



Tribunal Regional Eleitoral
do Rio Grande do Sul

Revista do **TRE-RS**

Julho/Dezembro de 2019

**PROPAGANDA ELEITORAL
ANTECIPADA: TEORIA
FUNCIONALISTA SISTÊMICA
VERSUS TEORIA CLÁSSICA DA
PROPAGANDA ELEITORAL**

Alexandre Basílio Coura

RESUMO: Este artigo procura trazer à discussão a atual e problemática interpretação do conceito de propaganda eleitoral pós Lei nº 13.488/2017, em especial no que diz respeito à propaganda eleitoral impulsionada pela internet, bem como quanto aos eventos de verdadeira pré-campanha que vêm ocorrendo por todo o Brasil visando às futuras candidaturas presidenciais. Como sugestão de interpretação dos novos dispositivos, este texto apresenta como tese uma nova forma de se interpretar o arcabouço positivado sobre a matéria, sugerindo o uso da Teoria Funcionalista Sistêmica da Propaganda Eleitoral, em contraposição à Teoria Clássica da Propaganda.

PALAVRAS-CHAVE: Propaganda eleitoral; Teoria Funcionalista Sistêmica; impulsionamento de conteúdo; propaganda eleitoral antecipada.

ABSTRACT: *This article seeks to bring to discussion the current and problematic interpretation of the concept of electoral propaganda after Law N. 13.488/2017, especially with regard to internet-driven electoral propaganda, as well as the true pre-campaign events that have been taking place by all over Brazil with a view to future presidential nominations. As a suggestion of interpretation of the new devices, this text presents as thesis a new way of interpreting the assured framework on the subject, suggesting the use of the Systemic Functional Theory of Electoral Propaganda, as opposed to the Classical Theory of Propaganda.*

KEYWORDS: *Electoral propaganda; Systemic Functionalist Theory; content boosting; advance electoral propaganda.*

1. INTRODUÇÃO

Uma das mais poderosas ferramentas políticas, e decerto a mais eficiente, é a propaganda política. Em consequência disso, nos últimos vinte e um anos tivemos mais de uma dezena de alterações na legislação eleitoral na tentativa de controlá-la, ou de refrear o predomínio do poder econômico sobre ela.

Influenciar uma soma substancial de opiniões individuais pode determinar uma hegemonia ideológica, desejo de muitos dos partidos do passado e também dos atuais. Vários regimes totalitários se utilizaram dos mecanismos de propaganda para isso, inclusive no Brasil em tempos não muito remotos, criando um labéu à ideia de marketing político difícil de se erradicar.

O avanço tecnológico desenvolveu novos meios de comunicação de massas que rapidamente foram aproveitados pela mídia política. Porquanto esses meios terem forte poder de influência sobre o eleitorado fez com que rapidamente fossem normatizados na tentativa frustrada de se buscar uma isonomia - a tão sonhada igualdade de chances, quase nunca possível. Tal impossibilidade não reduziu o anelo dos legisladores de contender o abuso de poder econômico, definido desde sempre, conforme Alexis de Tocqueville¹, como maior inimigo da democracia tornando-se pretexto para muitas das reformas políticas.

¹ TOCQUEVILLE, Alexis de (2014). **A democracia na América: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social-democrático fez nascer entre os americanos**. São Paulo: Martins Fontes.

Cenários de evolução tecnológica, desigualdade quanto ao poder econômico dos disputantes e a própria supremacia das mídias de comunicação em massa na influência do eleitorado vêm sendo a tríplice preocupação da Justiça Eleitoral desde a sua criação, em 1932, quando o rádio ainda era o principal instrumento de convencimento político, utilizado fortemente por Getúlio Vargas para transmitir a ideia de unificação nacional e também de reforçar uma conciliação entre as classes sociais (FERRARETTO, 2001).

Com a chegada da internet novos desafios surgiram, exigindo conhecimento interdisciplinar dos *players* políticos e potencializando o alcance das informações de forma só comparada à criação da prensa de tipos móveis de Johannes Gutenberg, em 1455, considerado o invento mais importante do segundo milênio e que deu início à Revolução da Imprensa.

Junto com a nova tecnologia veio a necessidade de normatização e controle em busca de se reduzir a influência do poder econômico de uns sobre outros. Isso, para as eleições de 2018, deu azo a inúmeros debates sobre a melhor forma de se evitar uma possível acracia nas disputas eleitorais em consequência do uso descontrolado da internet e seu intimidante e desconhecido poder.

Conciliando a complexidade do uso da internet como ferramenta de propagação político-ideológica e as transatas alterações legislativas sobre o conceito de propaganda eleitoral no tempo, sobreveio o gatilho para criação de um dos mais desafiadores ambientes de disputa política de todos os tempos. Rios de tinta vem sendo utilizados para descrever as possibilidades de controle das manifestações políticas na internet, estando as maiores preocupações concentradas nas notícias falsas - *fake news* -, nos *bots* e nos *trolls*², termos até então presentes apenas nos ambientes voltados à computação.

2 Bot é uma abreviação da palavra robot, que no contexto da internet possui um conceito diferente dos robô físicos que estamos acostumados a imaginar. Os *bots* de internet são pequenos programas

Destarte, não obstante a amplitude do tema, este estudo pretende, em especial, suscitar a reflexão a respeito do conceito adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no julgamento do Recurso Especial 5124/MG, sobre propaganda eleitoral antecipada, prevista no artigo 36-A da Lei nº 9.504/97, e as consequências de sua aplicação no novel ambiente digital, provocando uma nova visão sobre a propaganda eleitoral antecipada como uma modalidade de propaganda lícita antes do período previsto em lei.

2. PROPAGANDA ELEITORAL E PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA

A propaganda político-eleitoral desde a sua estreia em códigos eleitorais brasileiros recebeu importância sem par do legislador. Em sua primeira aparição, suas disposições elementares se encontravam no título das garantias eleitorais, da Lei nº 48, de 4 de maio de 1935, conhecida como Código Eleitoral Vicente Rao.

