 6 de julho do ano da eleição. A Lei nº 12.034/2009 veio atenuar a proibição legal.

A justificativa para a atenuação pode apelar para o conceito de eleição. Possível defender ser a eleição a escolha motivada da cidadania por certa opção política. Para tanto, é necessário ampla informação e amplo conhecimento, bem como o mais amplo debate, mantidas as condições de legitimidade do pleito. De modo que se deveria saudar a exceção legal.

E essa não é toda a questão. Conforme se adiantou, importa perceber que a regra legal tem diretriz de grande significado para o controle judicial da propaganda eleitoral, qual seja, a exigência de um tratamento isonômico entre os pré-candidatos. É esse o ponto a ser destacado aqui.

A partir de 2009, a lei permite à Justiça Eleitoral assumir papel mais interessante no controle da propaganda, tendo em vista o equilíbrio e a legitimidade do pleito. Mais interessante, porque a atenuação legal ocorre sob a condição correta, a do tratamento isonômico, e também porque pode aliviar a tarefa autodeclarada de julgar se o conteúdo da fala ou do discurso do agente é ato de propaganda eleitoral subliminar ou dissimulada.

A condição é correta, porque tem inegável valor democrático. Afinal, a isonomia é um dos valores básicos do regime democrático, devendo reger criteriosamente a disputa eleitoral nas sociedades abertas e assegurar a mais ampla participação de todos. Como teve ocasião de dizer a Corte Eleitoral,

[...] no regime democrático, plural e de diversidade em que vivemos, devem ser incentivadas, não tolhidas, iniciativas inerentes à atividade jornalística, amparada nos direitos fundamentais de liberdade de informação e comunicação, assegurados pelos artigos 5º, incisos IV, IX e 220, da vigente Constituição da República, que fomentem o debate e a troca de ideias" (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. R-Rp nº 167980/DF).

Além disso, o dever de assegurar tratamento isonômico alivia o fardo judicial de examinar exclusivamente o conteúdo dos discursos, passando a assegurar, em primeiro plano, o procedimento equilibrado da disputa. Mais importante do que restringir o conteúdo do debate político é tentar garantir seu transcurso com a mais ampla participação igualitária dos envolvidos.

Quando o acesso aos meios de comunicação está observando o dever de conferir tratamento isonômico, o melhor que as instituições de controle podem fazer é deixar o debate político fluir, pois isso interessa à cidadania democrática. Deixar fluir livremente, mas intervindo prontamente quando se constatar desequilíbrio no tratamento das diversas forças políticas.

Essa proposta de regulação procedimental da disputa pode assumir a forma de um critério de aplicação judicial da lei de propaganda eleitoral. A sugestão inicial é a de que, havendo tratamento isonômico, a avaliação judicial sobre a propaganda eleitoral antecipada seja pouco exigente na participação de pré-candidato em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio ou na televisão, expondo plataformas e projetos políticos. Quando não for observado o tratamento isonômico, ou, pelas circunstâncias, não for possível garanti-lo, a avaliação judicial deve ser rigorosa, exigindo a prova de que não houve nem mesmo “alusão à circunstância associada à eleição”.

A graduação do nível de exigência de um exame judicial não é algo sem sentido. Essa distinção há muito tempo é adotada pela Suprema Corte americana ao julgar causas que envolvem o controle de constitucionalidade de atos públicos. Se o objeto do exame é ato que dá tratamento diferenciado às pessoas de acordo com a cor de sua pele (lei que impõe programa de ação afirmativa no acesso ao ensino superior ou emprego público), o escrutínio é especialmente rigoroso (escrutínio estrito), pois o critério distintivo do ato é altamente suspeito, sob a perspectiva da Constituição, já que essa garante a igualdade de tratamento. Nessa hipótese, a razão do Estado para propor a distinção deve ter peso considerável, pois estão em jogo direitos constitucionais importantes. Já quando o ato tem por base um critério menos suspeito (por exemplo, na legislação econômica, a consideração das condições atuais de determinado setor produtivo para motivar a concessão, apenas para referido setor, de estímulos fiscais diferenciados), o escrutínio, de antemão, não é tão rigoroso, assumindo a forma de um teste bem mais suave (teste da mera razoabilidade ou da “relação relacional”).

No caso da propaganda eleitoral antecipada, o dever de tratamento isonômico pode ser tomado como base para o exame da manifestação dos filiados e dos pré-candidatos participantes de programas nos veículos de comunicação, para expor plataformas e projetos políticos, inclusive porque a ressalva está contida no mesmo dispositivo que hoje faculta essa conduta.

