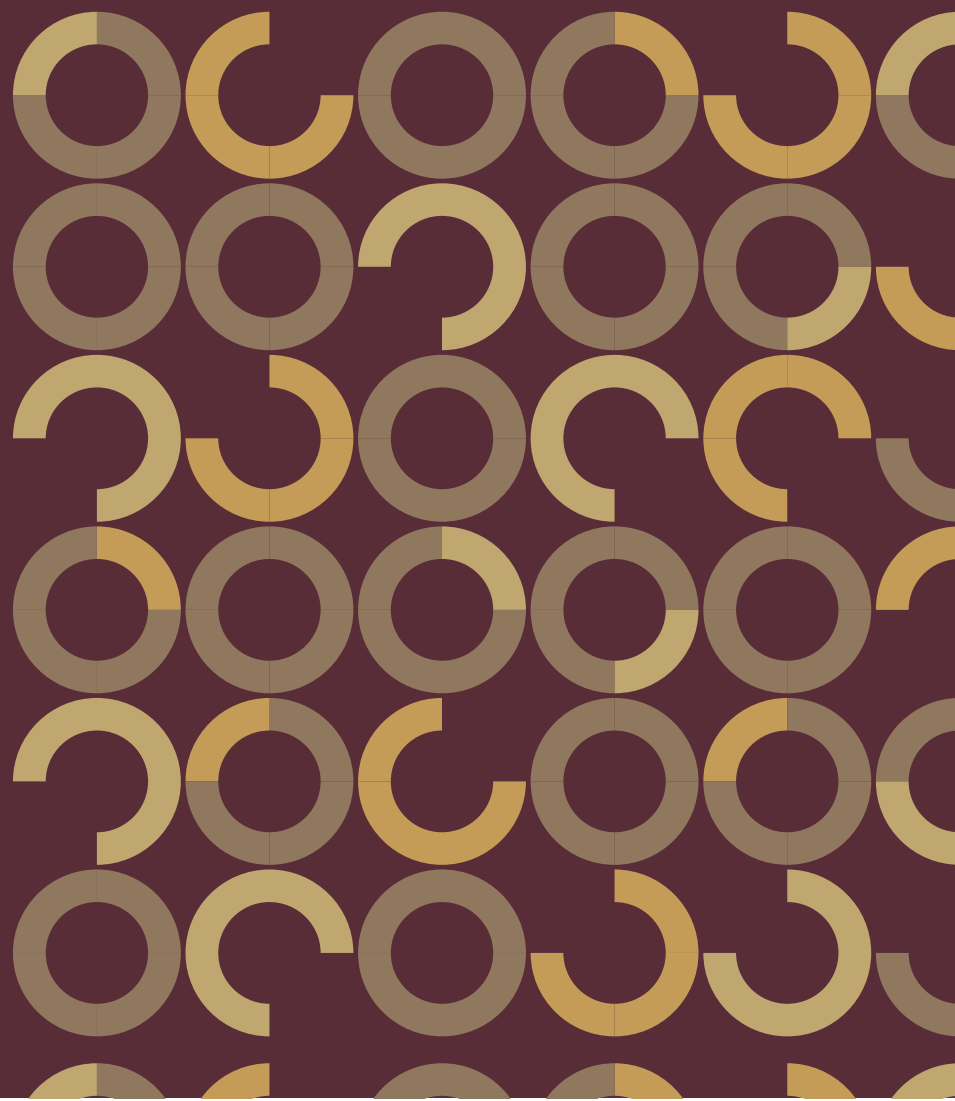


ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 13 – NÚMERO 3
SETEMBRO/DEZEMBRO 2018