O seu art. 165 assim dispunha:

8) o Tribunal Superior e os tribunais regionais darão Habeas-corpus e mandado de segurança **para fazer cessar qualquer coação ou violência, actual ou imminente, ao exercício do direito de voto de propaganda política;**

9) em casos urgentes o habeas-corpus e o mandado de segurança poderão ser requeridos ao juiz eleitoral, que o decidirá sem demora, com recurso necessário para o Tribunal Regional;

criados para realizar tarefas repetitivas, existindo as mais diversas aplicações, desde alimentadores de sistemas de buscas ao falseamento de identidades com o uso políticos, sendo este último o que mais nos interessa neste presente artigo. Os trolls originam-se das calorosas discussões em ambientes digitais nas quais alguém desinteressado se juntava à discussão apenas com o interesse de prejudicar o debate, apresentado argumentos irracionais ou falácias, tudo com o objetivo de alterar o rumo do debate.

10) é vedado, aos jornaes officiaes da União, Estados, Districto Federal, Territorio e Municipios, a propaganda politica em favor de candidato ou partido contra outros.

Em que pese a importância do tema para a política nacional, nenhuma das legislações seguintes cuidou de criar um conceito para propaganda eleitoral. Apenas surgiram novas modalidades de propaganda política - que se estabeleceu como gênero - passando a propaganda eleitoral a ser tratada como sua mera espécie.

Cada doutrinador tratou de discorrer sobre o seu próprio conceito de propaganda eleitoral, no entanto, prevaleceu por muitos anos o conceito jurisprudencial segundo o qual a propaganda eleitoral seria uma manifestação publicitária levada a conhecimento geral com a pretensão de revelar ao eleitorado, simultaneamente ou não, o cargo político cobijado pelo candidato, suas propostas de ação para o cargo e sua aptidão ao exercício para a função pública³.

Além disso, defendia-se, antes da vigência da Lei nº 12.034/2009, que toda e qualquer forma de propaganda eleitoral só seria permitida a partir de um marco temporal que a disparasse, chamado por muitos de período de campanha eleitoral, o qual, originariamente, tinha início no dia 05 de julho do ano da eleição. O período vivenciado era de total repressão às manifestações políticas extemporâneas.

Com isso, considerava-se irregular toda manifestação que, antes desse momento legalmente estabelecido, levasse ao conhecimento do eleitorado qualquer informação sobre a pretensão à candidatura política ou mesmo informação elogiosa sobre determinado indivíduo que pudesse ser associado às próximas campanhas políticas, ainda que de forma subliminar.

Imperou por algum tempo a teoria do gancho⁴, segundo a qual a manifestação pública, implícita ou explícita, ostensiva ou

3 Respe n. 16.183/MG, de 17.2.2000, Rel. Min. Eduardo Alckmin, DJ de 31.3.2000

4 CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda Eleitoral**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

subliminar, que pudesse ser ligada à próxima campanha eleitoral, beneficiando ou prejudicando um possível candidato, ainda que tal candidatura não se efetivasse, poderia ser reconhecida como propaganda eleitoral antecipada.

No ápice de tal exegese, muitos eleitores tiveram sua liberdade de manifestação tolhida, proibidos de declarar apoio à defesa de ideias e candidaturas, recebendo punições como na clássica anedota oriunda de Sergipe, onde uma eleitora teria sido multada pelo TSE⁵, em votação por maioria de 5x2, em cinco mil reais por afixar em seu veículo, antes do período legal, um adesivo com os dizeres “Agora é Dilma”, acompanhado por uma estrela vermelha do partido.

Imperava uma certa hipocrisia entre os agentes políticos que, enquanto se esforçavam para manter os seus nomes na mente do eleitorado em razão da evidente candidatura, precisavam ter o máximo cuidado para que não fosse notada a atuação com intenção político-eleitoral, embora fosse conhecida por todos.

Quanto aos eleitores, por mais conhecida que fosse a tal candidatura, não se podia mencioná-la antes do período de campanha eleitoral, como no clássico filme *The Village*⁶, de Night Shyamalan, em que os habitantes de uma vila para falar sobre seres de uma floresta, conhecidos por todos, utilizam a todo momento a frase “Aqueles de quem não falamos”.

Assim, num *pout-pourri* de comportamentos camaleônicos, os brasileiros fizeram política até 2009. Os políticos fingiam não ser candidatos e os eleitores fingiam acreditar, satisfazendo o imperativo legal que cerceava o direito amplo e democrático dos eleitores de discutir questões políticas.

5 Respe n. 203142/SE, de 20.03.2012, Rel. Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA

6 *The Village* (2004). Filme americano dirigido por Night Shyamalan e traduzido para o Brasil como *A Vila*.

3. EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA PROPAGANDA ANTECIPADA: QUEBRA DE PARADIGMAS

Por muito tempo as representações por propaganda eleitoral extemporânea predominaram na justiça eleitoral, em especial nos primeiros seis meses do ano em que se disputava o prélio. E foi para resolver tais vicissitudes que os legisladores, por meio do Projeto de Lei (PL) nº 5498/2009, do Deputado Henrique Eduardo Alves e outros, buscaram quebrar o verdadeiro axioma na interpretação do que seriam as propagandas eleitorais antecipadas.

A primeira modificação foi simplista. Após apresentação do PL nº 5498/2009, discutidas suas 138 emendas, foi sancionada em 24 de setembro de 2009 a Lei nº 12.034 que trazia o novel artigo 36-A, com a seguinte redação:

Art. 36-A. Não será considerada propaganda eleitoral antecipada:

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.

Com a criação do conceito negativo de propaganda eleitoral antecipada, por meio de um rol exaustivo, o legislador abriu inúmeras possibilidades, mas não resolveu o problema de se identificar o que seria propaganda eleitoral. Por isso, as representações continuaram abarrotando os tribunais eleitorais e questionando se determinadas insinuações não extrapolariam a igualdade de chances, iniciando a corrida eleitoral antes do período determinado.

O conceito do que seria propaganda eleitoral se tornara ainda mais complexo, uma vez que a construção jurisprudencial criada e utilizada até então restou inútil, pois, se a exegese se baseava em comportamentos proibidos a destempo para conceituar propaganda lícita e, por consequência, ilícita por antecipação, impossível seria sua manutenção, uma vez que os comportamentos outrora proibidos teriam deixado de violar a norma com o novel art. 36-A criado pela lei 12.034/2009.