A proposta mais detalhada é a de que, quando comprovadamente for observado o tratamento isonômico na participação de pré-candidatos e/ou de filiados a partidos políticos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na Internet, expondo plataformas e

projetos políticos, o teste judicial sobre a propaganda eleitoral antecipada seja menos exigente, contentando-se apenas com a não conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”. Mas quando não for observado um tratamento isonômico, o exame judicial deve ser bem rigoroso, exigindo a prova de sequer ter havido a “alusão à circunstância associada à eleição”, como expor plataformas e projetos políticos.

Voltando ao caso da multa fixada ao então presidente da República, em 25 de março de 2010, o uso privilegiado do meio de comunicação que veiculou o discurso considerado indevido foi tomado como circunstância determinante para o veredito. O Ministro Felix Fischer destacou que, “além de atingir o público presente na inauguração, a mensagem também atingiu um considerado número de pessoas, tendo em vista que foi transmitida ao vivo pela rede pública de televisão NBR”. O Ministro Ayres Britto reconsiderou voto proferido, em sessão anterior, para passar a acompanhar o vencedor. E em nova manifestação, ressaltou que

[...] todo o ato (discurso) foi transmitido pelo rádio e televisão e essa cobertura repercutiu, e muito, caracterizando o favorecimento de uma determinada candidatura. Essa transmissão ao vivo implica uma desigualdade nas oportunidades de prováveis candidatos concorrentes.

No referido caso, portanto, a decisão alcançou maior precisão com o argumento de não ter sido possível dar tratamento isonômico a prováveis candidatos concorrentes desprovidos do mesmo espaço e condições semelhantes para a veiculação de seus discursos. Assim, a menção à ministra como candidata de fato à Presidência da República, para depois continuar sendo citada em discurso aproximado de 32 minutos, ganha dimensão de uma propaganda eleitoral antecipada proibida pela lei.

Esse julgamento, portanto, aplicou o exame mais rigoroso (escrutínio estrito), pois, para não multar, exigiu a prova da não “alusão à circunstância associada à eleição”. Mas a prova não foi possível pelo agente imputado, já que os elementos do caso caracterizaram alusão a circunstâncias associadas à eleição, sem contrapartida do tratamento isonômico. Eis alguns elementos destacados pelo Ministro Felix Fischer no AgR-Rp nº 20.574 (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral): menção

preferencial da beneficiária, embora presentes outras autoridades ao ato; imagem em close da beneficiária, quando o agente afirma não poder dizer quem será o futuro presidente, ocasião em que o público se manifesta com risos e aplausos; discurso centrado na exposição de políticas de governo já executadas, em execução e que se pretende executar, aludindo a projetos que ultrapassam o mandato do agente.

Portanto, ainda que não tenha havido uma conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”, caracterizou-se a propaganda eleitoral vedada, pois não se assegurou a isonomia exigida pelo dispositivo legal. Desse modo, o dever de tratamento isonômico no acesso aos meios de comunicação pode ser tomado como um critério do nível de exigência do controle judicial da propaganda eleitoral antecipada.

Alguém pode dizer que a proposta acaba com a proibição legal de se pedir voto, contida no próprio art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, pois, uma vez obtida a prova do tratamento isonômico, tudo seria permitido, inclusive pedir votos abertamente, o que é vedado pela letra da norma. Mas o exame raso ou suave, quando se constata o tratamento isonômico, pode resultar, sim, em controle, ainda que seja pouco exigente com a conduta do agente. Ele se contenta com a demonstração de não ter havido a conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”, exatamente em virtude de estar sendo observado tratamento isonômico entre os candidatos. Contudo não permite a conjugação simultânea do trinômio.

De acordo com esse raciocínio, está afastada a hipótese de considerar propaganda eleitoral antecipada vedada a ação que leva ao conhecimento do público “a candidatura, a ação política ou as razões que *levem a inferir* que o beneficiário seja o mais apto para a função pública”, observando-se o tratamento isonômico entre os pré-candidatos. Pelo exame menos rigoroso, o dispositivo permite ação com esse sentido implícito, quando textualmente se reporta à participação dos pré-candidatos expondo plataformas e projetos políticos. Então, o pedido de votos que está proibido não é o subliminar ou dissimulado na conduta. Se houvesse a proibição de pedido de votos apenas subliminar, na conduta de se apresentar como pré-candidato, expondo plataformas ou projetos políticos, a lei não faria muito sentido, pois estaria vedando aquilo que expressamente permite, no mesmo dispositivo.