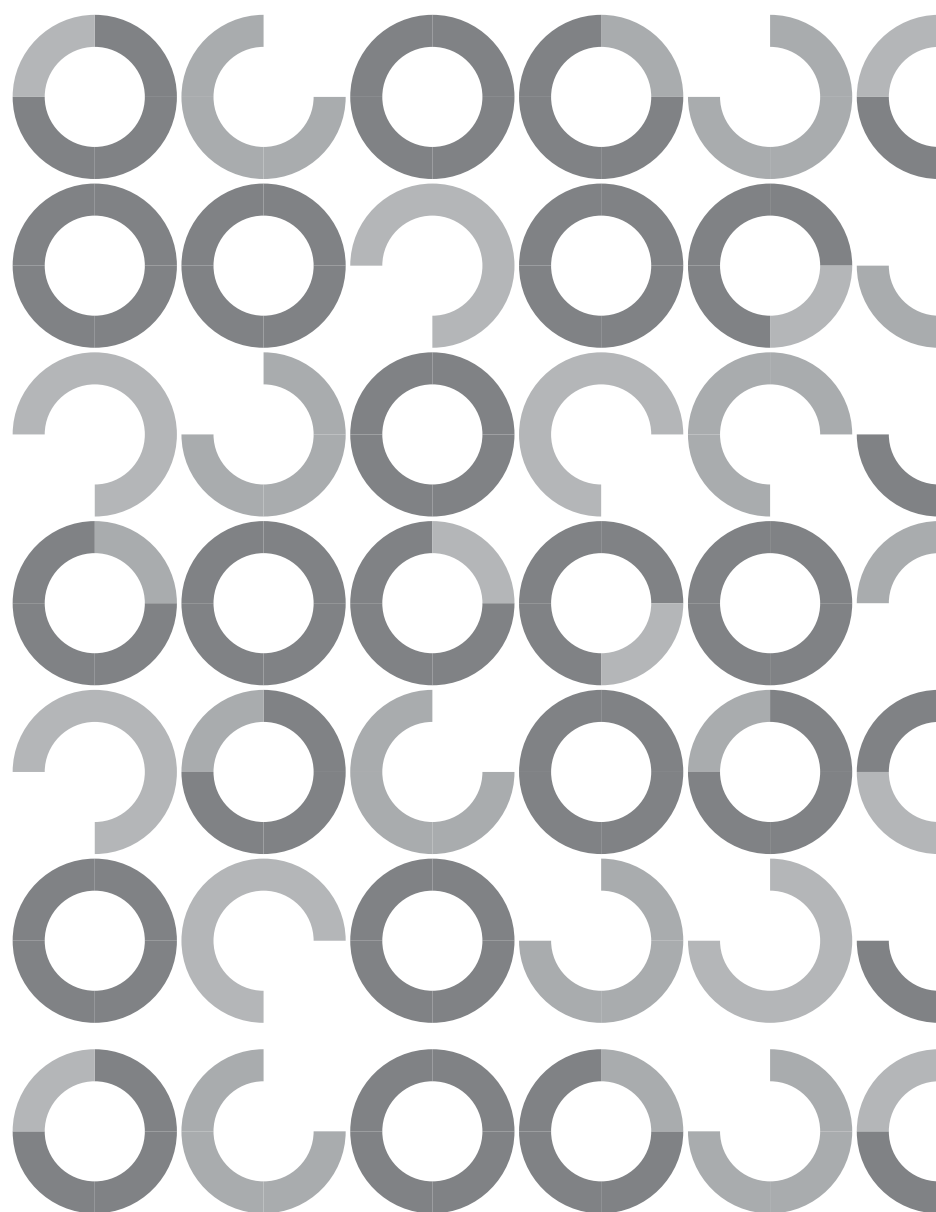
BRASÍLIA – 2019



ESTUDOS ELEITORAIS

O RÉQUIEM CONCEITUAL E PRAGMÁTICO DA
PROPAGANDA ANTECIPADA E SEUS
DESDOBRAMENTOS

WALBER DE MOURA AGRA
ALISSON EMMANUEL DE OLIVEIRA LUCENA



O RÉQUIEM CONCEITUAL E PRAGMÁTICO DA PROPAGANDA ANTECIPADA E SEUS DESDOBRAMENTOS¹

THE CONCEPTUAL AND PRAGMATICITY OF ANTICIPATED PROPAGANDA AND ITS DEVELOPMENTS

WALBER DE MOURA AGRA²

ALISSON EMMANUEL DE OLIVEIRA LUCENA³

RESUMO

Este artigo trata da propaganda antecipada e objetiva apresentar a diminuição de seu campo de incidência em razão do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), o que a teria tornado instrumento ultrapassado. Conclui que a melhor opção é a revogação da propaganda antecipada para permitir que a campanha política seja mais longa, desde que haja fiscalização das fontes de financiamento.