Essa alteração foi o prelúdio de toda a confusão conceitual que se criou quanto à definição de propaganda eleitoral antecipada e que hoje causa enorme impasse nos julgados que mesclam manifestações antecipadas permitidas e propaganda eleitoral paga ou vedada em sítios de pessoas jurídicas.

Para entender esta marcha, é necessário verificar as reformas trazidas pelas Leis de números 12.891/13, 13.165/15 e 13.488/17, sobre as quais discorreremos rapidamente.

Em 2013, às vésperas das eleições presidenciais de 2014, o PLS 441/2012 fluía de forma açodada pelo Senado. Era necessário aprová-lo até um ano antes das eleições de 2014 para que pudesse ser aplicável àquele pleito. No entanto, em razão das inúmeras emendas

e dos aspectos controvertidos de mais aquela minirreforma, não foi possível vencer o óbice imposto pelo princípio constitucional da anualidade, previsto no Art. 16 da Constituição Federal da 1988.

Aprovado, o projeto deu lugar à Lei nº 12.891/13, que só seria aplicável nas eleições de 2016. Novos incisos foram acrescentados ao art. 36-A, acrescentando a possibilidade de manifestações políticas que, embora configurassem evidente propaganda, não seriam ilícitas. Apesar de alguns artigos desta lei nunca terem sido aplicados, uma vez que alterados pela reforma de 2015, os incisos I, II e IV se mantiveram, mesmo com a Lei nº 13.165/15, conforme pontuo abaixo:

Art. 36-A. **Não serão consideradas propaganda antecipada** e poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: (não mais vigente, pois alterado pela Lei nº 13.165/15)

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

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; **(Vigente)**

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

pelos redes sociais; **(não mais vigente, pois alterado pela Lei nº 13.165/15)**

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; **(Vigente)**

V - a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais. **(não mais vigente, pois alterado pela Lei nº 13.165/15)**

Parágrafo único. É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias. **(Revogado pela Lei 13.165/15)**

Questão interessante que já se desenhava durante a tramitação do PL nº 441/2012 é a nova interpretação dada às manifestações de caráter político extemporâneas. Se antes eram consideradas propagandas ilícitas por antecipação, agora eram discutidas pelo congresso como exceções à vedação à propaganda eleitoral antecipada, como mencionou o Senador Valdir Raupp na página 3 (três) do Relatório da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania ao justificar e aprovar o projeto de lei dizendo “*Alteram-se, também, as disposições sobre as exceções à vedação da propaganda antecipada, para incluir nelas as novas mídias sociais*”⁷ Observar esse contexto é essencial para compreensão do que propomos neste estudo, em razão de os próprios senadores tratarem as novas disposições legais como modalidades de propaganda eleitoral antecipada lícita.

A esta altura, nova reforma já se desenhava por meio do PL 5735/2013, que daria origem à Lei nº 13.165/2015 e que reformaria inclusive os textos da Lei nº 12.891/13, que nunca fora aplicada integralmente. Os autores do projeto 5.735/2013 em

7 <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3687774&disposition=inline> pg 3, Acessado em 20 de janeiro de 2018.

seu texto original deixaram clara a intenção de criar propagandas eleitorais antecipadas lícitas, mencionando na proposta de nova redação para o art. 36-A o seguinte texto: “*Art. 36-A. Não será considerada propaganda eleitoral antecipada **vedada por esta Lei***”. Basta alterar a ordem das orações para que se perceba a intenção do legislador, qual seja, a de que não será vedada a propaganda eleitoral antecipada disposta no rol seguinte. Reduzindo ainda mais, será permitida a propaganda eleitoral antecipada exposta no rol seguinte.

Ao longo da discussão do PL 5735/2013, houve 135 emendas e vários substitutivos. Além disso, a esse PL foram juntados outros dois projetos votados em conjunto, os PL’s 2078 e 2259, ambos de 2015.

A redação original do PL era vanguardista, havia a intenção de se permitir, inclusive, o pedido de votos na internet antes do período de propaganda eleitoral, o que foi criticado pelo Deputado Ilário Marques, autor do parecer⁸ da Comissão de Ciência e Tecnologia que definiu pela rejeição de várias emendas ao projeto com o seguinte texto:

Continuando sobre as propostas de mudanças na Lei das Eleições, o Art. 36-A é alterado para que não sejam consideradas propagandas eleitorais antecipadas as manifestações individuais, com ou sem pedido de voto, quando veiculadas pela internet. Este tópico recebeu um tratamento mais pormenorizado no texto final da Lei 12.891/13, porém mais restritivo. No dispositivo em vigência, não é considerada propaganda eleitoral antecipada a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas, a divulgação de atos, atividades parlamentares e a divulgação de prévias partidárias, desde que não haja pedido de votos.

8 http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1264855&filename=PRL+1+CCTCI+%3D%3E+PL+5735/2013 Acessado em 20 de janeiro de 2018.

Entendemos que a liberalidade proposta no PL aumenta consideravelmente o poder da internet como veículo de propaganda eleitoral, trazendo a reboque um alto potencial de aumentar a divisão social no que diz respeito ao acesso à informação. **Ademais, por serem a internet e as redes sociais um recurso praticamente ilimitado, a liberação dos pedidos de votos naquele veículo poderá favorecer os candidatos com maior poder econômico. Portanto, somos contrários à medida proposta.**

A preocupação do deputado dizia respeito à proposta de nova redação ao art. 36-A, que defendia⁹:

Art. 36-A. Não será considerada propaganda eleitoral antecipada vedada por esta Lei:

V - a manifestação político-eleitoral individual, vedado o anonimato, **com ou sem pedido de voto**, veiculada pela internet, observadas as disposições constantes dos artigos 57-A a 57-I.