No caso de tratamento isonômico, o que realmente continua vedada é a conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”. Essa proibição tem a finalidade de impedir a antecipação da propaganda, na forma do horário eleitoral gratuito, mantendo-a restrita ao calendário já legalmente fixado. Cuida-se mais de uma economia de tempo e recursos, bem como de expediente para evitar prolongar problemas como a ocupação indevida de espaço, as trocas de ofensa, os direitos de resposta, etc. Outro propósito também muito importante é não permitir a candidatos com mais recursos se valerem dessa condição por maior tempo, agravando ainda mais a desigualdade. Afinal, mais tempo de propaganda, maior quantidade de recursos para realizá-la.

E exatamente por atender a objetivos públicos considerados valiosos, a proibição de captar votos antes do tempo, fazendo conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”, deve então ser mantida, mesmo quando haja tratamento isonômico. Aliás, se todos forem tratados como iguais, se for vedada a todos a tentativa de captar votos antes de certo tempo mediante a conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”, será legítimo o propósito da legislação proibitiva.

Na hipótese de ser assegurado, portanto, o tratamento isonômico, o escrutínio deve ser raso, tendo em vista apenas a conjugação simultânea do trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”. Não será preciso exigir do político que a sua fala seja totalmente desprovida de conotação eleitoral, como aquela decorrente da exposição de plataformas e projetos políticos. Esse será o caso apenas no escrutínio estrito ou severo.

#### **4 Variações sobre o mesmo tema**

É necessário avançar alguns comentários adicionais sobre o critério até aqui proposto, para tentar realçar ainda mais a sua relevância. São duas as observações a serem formuladas.

Em primeiro lugar, convém reconhecer que a distinção do exame judicial em superficial ou rigoroso sofre a crítica até no seu país de origem. Crítica pertinente, diga-se de passagem. Já se observou que, de acordo

com o grau de exigência judicial escolhido, o juízo sobre o ato sindicado estaria elaborado de plano. A opção pelo exame mais rigoroso acabaria fatalmente implicando a ilegitimidade do ato, enquanto a eleição do escrutínio menos exigente significaria a aceitação judicial.

Essa crítica revela o que, desde o início, não se pode descurar, que é a necessidade de a própria opção do critério de exame ser justificado, pois do contrário a avaliação restaria desprovida de fundamentação suficiente. E não se pode apenas deslocar o problema de um ponto para outro.

Não obstante, essa crítica não cabe, no caso do critério interpretativo baseado no tratamento isonômico, levando em conta a descrição feita até o presente momento. Acontece que a opção pelo exame mais rigoroso, ou a escolha do teste pouco exigente, depende de ter sido observado, ou não, o tratamento isonômico entre os candidatos; depende da demonstração dessa circunstância, o que, por sua vez, não esgota de imediato o exame de cada problema, já que está pendente a avaliação dos elementos específicos do caso.

Um desdobramento dessa questão diz respeito à espécie de igualdade capaz de justificar a adoção de um ou outro dos critérios. Não é improvável se afirmar a impossibilidade de tratamento isonômico entre candidato não ocupante de cargo e outro que disputa a reeleição, ou entre candidatos com desempenhos e qualidades diferenciados na atividade política. A reeleição é um tema autônomo, havendo regras específicas com o propósito de tentar minimizar a desigualdade entre os candidatos, em face dessa circunstância, consubstanciadas na repressão ao abuso de poder político, administrativo ou econômico. Mas tanto esse problema como o outro de ser impossível se garantir tratamento isonômico havendo qualidades e desempenhos distintos chamam atenção para uma questão crucial da igualdade.

Afinal, o tratamento isonômico referido na lei é mais bem entendido como igualdade jurídica (formal) ou igualdade de fato (material)? Convém destacar ser dialética a relação entre as igualdades mencionadas. Quando se garantem formalmente competências jurídicas iguais, os indivíduos podem fazer uso diferenciado dessas competências, o que não fomenta a igualdade de fato, tanto nas situações materiais de vida quanto nas posições de poder. A bem da verdade, uma intervenção

excessivamente padronizadora nas situações materiais de vida ou nas posições de poder é capaz de afetar indevidamente a liberdade das pessoas de se conformar autonomamente com a própria vida. Desse modo, a dinâmica da dialética entre a igualdade jurídica e a igualdade de fato exige intervenções e restrições baseadas no objeto e no contexto da regulação, às vezes, afetando materialmente as situações materiais de vida e as posições de poder e, às vezes, garantindo prioritariamente as competências jurídicas formais.