Palavras-chave: Propaganda política. Art. 36-A. Superação conceitual da propaganda antecipada.

ABSTRACT

This article discusses the anticipated propaganda and aims to present the decline in its scope because of the 36-A of the Law nº 9.504/1997

¹ Artigo recebido em 15.1.2019 e aprovado para publicação em 24.2.2019. <https://seer.tse.jus.br/index.php/estudoseleitorais/article/view/122>

² Livre docente da Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito do Recife. Procurador de Estado. Advogado.

³ Especialista em Ciências Criminais. Advogado do escritório Walber Agra Advogados Associados.

(Election Law), which made it an instrument from the past. It concludes that the best option is your revocation, allowing the political campaign to be longer, taking care only the electoral financing.

Keywords: Political propaganda. Art. 36-A. Surpass concept of anticipated propaganda.

1 Propaganda política e suas espécies

O termo “propaganda” deriva da palavra latina *propagare*, que significa espalhar, propagar, aumentar. Para Fávila Ribeiro, a propaganda se consubstancia em um conjunto de técnicas empregadas para sugestionar pessoas na tomada de decisões⁴. Com efeito, para que se possa caracterizar propaganda, é necessário que haja a finalidade de influir na opinião ou na conduta alheia. No âmbito do Direito Eleitoral, a propaganda tem o escopo de difundir e divulgar para o povo, detentor do poder soberano, as atividades políticas desenvolvidas na campanha eleitoral, para que, com base nisso, o candidato possa, de todas as formas permitidas pela legislação, obter a simpatia do eleitor aos ideários políticos, conquistando os votos necessários para a obtenção ou a manutenção do poder⁵.

A propaganda política difere dos demais tipos de propaganda, como, por exemplo, da mercadológica, porque possui finalidade diversa, consistente no objetivo primal de interferir nas decisões tomadas pela organização civil institucionalizada⁶. Ensina Olivar Coneglian que o gênero “propaganda política” compreende toda e qualquer espécie de promoção que orbite em torno da *polis*, compreendida no sentido mais dilatado: de relações do cidadão com a própria cidadania⁷. Ela se subdivide em propaganda partidária, intrapartidária, institucional e eleitoral.

A propaganda partidária consiste em promover o diálogo entre o partido e a sociedade, especificamente com a divulgação de sua ideologia, dos projetos desenvolvidos, dos valores e das propostas para a evolução

⁴ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 379.

⁵ AGRA, Walber de Moura. *Manual Prático de Direito Eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 150.

⁶ AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 226.

⁷ CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 19.

social, cuja finalidade é captar membros para a agremiação. É importante registrar que a propaganda partidária gratuita foi extinta pelo art. 5º da Lei nº 13.487/2017, que revogou os dispositivos da Lei nº 9.096/1995 correlatos à matéria.⁸ Assim, em razão da supressão dessa gratuidade e do arrefecimento das ideologias no cotidiano, que foi suplantado por uma pragmática de conquista do poder, a propaganda partidária, factualmente, foi quase extinta como modalidade de mensagem política.

Por seu turno, a propaganda intrapartidária é aquela com o escopo de convencer os correligionários que vão participar da convenção de determinada agremiação a indicar o nome do filiado que almeja disputar o pleito eleitoral, a fim de que esse nome seja submetido ao registro perante a Justiça Eleitoral e esteja apto a concorrer no certame. Como no Brasil não há garantias para a vida intrapartidária, fazendo com que a autonomia das agremiações se transforme quase em absolutismo feudal (a maior parte dos órgãos estaduais e municipais são provisórios, podendo ser destituídos a qualquer momento, de acordo com a vontade da direção nacional), esse tipo de propaganda se configura em raríssima exceção, o que não ajuda na “renovação” e no “entusiasmo” no contexto *interna corporis*.

A propaganda institucional, por sua vez, é utilizada pelos órgãos públicos – com verba pública – para informar à sociedade sobre atos, programas, obras e serviços de caráter estritamente educativo, informativo ou de orientação social, como forma de promover efetivo prestígio ao princípio da publicidade, disposto como um dos princípios norteadores da administração pública (art. 37, § 1º, da Constituição Federal de 1988). Esse tipo de propaganda não deve, por hipótese alguma, ser transformada em instrumento para a perpetração de abuso

⁸ Art. 5º. Ficam revogados, a partir do dia 1º de janeiro subsequente à publicação desta lei, os arts. 45, 46, 47, 48 e 49 e o parágrafo único do art. 52 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

de poder político, privilegiando candidatos, o que afronta o princípio da paridade de armas⁹.