VI - a realização de atividades típicas de pré-campanha, tais como as declarações públicas que levem ao conhecimento geral a pretensão de disputar eleições e as ações políticas que se pretende desenvolver, as manifestações de apoio a partidos e a pré-candidatos, entre outras, desde que não haja pedido explícito de votos, nem menção a número de candidato, utilização de símbolos de campanha, distribuição de panfletos, arrecadação de fundos, realização de comícios ou outras ações próprias do período de campanha eleitoral. (NR).

9 http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1102056&filename=PL+5735/2013

Ao final, após toda a discussão legislativa, o texto do projeto restou assim oficializado:

Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito 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:

III - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos;

V - a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais;

VI - a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias.

§ 1º É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias, sem prejuízo da cobertura dos meios de comunicação social.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos I a VI do caput, são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver. § 3º O disposto no § 2º não se aplica aos profissionais de comunicação social no exercício da profissão. (NR)

Chegando o projeto no Senado, recebido como PLS 483/2015, o Senador Romero Jucá (PMDB-RR) salientou:

[...] a importância de enfrentar a “hipocrisia” em torno das pré-candidaturas e a “criminalização” da manifestação política. Ele mencionou que, sob as regras atuais, um candidato ainda não homologado tem dificuldade para se expressar nos meios de comunicação por temor de a situação ser enquadrada como campanha antecipada¹⁰.

Até esse momento, o cenário construído pelo legislativo era o de que haviam determinadas condutas que poderiam ser realizadas no período pré-eleitoral sem que fossem consideradas ilegais. Eram verdadeiras propagandas eleitorais antecipadas, no entanto lícitas, como frisaram vários deputados ao longo da discussão.

As manifestações políticas continuariam recebendo o mesmo tratamento legal. Poderiam ocorrer dentro das hipóteses permitidas, mas não poderiam conter pedidos explícitos de votos e nem ser feitas de forma a gerar abuso de poder econômico ou violando os limites então definidos.

3.1 O JULGAMENTO DO RESPE 5124/MG. ***PREFERRED POSITION*** DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A interpretação de muitos tribunais quanto à configuração da propaganda eleitoral antecipada continuou vacilante. Ainda não se solidificara a ideia de que existiam propagandas eleitorais antecipadas lícitas e, para muitos, houve uma deturpação do conceito de propaganda, sobre a qual falaremos adiante. Não obstante, sobre a evolução legislativa atingida até este momento, o julgamento de

10 <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/511722/2015-07-16.pdf?sequence=1> Pg. 3.
Acessado em 20 de jan de 2018.

uma representação oriunda do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE-MG) daria novos contornos à discussão.

No dia 29 de novembro de 2016, o TSE julgou o *leading case* sobre propaganda eleitoral antecipada envolvendo a nova sistemática trazida até a reforma da Lei nº 13.165/15, inflamada por ter ocorrido em um ambiente de rede social. Observe que no contexto deste julgamento não havia menção a impulsionamento pago pela publicação na mídia social. O caso versava tão somente quanto à irregularidade da manifestação político-eleitoral no tempo.

O litígio é paradigmático. Por unanimidade a Corte Eleitoral definiu a interpretação sobre o que seria propaganda eleitoral antecipada. A partir daquele julgado, seria dada supremacia à liberdade constitucional de expressão e manifestação do pensamento, em detrimento do punitivismo visto outrora. Só seria propaganda eleitoral a manifestação em que houvesse, de forma explícita, o **pedido de voto**.

No caso concreto, outra decisão não poderia ter sido tomada, uma vez que a única manifestação realizada pelo representado, e considerada irregular pelo TRE-MG, foi a publicação de uma foto sua no Facebook, antes do período eleitoral, ao lado da qual havia os seguintes dizeres: “*PSB/MG - O melhor para sua cidade é 40!*”. Longe de configurar qualquer irregularidade, segundo o novo marco teórico definido pelas reformas eleitorais até então vigentes, inclusive porque consonante com a permissão expressa do art. 36-A, caput, da Lei nº 9.504/97, alterada pela Lei nº 13.165/2015.

Neste sentido, um ponto essencial da decisão do Min. Luiz Fux chama a atenção como embasamento de sua decisão:

Destarte, a mensagem veiculada não acarretou prejuízo à paridade de armas, pois qualquer eventual competidor poderia, se assim quisesse, proceder da mesma forma, divulgando mensagens sobre seus posicionamentos, projetos e qualidades, em igualdade

de condições, principalmente por tratar-se de propaganda de custo diminuto, **inapta a ocasionar interferência indevida do poder econômico no pleito;**

Sem adentrar no que toca à possibilidade de paridade de armas apresentada pelo eminente Ministro, uma vez que foge ao nosso escopo, mas não escapa à nossa crítica, exsurge dessa circunstância a concepção de uma exegese fundamental para o deslinde das próximas testilhas sobre propaganda eleitoral antecipada. A partir de então, as manifestações poderiam ocorrer em qualquer ambiente, respeitadas as regras postas, seja no mundo digital ou natural, desde que não interferissem no resultado do pleito por meio da influência do poder econômico e que não houvesse pedido explícito de votos. Nesses casos, prevaleceria a liberdade de informação, de expressão e de manifestação do pensamento, numa posição preferencial.

Em resumo, haveria o uso da *ad hoc balancing theory of preferred position of freedom speech*, mitigando essa liberdade de expressão quando houvesse prejuízo à democracia por meio da influência do poder econômico nos pleitos eleitorais. Claro que esse sopesamento não chega a ser uma verdadeira teoria, mas pode ser considerada uma estratégia de solução de problemas nos quais houver dois direitos jus fundamentais em conflito, exatamente o caso apresentado.

Importante ressaltar o acerto da decisão prolatada no Respe 5124/MG, em especial sobre a posição preferencial da liberdade de expressão. Sabe-se que esse direito jus fundamental constitui um dos valores mais preciosos do regime democrático, conforme citou o subprocurador da República, Geraldo Brindeiro, em clássico artigo¹¹ sobre o tema:

11 <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175874/000455042.pdf?sequence=1> Acessado em 20 de janeiro de 2018.

A liberdade de expressão constitui um dos valores mais preciosos do regime democrático. Não é sem razão que já após a Revolução Francesa, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no seu art. 11 dizia “*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme*”.