De acordo com essa lição, o tratamento isonômico aludido pela lei da propaganda eleitoral há de ser a igualdade formal, pois as influências dos atores políticos na eleição são diferenciadas de acordo com a qualidade e com o desempenho incentivados pela liberdade. Cada agente político, assim como todo cidadão, tem apenas um voto. Todavia, a influência e a capacidade de comandar ou induzir outros a fazerem a mesma escolha decorrem de características próprias desenvolvidas com a permissão da liberdade, não sendo legítimo, nem possível, padronizá-las.

E também não é o caso de dificultar a manifestação das diferenças, no campo da propaganda eleitoral. O propósito de uma eleição é a escolha motivada da cidadania por certa opção político-partidária. Para se alcançar esse objetivo, as diferenças devem poder se manifestar. Esse tema adquire ainda mais relevância nas sociedades pluralistas modernas, nas quais não haveria plena liberdade de escolha, com dificuldade de exibição da posição de cada um.

Assim, não é possível interpretar o tratamento isonômico de que trata a lei da propaganda eleitoral antecipada como sendo igualdade material efetiva, mas sim formal; ou igualdade de condições, em vez de resultados. Nos tempos atuais, tem sido o inverso quanto ao movimento feminista, que cada vez mais se dá conta de que a garantia jurídica de competências iguais não teve força suficiente para remover discriminações persistentes, e ainda quanto a vários grupos historicamente desfavorecidos no acesso à educação superior, como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, pondo em relevo desigualdades de fato ou materiais.

A descrição do tratamento isonômico na propaganda eleitoral, como sendo igualdade jurídica, torna mais objetiva a tarefa de controle e ajuda a enfraquecer a ideia de reprimir o que se denomina caráter subliminar do discurso. Como se escreveu, os efeitos do discurso são

muito controversos para servir de base para o controle. A consideração dos resultados da fala é então substituída pela verificação da garantia jurídica da competência, ou seja, a oportunidade semelhante de fazer uso do mesmo meio de veiculação do discurso. Observado o tratamento isonômico e não conjugado de modo simultâneo o trinômio “candidato, pedido de voto e cargo pretendido”, então já não há justificativa para a repressão.

Em segundo lugar, a proposta interpretativa não é inócua, tendo consequências processuais significativas.

Em vez de liberar a propaganda eleitoral antecipada de maneira promíscua, facilita o controle em diversas situações, justificando e exigindo a pronta e efetiva intervenção judicial. É o caso quando há uso de meio de comunicação por apenas uma corrente político-eleitoral. Na hipótese, um escrutínio rigoroso exige demonstração de não ter havido nem mesmo uma “alusão à circunstância associada à eleição”, como menção a plataformas e a projetos políticos, dando-se a conhecimento a condição de pré-candidato, situações que, em tese, são permitidas, havendo o tratamento isonômico.

A condenação do então presidente, em 25 de março de 2010, ilustra a força da proposta interpretativa. Esse também seria o caso se um sistema público de comunicação passasse a ser utilizado, em entrevistas e/ou programas com a exposição de plataformas e projetos políticos, mesmo não havendo pedido expresso de voto, por pré-candidatos e/ou filiados de apenas uma parte do espectro político, notadamente o detentor do poder político-administrativo. Em tal hipótese, seria igualmente aplicado o teste judicial mais rigoroso, na avaliação de ter sido praticada propaganda eleitoral antecipada.

O caso da condenação do então presidente da República explicita outra circunstância muito importante. Alguém poderia afirmar que o dever de tratamento isonômico é dirigido às emissoras de rádio e televisão, pelo que a violação desse dever acarretaria punição de tais emissoras e não dos participantes em debates, entrevistas, programas e encontros. Tal alegação pode ser coerente, inversamente, com o entendimento de ser sempre punível o político que faz alguma “alusão à circunstância associada à eleição”, mesmo que as emissoras confirmem-lhe um tratamento isonômico. Mas, como se viu, esse não foi o entendimento

do TSE, que levou em conta a violação do dever de tratamento isonômico para punir o agente político.

Até aqui, a argumentação tem uma implicação processual de relevo. Com efeito, se não há como desvincular a garantia de tratamento isonômico da permissão de participar em entrevistas, programas, encontros e debates, na condição de filiado a partido político ou de pré-candidato, então se pode pensar em imputar aos agentes políticos a responsabilidade, ainda que não exclusiva, de zelar por essa igualdade.

A partir da condenação do então presidente da República, em 2010, é possível estabelecer como regra a presunção de o agente político ter ciência do privilégio em seu favor, quando se viola o dever de tratamento isonômico. Certamente, é uma presunção relativa, mas que tem a importante consequência processual de imputar ao agente, beneficiado pelo tratamento não isonômico, o *ônus da prova em contrário*. O agente político beneficiado pode provar, por exemplo, que verificou que estava participando de programa efetivamente aberto a todas as correntes, em acordo com a emissora e prévio planejamento dela.