Por fim, a propaganda eleitoral é feita por candidatos e partidos políticos, com a missão precípua de captar votos para investidura na representação popular. Está, portanto, umbilicalmente interligada ao processo eletivo, uma vez que busca obter a simpatia do eleitor por ocasião da escolha de seus governantes¹⁰. Pondera Edson Resende de Castro que a propaganda eleitoral deve ser a oportunidade para o debate de ideias e confronto de opiniões, sempre preservando a igualdade de armas entre os postulantes¹¹.

Vive-se em um período histórico denominado pós-moderno¹², visivelmente marcado pelo apogeu da era da informática, em que as noções de espaço e de tempo são transfiguradas. O espaço não permite mais limitações, e as distâncias são percorridas sem estorvos, à velocidade dos sinais eletrônicos. No contexto desse imediatismo exacerbado, inerente ao sujeito contemporâneo, a descartabilidade das coisas se tornou uma espécie de imperativo categórico. Vislumbra-se o fim das metanarrativas, mediante o rompimento com as estruturas preestabelecidas e com a deslegitimação do discurso universal, em que o homem se reconhece autor da própria história¹³. Zygmunt Bauman qualifica a sociedade pós-moderna como líquida, fluida, havendo subjugação das possíveis

⁹ “Na persecução do interesse público, o princípio da publicidade dos atos da Administração Pública não se revela absoluto, mas, antes, sofre restrições, em prol da manutenção da garantia da isonomia entre os candidatos, da moralidade e legitimidade do pleito.” (Ac. de 1º.8.2006 no AgRgREsp nº 25.786, rel. Min. Caputo Bastos.)

¹⁰ PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 254.

¹¹ CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e Prática do Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 220.

¹² VATTIMO, Gianni. *O Fim da Modernidade: Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 9.

¹³ LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 15. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013, p. 28.

ontologias do cotidiano, em que a pós-verdade assume maior repercussão do que os próprios fatos¹⁴.

Nessa perspectiva, a sociedade, amorfa, passa a não reconhecer qualquer alternativa para si mesma, deixando de se questionar. Não se está a afirmar, nesse ponto, que a sociedade contemporânea se tornou inóspita para crítica; o que se enfatiza é que os significantes dos conteúdos propagandísticos veiculados podem ganhar autonomia na proporção do grau de educação política ou da alienação do tecido social. Essa ambiência é propícia ao desenlace do fenômeno da desinformação, causador de graves problemas na dinâmica democrática, máxime no período eleitoral, em que a criação de realidades fugidias aos parâmetros fáticos vem à tona com o cerne de impedir o exercício da liberdade política individual do eleitor.

Percebe-se, com isso, que a propaganda política se constitui elemento imprescindível do processo político, requisito intransponível para a vivência na sociedade. Sua relevância é, sobretudo, procedimental, haja vista que interfere nas decisões tomadas pela organização política, de modo a atingir todas as classes sociais, independentemente de nível cultural ou econômico. É que não adianta apenas conceber ao eleitor a distribuição igualitária do poder de voto; faz-se necessário propiciar o trânsito plural de ideias e de perspectivas, de sorte a impedir que o debate público seja capturado por pequenos grupos de poder político, econômico e cultural.

2 Conceito de propaganda eleitoral

Sabe-se que a legislação eleitoral não cuidou de delimitar o conceito de propaganda eleitoral, deixando esse desiderato para a doutrina e se limitando a fixar um lapso temporal específico. Ensina Pinto Ferreira

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 33.

que essa propaganda se configura como técnica de argumentação e de apresentação ao público, organizada e estruturada de tal forma a induzir conclusões ou pontos de vista favoráveis sobre seus anunciantes¹⁵. O fator teleológico é divulgar os candidatos que concorrem ao pleito e suas propostas, com o objetivo de pedir e de conquistar o voto do eleitor, de modo a oferecer aos candidatos oportunidade de exteriorizar seus anseios.