Sem embargos, o mesmo autor relembra a inexistência de direitos e garantias absolutas, trazendo o que previa o art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e esclarecendo que o parlamento pode e deve estabelecer os limites do exercício de tal liberdade quando exige a ordem pública.

As bases construídas pelo julgamento do Respe 5124/MG foram muito importantes para pacificar o ambiente conturbado em que se encontrava a interpretação, por vários tribunais, do conceito de propaganda eleitoral antecipada. Contudo, dois novos fatores contribuíram para intensificar esse debate. O primeiro deles foi a nova reforma eleitoral trazida pela Lei nº 13.488/2017. O segundo foi a prática cada vez mais comum de se repetir decisões anteriores com fundamento em sua ementa, sem atentar para o contexto em que foi julgado, o que podemos chamar de *blinding stare decisis*, uma aplicação cega do *stare decisis et non quieta movere*¹², seja vertical ou horizontal.

3.2 A DERRADEIRA REFORMA ELEITORAL, A LEI Nº 13.488 E AS PROPAGANDAS PAGAS NA INTERNET

Como de praxe tem sido nos últimos anos, às vésperas do prazo fatal definido pelo art. 16 da Constituição da República, no dia 6 de outubro de 2017, foi aprovada a nova reforma eleitoral a ser aplicada nas eleições de 2018. Novos desafios que se misturam a antigas interpretações da lei vigente.

¹² Expressão latina da qual se reduz: respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido

O art. 36-A nesta rodada foi pouco vilipendiado, exceto pelo acréscimo do inciso VII, não previsto dentro das situações de permissibilidade do parágrafo segundo do mesmo artigo.

O que contribuiu para o caldeirão de discórdia que se consolidou sobre o assunto foi a alteração trazida pela nova redação dada ao art. 57-C, que agora dispunha, em contraposição ao texto vigente até então, sobre a possibilidade de propagandas eleitorais pagas na internet, ou seja, o famigerado impulsionamento de publicações.

A vedação absoluta ao pagamento de propagandas eleitorais na internet deu lugar ao seguinte texto trazido pela Lei. nº 13.488/17:

Art. 57-C. É vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet, **excetuado o impulsionamento de conteúdos, desde que identificado de forma inequívoca como tal e contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes.**

O desafio agora seria conjugar a nova disposição legal com o fato de que toda a construção normativa e jurisprudencial definida até então possibilitava a manifestação, dentro ou fora da internet, de questões políticas, lançamento de candidaturas, moções elogiosas sobre pré-candidatos, histórico de trabalho e pretensão de novos desafios, tudo isso desde que não houvesse pedido de votos.

Conquanto isso, uma pergunta mantinha-se sem resolução: tais manifestações permitidas a destempo poderiam ser estimuladas monetariamente para alcançar eleitores que navegassem em territórios mais longínquos, inacessíveis de forma natural? Essa pergunta, ainda sem resposta pacífica converteu-se na vedete da vez, e explorá-la a partir das interpretações que se seguiram do julgado paradigma RP 5124 tornou-se o principal desafio das eleições de 2018.

Mister consignar que, o texto do art. 57-C, da Lei nº 9.504/97, vem sendo interpretado de forma equivocada por muitos, como sendo a permissão para se monetizar qualquer manifestação política pela internet, desde que não haja pedido de votos. Cabe lembrar que o excerto da norma é explícito em limitar essa remuneração a grupos específicos, quais sejam: os partidos, as coligações e os próprios candidatos e seus representantes.

Colabora com a ideia de que não poderia haver remuneração de manifestações político- eleitorais por parte de usuários a vedação expressa disposta no art. 57-b, IV, b, da Lei nº 9.504/97, o qual dispõe:

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

[...]

IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado por:

b) qualquer pessoa natural, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos.

Em consequência da legislação proibitiva, uma forte corrente passou a defender que seriam lícitas as manifestações políticas remuneradas pelas redes sociais, ainda que repletas de exteriorização de posições políticas, desde que não houvesse pedidos de votos, concluindo tal doutrina pela interpretação de que, não havendo pedido de votos, não restaria tipificada uma propaganda política, muito menos uma propaganda política antecipada.

Neste ponto, cria-se um impasse. Por um lado a norma diz que certos comportamentos não configuram propaganda eleitoral antecipada. Por outro, a nova redação dada ao art. 57-C diz que é

vedada a veiculação de qualquer propaganda eleitoral paga na internet, exceto o impulsionamento contratado por partidos, coligações e candidatos ou seus representantes. Para possibilitar a manifestação política paga (sem pedido de votos) seja no mundo virtual ou fora dele, surge a necessidade de se excluir a subsunção ao texto do art. 57-C, o que foi feito, a partir de então, com a interpretação de que, sem pedido de votos, não há propaganda eleitoral, podendo qualquer manifestação, sem pedido de votos, ser impulsionada pelas redes sociais ou veiculada por meio de carreatas, passeatas, recepções em aeroportos etc, sem que caiba qualquer previsão de sanção.

Atente-se para o equívoco de tal exegese. O Art. 36-A menciona antes de enumerar em rol de condutas permitidas, que **“Não configuram propaganda eleitoral antecipada (...)”**. Uma das possibilidades de leitura dessa oração, que se coaduna com toda a discussão legislativa ocorrida desde a construção da Lei 12.034/09, conforme citado, é a de que os comportamentos a seguir listados pelo Art. 36-A deixariam de ser propagandas ilícitas por antecipação. Nunca tendo havido uma discussão sobre deixarem de ser propagandas eleitorais, talvez por receio de se infringir o óbvio.

Contudo, para toda a discussão que se surgiu desde então, um questionamento recebeu lugar de destaque: teria o adjetivo “antecipado”, na oração, o condão de transformar o substantivo que qualifica?

Para a teoria clássica do conceito de propaganda eleitoral, criada a partir de então, a resposta a tal questionamento é positivo. Nessa concepção, o fato de se dizer que não é propaganda eleitoral uma manifestação em razão de sua liberação em momento prévio ao legalmente definido para as campanhas eleitorais, (ou seja, dizer que não é propaganda eleitoral antecipada) é o mesmo que dizer que não é propaganda. Aos nossos ouvidos, isso soa tão absurdo quanto dizer que um fato deixou de ser crime por não ser mais crime hediondo.