## 5 Conclusão

Como arremate, vale de novo destacar que o critério permite maior objetividade à fiscalização da propaganda eleitoral, estabilizando melhor as expectativas de comportamento dos agentes políticos. Além disso, valoriza a política democrática, pois o propósito é garantir condições de legitimidade, que são condições procedimentais da mais ampla participação no processo político, com igualdade de oportunidades, mas sem tentar padronizar indevidamente a sociedade pluralista. E incentiva a circulação de ideias e o debate aberto e abrangente, pois não se detém no conteúdo e na capacidade de cada ator de articular sua comunicação com o público.

Esse pode ser o caminho para releitura das regras do Direito Eleitoral. Somente uma aplicação procedimental do Direito Eleitoral, quiçá no âmbito da propaganda, pode permitir a garantia da igualdade de oportunidades na veiculação dos discursos, mas, ao mesmo tempo, a não restrição indevida da liberdade de expressão política de cada um.

Tem grande valor constitucional regular debate eleitoral e atividade política, inegavelmente permanentes e ininterruptos, sob a ótica de garantia do tratamento isonômico. Do ponto de vista constitucional, melhor do que embaraçar o debate eleitoral é tentar garantir que ele transcorra com a mais ampla participação dos protagonistas, em simétrica paridade, tanto quanto isso seja possível. As inúmeras vedações contidas na Lei das Eleições, inclusive a de que não se pode fazer propaganda eleitoral antes de determinada data, têm esse propósito.

Uma forma de garantir a isonomia é impedir certas ações, ou vedar realizações por certo período, pois nem todos teriam condições de delas fazer uso, por tanto tempo, pelos mais diversos motivos, como os de ordem financeira. O acesso a meios de comunicação é um dos mecanismos mais valiosos para o funcionamento democrático das sociedades de massa de hoje em dia. Não é possível estabelecer um contato com o eleitor, nem ser conhecido, sem utilizar esses meios de comunicação, especialmente a televisão aberta. Quando se vedam certas ações a todos, em tese isso resulta numa maior igualdade, pois nem todos têm condições financeiras de usar a televisão o tempo todo para chegar ao grande público.

Todavia, como foi dito anteriormente, quando se constata que o acesso aos meios de comunicação está observando o dever de conferir tratamento isonômico, então o melhor que as instituições de controle podem fazer é deixar o debate político fluir, pois isso interessa à cidadania democrática. E deixar fluir livremente, mas intervindo prontamente quando se verificar desequilíbrio no tratamento das diversas forças políticas. Esse princípio geral, decorrente da Constituição (art. 14 e parágrafos, especialmente o § 9º, que especifica o princípio da igualdade no âmbito eleitoral e o postulado da normalidade e da legitimidade das eleições), compõe o pano de fundo da proposta feita no texto, o valor maior que se busca afirmar, com as distinções aqui elaboradas.

De modo que, além de ser consistente com a prática jurídica atual, a proposta oferece um fundamento teórico de grande alcance, pois está de acordo com as exigências do Estado constitucional democrático. A proposta é ajustada à prática jurídica, além de justificá-la da melhor maneira possível, ao estimular a ação político-eleitoral em contraditório, pois a ação política em contraditório é fonte de legitimidade no Estado pluralista moderno. E dizer que não há legitimidade sem igualdade é

o mesmo que dizer que não há política democrática sem igualdade, portanto a Justiça Eleitoral tem o dever de assegurar esse princípio.

## Referências

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 524344/SP. Rel. Min. Marcelo Ribeiro. *DJE*, 29 abr. 2011, p. 51-52.

\_\_\_\_\_. Agravo Regimental na Representação nº 20.574/DF. Rel. Min. Henrique Neves; red. designado Min. Felix Fischer. *DJE*, 11 maio 2010, p. 31-32.

\_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 10.203/PR. Rel. Min. Arnaldo Versiani. *DJE*, 10 maio 2010, p. 16.

\_\_\_\_\_. Representação nº 4199135/DF. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. *DJE*, 1º jul. 2010, p. 5.

\_\_\_\_\_. Recurso na Representação nº 98951/DF. Rel. Min. Henrique Neves. *DJE*, 23 ago. 2010, p. 75-76.

\_\_\_\_\_. Recurso na Representação 177413/DF. Rel. Min. Joelson Dias. Publicado em sessão, 10 ago. 2010. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 8 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Recurso na Representação nº 167980/DF. Rel. Min. Joelson Dias. *DJE*, 17 fev. 2011, p. 38-39.