O prazo inicial para o começo da propaganda eleitoral é depois do dia 15 de agosto do ano em que se realiza a eleição. A instituição de limite inicial para veiculação dos conteúdos propagandísticos tem como razão de ser a manutenção do respeito à estabilidade das regras do jogo democrático, máxime quanto à efetivação da isonomia entre os *players*. O termo final da propaganda gratuita veiculada por meio de rádio e televisão é até a antevéspera do dia das eleições (art. 47, *caput*, da Lei nº 9.504/1997).

A propaganda realizada pela internet – isto é, aquela veiculada em sítio eleitoral, blog, sítio interativo ou social, em outros meios eletrônicos de comunicação do candidato ou no sítio do partido e ou da coligação – poderá ser mantida e alimentada normalmente. No entanto, é vedada, no dia da eleição, a publicação de novos materiais ou o impulsionamento de conteúdos nas aplicações de internet (art. 57-B c.c. art. 39, § 5º, IV, todos da Lei nº 9.504/1997). Já a propaganda implementada por meio da distribuição de material gráfico, carreata, passeata, caminhada ou carro de som que transite pela cidade divulgando *jingles* ou mensagens de candidatos pode ser realizada até as 22 horas da véspera da eleição (art. 39, § 9º, da Lei nº 9.504/1997).

Como representa ferramenta poderosíssima para garantir a adesão dos cidadãos, podendo mesmo fazer com que acontecimentos falsos assumam a veste de verdadeiros, a legislação eleitoral optou por regulá-la

¹⁵ PINTO FERREIRA, Luiz. *Código Eleitoral Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 88.

em seus pormenores, de modo que possa ser realizada de maneira igualitária por todos os candidatos, na tentativa de evitar o abuso de poder econômico.

A propaganda eleitoral se encontra, principalmente, embasada pelo princípio constitucional da liberdade, que permite aos personagens do processo eleitoral exercê-la dentro dos ditames estabelecidos. É importante salientar que essa liberdade de dispor acerca do conteúdo a ser divulgado é amparada constitucionalmente pela liberdade de expressão de pensamento e pela vedação da censura (art. 5º, IV e IX, da CF/1988). Nesse diapasão, preleciona o art. 41 da Lei nº 9.504/1997 que a propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não pode ser objeto de multa nem cerceada sob a alegação do exercício do poder de polícia ou da violação de postura municipal. Porém, se determinado candidato, partido ou coligação extrapolarem os limites impostos pela lei, a publicidade veiculada deixa de ser lícita.

É notório, diante das últimas alterações legislativas, o intento de diminuir o tempo de campanha, com a finalidade precípua de baratear os custos inerentes ao processo eleitoral. Todavia, suas consequências são conflitantes, pois o uso disseminado das redes sociais pressupõe diminuição nos custos, e o menor tempo de campanha apenas favorece os detentores do poder político, já conhecidos pelos eleitores, que dispõem da máquina pública para elegerem seus candidatos¹⁶.

¹⁶ Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição (Redação dada pela Lei nº 13.165/2015.)

[...]

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015.)

3 Propaganda eleitoral antecipada

Define-se como propaganda eleitoral antecipada toda aquela veiculada antes do período estabelecido em lei, ou seja, difundida antes do prazo determinado pelo legislador (art. 36, *caput*, da Lei nº 9.504/1997) – dia 16 de agosto do ano da eleição. A justificativa para a vedação de difusão de conteúdo propagandístico com a finalidade de captar votos do eleitorado antes do período legal se encontra no fato de que esse tipo de propaganda, além de criar desigualdades entre os candidatos, viola regras de arrecadação e de aplicação de recursos nas campanhas eleitorais, podendo ainda encobrir o abuso do poder econômico e político¹⁷. Conforme aponta Aline Osório, o limite temporal às propagandas eleitorais objetiva maximizar três objetivos principais, a saber: assegurar a todos os candidatos o mesmo elastério temporal para que realizem as atividades de captação de voto; mitigar a influência do poder econômico no pleito; e impedir que determinados competidores extraiam vantagens indevidas dos cargos públicos que ocupam¹⁸.

A existência de um marco temporal relativo à licitude da difusão da propaganda eleitoral adveio do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), ainda sob os eflúvios da ditadura militar. Para Alberto Rollo, a proibição da propaganda fora do período legal tinha o cerne de submeter o candidato aos desígnios partidários, impedindo-o de veicular suas ideias para captação de voto do eleitorado¹⁹.