O afastamento da questão temporal definida pelo termo antecipado não pode ser capaz de alterar a natureza da manifestação, razão pela qual deveria, ainda que ausente o termo “voto”, qualquer manifestação política respeitar os limites dispostos na legislação, vocacionados a reduzir a influência do poder econômico, em especial o art. 57-C que veda “***qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet***”.

3.3 O ***BLINDING STARE DECISIS*** VERTICAL OU HORIZONTAL

A repetição de uma ideia disposta em julgamento anterior se transformou em uma praxe nos tribunais brasileiros. Se por um lado há uma forte corrente normatizada no Novo Código de Processo Civil sobre a força normativa dos precedentes e a necessidade de respeitá-los, de outra, há a necessidade de se analisar quando tratar-se do mesmo caso, certo de que, com frequência, em especial nos julgados eleitorais, há importantes situações de *distinguishing*, não sendo incomum até mesmo o *overruling*.

A partir da premissa estabelecida pelo julgamento do Respe 5124 vários Ministros do TSE se acossaram àquela interpretação, secundando que, as manifestações que não contivessem pedido explícito de voto não poderiam ser consideradas propagandas eleitorais.

Calma! Leia novamente a última linha do parágrafo anterior. Observe que a ausência de um termo essencial nesta oração muda todo o contexto construído até então. Repito. Aqui há duas situações amplamente opostas. A primeira é seguir a interpretação do acórdão paradigma idealizado pelo Ministro Fux e dizer que a ausência do pedido de votos torna “atípica” a irregularidade da propaganda eleitoral antecipada. Continua sendo propaganda antecipada, portanto, propaganda eleitoral, porém permitida, uma vez que, em conformidade com a legislação.

Diverso disso é dizer que não configura propaganda eleitoral a manifestação que não contenha pedido explícito de votos. Não ser propaganda é diferente de não ser propaganda eleitoral antecipada, conforme já dito. E eis que surge uma desmensurada discussão jurídica que só tende a se agravar diante da eliminação de diversas ferramentas de controle sobre os comportamentos ilícitos por uma simples repetição de ideias descontextualizadas em julgados.

E assim, por mais implausível que pudesse parecer, vários julgados que se seguiram ao Respe 5124 passaram a citá-lo como precedente paradigma, no entanto, mantendo a posição de que a ausência do pedido de votos fazia com que a manifestação política analisada não fosse considerada propaganda eleitoral.

Essa questão, embora pouco estudada e observada, gera consequências graves a todo o direito eleitoral positivo disposto sobre o assunto. Importante descortinar que, a palavra propaganda é componente essencial dos tipos penais previstos no Código Eleitoral que dispõem sobre a proteção à honra dos candidatos, conforme previsto nos artigos 323 a 326 daquela consolidação. Sem essa elementar do tipo, a ação se torna atípica. Ou seja, se a manifestação não é considerada propaganda para fins de regulação temporal do discurso, muito menos poderá ser considerada propaganda para fins penais¹³.

Alcançamos aqui uma interpretação perigosa: a de definir que uma manifestação política é considerada propaganda eleitoral pela presença ou ausência da palavra voto. Uma interpretação indigente e insipiente a nosso ver.

Ademais, vale repisar que, se uma manifestação não é considerada propaganda pela ausência da palavra voto, não há

13 As consequências de dizer que uma manifestação sem pedido explícito de votos não é propaganda eleitoral atinge a própria competência para julgamento dos crimes eleitorais, uma vez que os tipos penais dos crimes contra a honra, previstos no Código Eleitoral, exigem a elementar "na propaganda" ao mencionarem, por exemplo: "Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda(...)". Se a calúnia não ocorre na propaganda ou visando fins de propaganda, a competência passa a ser da Justiça Comum.

nada que não convenha ao interlocutor, uma vez que tudo lhe será lícito. Desde que não use a palavra voto, poder-se-ia impulsionar a publicação, cometer injúrias, calúnias e inverdades pelas redes sociais, sem que houvesse a atração da competência da Justiça Eleitoral ou se cometesse um ilícito eleitoral. Além disso, todos os custos com tais manifestações serão realizados sem que seja dada satisfação ao órgão de controle, uma vez que são atos tratados como indiferentes ao pleito por essa parcela da doutrina.

Tanto é que já há precedentes relacionados a manifestações por meio de *outdoor* sem menção à palavra voto e que vem sendo julgadas como indiferentes eleitorais, como no caso do Respe 621/MG de 14 de setembro de 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. (RESPE nº 621 - UBERLÂNDIA - MG Acórdão de 14/09/2017 Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 29/09/2017)

O TSE vem repetindo à exaustão em uma série de julgamentos, desde o fatídico 29 de novembro de 2016, o seguinte mantra colacionado abaixo, da lavra do Min. Tarcísio Vieira:

2. De acordo com a moderna interpretação jurisprudencial e doutrinária acerca do art. 36-A da Lei nº 9.504/97, a publicidade que não contenha expresse pedido de voto **não configura propaganda eleitoral**. Precedentes. (Recurso Especial Eleitoral nº 111265 - ATIBAIA - SP - Rel. Min Tarcísio Vieira de Carvalho Neto julgado em 19/09/2017).

Não diverge o Ministro Napoleão Nunes, para quem a correta interpretação é a seguinte:

2. Desse modo, conforme registrado na decisão hostilizada, tendo sido consignado pela Corte Regional que, no conteúdo das publicações objeto da presente demanda, **não há pedido explícito de voto**, afasta-se a configuração de **propaganda eleitoral** nas mensagens patrocinadas realizadas pelo agravado, no Facebook, antes do período autorizado. (RESPE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 5048 - NOVA PONTE - MG Acórdão de 03/08/2017 Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 04/09/2017)

Assim, estabelecida a tese de que as manifestações sem pedido de voto, mesmo que relacionadas ao pleito, são lícitas, precisamos responder o seguinte: essas manifestações são propagandas eleitorais antecipadas lícitas ou, por outro lado, como já entendem alguns ministros, são espécies de *NÃO* propagandas eleitorais? A resposta que defendemos para esse questionamento trará a solução para as manifestações veiculadas com o uso de recursos financeiros no mundo real ou impulsionadas, ou seja, pagas para aumentar o seu alcance na internet no período anterior àquele legalmente definido para a campanha política.

4. A TEORIA FUNCIONALISTA SISTÊMICA DA PROPAGANDA ELEITORAL

Para solucionar a indefinição normativa, bem como a insegurança jurídica até aqui apresentada, faz-se necessária uma leitura *sistemática* de todo o direito eleitoral objetivo posto à luz da Constituição Federal. Da mesma forma, imperioso não se olvidar da *mens legis* prescrita pela legislação vigente.

Para isso, é fundamental entender a propaganda eleitoral em sua função precípua, a de informar os eleitores sobre quais cidadãos pretendem representá-los, respeitando seu valor/garantia histórico desde sempre estabelecido e objetivado, razão pela qual a **função** da propaganda eleitoral deve ser respeitada, antes de tudo, como direito/garantia dos cidadãos, carecendo, portanto, de uma teoria funcionalista que resguarde tais condições, mas que ao mesmo tempo garanta a isonomia entre os candidatos e elida o abuso do poder econômico.

A influência do poder econômico sempre ocupou abundante espaço entre as preocupações do legislador, inclusive do poder constituinte originário. Sabe-se que a Carta Magna de 1988 dispôs de mandamentos constitucionais de proteção mínimos, abaixo dos quais não cabe ao legislador infraconstitucional se posicionar. Tal previsão se encontra no art. 14, §9º, da Constituição que determina:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Grifos do autor)

Determinou a comissão Afonso Arinos, que inspirou o poder constituinte originário para a Carta Magna de 1988, que a normalidade e a legitimidade das eleições devem estar protegidas contra a influência do poder econômico, premissa a partir da qual deve sempre atuar o legislador infraconstitucional. Em regra, tal disposição vem sendo respeitada e há vários exemplos disso.

Inúmeras reformas ocorridas na legislação eleitoral buscaram reduzir tais possibilidades. Um exemplo clássico é a própria Lei 9.504/97 quando dispõe originalmente em seu artigo 42 acerca da necessidade de sorteio para distribuição de todo e qualquer artefato publicitário, ainda que particular, colocado à disposição de marketing político, os chamados *outdoors*. Não era outra a intenção do legislador que proteger a normalidade e legitimidade das eleições da influência do poder econômico.

O mesmo se pode dizer dos artigos 45 e 53, ambos da Lei nº 9.504/97, junto a várias outras previsões legais, que trazem restrições necessárias a impedir que haja influência do poder econômico no resultado dos pleitos. É uma tentativa do legislador, em respeito à Constituição, de buscar garantir a paridade de armas entre os concorrentes ao pleito eleitoral, evitando que o poder econômico faça parecer que a candidatura de poderosos seja a única.

Contudo, sobretudo nas novidades manifestações político eleitorais pela internet, essa proteção está em risco, em razão da interpretação de que aquilo que não contenha pedido explícito de votos não é considerado propaganda eleitoral. A partir de tal construção hermenêutica, mesmo que para alguns isso seja um fator de busca de isonomia entre os candidatos, o que ocorrerá será o vultoso investimento de poderosos grupos políticos, em verdadeiras pré-campanhas eleitorais, para criar engajamento nas redes sociais sem que isso seja configurado irregularidade eleitoral, em razão da ausência da palavra voto.

A imaginação casta de alguns que defendem que as manifestações políticas antecipadas, mesmo que não consideradas propagandas eleitorais, poderiam gerar abusos de poder econômico a serem punidos em ações específicas é um tanto quanto utópica. Os tribunais já começaram a se posicionar defendendo que se algo não é o menos, não pode ser o mais.

Ou seja, se uma manifestação não foi nem sequer considerada propaganda eleitoral, como poderia travestir-se de abuso de poder econômico, a não ser que houvesse um verdadeiro duplipensar eleitoral, no qual o significado das palavras assumiriam o sentido desejado pelo intérprete como numa obra orwelliana. Aquilo que não configura propaganda eleitoral para fins de punição por violação ao Art. 57-C de forma extemporânea, poderia sê-lo para fins de abuso de poder econômico?

Em recente precedente o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP), decidindo o Recurso Eleitoral Nº 621-26.2016.6.26.0156 sob a lavra do Relator Marcelo Coutinho Gordo assim se posicionou:

Se os fatos não configuraram sequer propaganda irregular, tampouco são suficientes para justificar a prática de abuso de poder a ser investigado em AIJE ou AIME. (RECURSO ELEITORAL nº 621-26.2016.6.26.0156 de 16 de novembro de 2017)

Nesse caso, dar à propaganda uma função constitucional coerente com todo o sistema, considerando-a como direito do cidadão e, a rigor, conforme o Código Eleitoral Vicente Ráo, citado anteriormente, uma verdadeira garantia democrática, contra a qual não pode haver restrições desarrazoadas, permitir-se ia todas as manifestações previstas no art. 36-A, bem como aquelas estabelecidas pela Lei 13.488/2017.

Contudo, *pari passu* a essa visão, numa óptica também constitucional, ter-se-ia que se buscar uma ponderação entre a posição preferencial da liberdade de expressão (*preferred position of freedom speech*) e a necessidade de controle da influência do poder econômico sobre a normalidade e legitimidade das eleições, em conformidade com o art. 14, §9º, da CF, proibindo qualquer tipo de monetização das manifestações antes do período oficial de campanha eleitoral trazido pelo texto da Lei nº 9.504/97, alterado pela 13.165/15, que dispõe que a propaganda eleitoral só é possível a partir de 15 de agosto do ano eleitoral.

Dessa forma, as propagandas eleitorais antecipadas lícitas, realizadas sem gastos diretos, estariam permitidas, nos moldes previstos no art. 36-A, da Lei 9.504/97.

Com isso, vencida a teoria clássica da propaganda eleitoral, defensora de que só a palavra “voto” tipifica uma propaganda eleitoral e, por consequência, uma propaganda eleitoral antecipada, aplicaríamos uma teoria coerente com a constituição e com a própria função da propaganda, restringindo-a, tão somente, quando presente o poder econômico nos pleitos.

Reitero que dessa interpretação sistêmica não surge qualquer prejuízo aos participantes do pleito, uma vez que restariam resguardadas todas as manifestações eleitorais de eleitores, pré-candidatos, partidos, candidatos e seus representantes a qualquer tempo, conforme toda a nova sistemática das últimas reformas, em especial previstas no art. 36-A. Porém, em vez de apenas poder agir pelo controle do abuso quando o bem jurídico houver sofrido uma violação, (hipótese defendida pelos adeptos da teoria clássica, mas ainda não confirmada, tendo em vista que alguns tribunais já apresentaram discordância) atuariam os operadores do direito de forma ostensiva sobre as irregularidades, controlando as manifestações políticas remuneradas, seja pela internet, seja pelas formas tradicionais como por exemplo no caso dos outdoors.

Com isso, não caberia a argumentação de que uma manifestação, claramente ligada ao pleito eleitoral, no entanto sem a desnecessária palavra voto, estaria isenta de responsabilidade eleitoral quando imbuída de altos valores econômicos, cuja origem do recurso, na maioria das vezes, têm-se por desconhecida.

A teoria funcionalista sistêmica também soluciona os arcanos relacionados às extemporâneas manifestações impulsionadas pela internet que, além de violar o disposto nos artigos 57-C, 57-B, IV, b, vem sendo utilizadas em absoluto desrespeito à premissa básica pensada pelo legislador, e disposta no art. 57-C, §3º, qual seja, a de que os impulsionamentos devem ser propositivos, e não negativos, utilizados em prejuízo dos adversários políticos. É o texto expresso da previsão legal em questão:

Art. 57-C

[...]

§ 3º O impulsionamento de que trata o caput deste artigo deverá ser contratado diretamente com provedor da aplicação de internet com sede e foro no País, ou de sua filial, sucursal, escritório, estabelecimento ou representante legalmente estabelecido no País **e apenas com o fim de promover ou beneficiar candidatos ou suas agremiações.**

A reboque, com esta vanguardista interpretação, pela teoria funcionalista sistêmica, não seria necessário um tortuoso e insincero raciocínio para convencer os julgadores de que algo considerado indiferente eleitoral, pela ausência da palavra voto, tornou-se fundamento para ações capazes de destituir o responsável de seu mandato. Além disso, daríamos fim à hipocrisia de dizer que as manifestações antecipadas sem a palavra voto deixam de ser propaganda eleitoral, simplesmente porque, assim queremos. São propagandas

eleitorais, sim, no entanto, propagandas eleitorais antecipadas lícitas que devem ser controladas pelos órgãos de fiscalização, em especial, do ponto de visto do controle do abuso de poder econômico.

5. CONCLUSÃO

Após várias reformas eleitorais em busca de um ambiente que satisfizesse a constitucional liberdade de manifestação e expressão e, ao mesmo tempo, controlasse a influência do abuso de poder econômico, chegamos a um ponto de perigosa insegurança jurídica, criticado pela hipocrisia eleitoral, em razão de uma teoria clássica da definição da propaganda eleitoral que passou a entender que, só as manifestações onde houvesse explicitada a palavra voto, configurariam a propaganda eleitoral e por consequência, a propaganda eleitoral antecipada.

Em consequência disso, surgiram precedentes considerando que, manifestações sem a palavra voto seriam indiferentes eleitorais, permitindo, por meio dessa interpretação, as mais variadas formas de abuso como: manifestações em outdoor, impulsionamentos de conteúdo e uso de recursos de origem desconhecida ou de fonte vedada em prol de uma campanha futura.

Surge a teoria funcionalista sistêmica da propaganda eleitoral que, sugerindo, em consonância com o que fora defendido pelo legislador durante os debates políticos desde a Lei nº 12.034/09, com a evolução legislativa, criou-se modalidades de propagandas eleitorais antecipadas lícitas, de forma que, as manifestações antecipadas com ou sem a palavra voto, configuram propagandas eleitorais.

De sorte que, um posicionamento político por meio de redes sociais pode ocorrer antes do prazo legalmente definido por lei, desde que, respeite as objeções legais e que não seja impulsionado,

uma vez que, sendo espécie de propaganda eleitoral, deve respeitar a construção presente no direito eleitoral objetivo.

Com isso, cria-se uma nova forma de enxergar o conceito de propaganda eleitoral sob um aspecto funcional, pois respeita a missão da propaganda eleitoral como direito do eleitor. Sob um aspecto sistêmico, ao trazer um diálogo entre as fontes do direito eleitoral objetivo e sob um aspecto constitucional, ao fazer uma releitura aplicada dos mandados de otimização e controle do abuso, previstos na Carta Magna.

Em conclusão, a Teoria Funcionalista sistêmica da propaganda eleitoral defende que pode-se tudo aquilo legalmente previsto, desde que interpretado de forma a controlar a influência do poder econômico que afete a legitimidade e normalidade das eleições.

REFERÊNCIAS

FERRARETTO, Luiz Artur. **Rádio**: o veículo, a história e a técnica. 2. ed. Porto Alegre:

Sagra Luzzatto, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de (2014). **A democracia na América**: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. São Paulo: Martins Fontes.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda Eleitoral**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

The Village (2004). Direção de Night Shyamalan - 3 de setembro de 2004 (1h 48min).

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

Brasil. **Lei nº 9.504/1997.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 de set. 1997.

Brasil. **Lei nº 12.034/2009.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 de set. 2009.

Brasil. **Lei nº 12.891/2013.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 dez. 2013.

Brasil. **Lei nº 13.165/2013.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 nov. 2015.

Brasil. **Lei nº 13.488/2017.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 de out de 2017.

Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 51-24/MG.**

Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 203142/SE.**

Sites acessados:

<http://www2.camara.leg.br/>

<https://www12.senado.leg.br/>