Diante da confusão conceitual que sempre pairou sobre o instituto da propaganda antecipada e que propiciou campo fértil para proliferação de decisões fluidas e cambiantes, arrefecedoras do princípio da segurança

¹⁷ AGRA, Walber de Moura; CAVALCANTI, Francisco Queiroz. *Comentários à Nova Lei Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 59.

¹⁸ OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 127.

¹⁹ ROLLO, Alberto. *Propaganda Eleitoral: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 48.

jurídica, foram instituídas várias reformas com a finalidade de efetivar balizas hermenêuticas seguras para enquadrar o conceito do que seria propaganda eleitoral antecipada. A Lei nº 12.034/2009 trouxe o novel art. 36-A, com a criação do conceito negativo de propaganda eleitoral antecipada, elencando rol exaustivo de condutas que não poderiam ser tipificadas como propaganda eleitoral extemporânea²⁰.

Posteriormente, a Lei nº 12.891/2013 acrescentou incisos ao art. 36-A, com a possibilidade de divulgação dos encontros para tratativas de fins político-eleitorais pelos meios de comunicação intrapartidários. Alargou-se o permissivo disposto no inciso IV para possibilitar a menção a possível candidatura, desde que não se fizesse pedido de votos. Viabilizou-se a manifestação política como forma de ato permitido no período pré-eleitoral, inclusive por meio das redes sociais²¹.

²⁰ 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.

²¹ Art. 36-A. Não serão consideradas propaganda antecipada e poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet:

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

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

III - a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária e pelas redes sociais;

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

V - a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais. Parágrafo único. É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias.

Com a reforma promovida pela Lei nº 13.165/2015, alterou-se significativamente o referido preceptivo legal para permitir, desde que não envolva 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: realização de prévias partidárias e de respectiva distribuição de material informativo; divulgação de nomes dos filiados que participarão da disputa; realização de debates entre os pré-candidatos; divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais; e 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.

Além disso, vedou-se a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias, sem prejuízo da cobertura dos meios de comunicação social. Por fim, o art. 36-A, por meio da Lei nº 13.488/2017, incluiu a permissão para a arrecadação prévia de recursos, na modalidade de *crowdfunding*, no rol de condutas permitidas no período de pré-campanha²².

Na esteira da cognominada Teoria do Gancho, Olivar Coneglian explana que, para uma mensagem anterior ao pleito ser caracterizada como propaganda eleitoral antecipada, ela deve levar o eleitor a pensar na próxima eleição, atrelando-se diretamente a ela. Como ilação, a mensagem propagandística que fizer referência a outra finalidade ou a conteúdo eminentemente propagandístico, por exemplo, deve ser

²² 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: (Redação dada pela Lei nº 13.165/2015)

[...]

VII - campanha de arrecadação prévia de recursos na modalidade prevista no inciso IV do § 4º do art. 23 desta Lei (Incluído pela Lei nº 13.488/2017).

entendida como um evento irrelevante para o Direito Eleitoral, uma vez que não atingirá o bem jurídico tutelado pela norma: a paridade de armas entre os postulantes²³.

No que se refere, especificamente, à configuração da propaganda antecipada, antes da Lei nº 13.165/2015, o Tribunal Superior Eleitoral entendia que poderia se dar pela via explícita ou pela subliminar, uma vez vazada de maneira implícita ou subjacente. Nesses casos, fazia-se 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 divulgação²⁴. Anteriormente às alterações introduzidas pela Lei nº 13.165/2012 e ao novo entendimento consagrado pelo TSE, configurava-se como propaganda eleitoral antecipada qualquer manifestação que levasse ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura ao futuro pleito, as diretrizes políticas a serem implementadas no caso de vitória e as razões que levassem a inferir que o beneficiário seria o mais apto para o exercício da função pública²⁵.

²³ CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 207.

²⁴ “Agravamento regimental. Recurso especial. Seguimento negado. Representação. [...] Propaganda eleitoral antecipada. Configuração. [...] 3. A jurisprudência do TSE já pacificou entendimento segundo o qual, para averiguar a eventual existência de propaganda eleitoral extemporânea, cabe à Corte Regional não apenas observar a literalidade da mensagem, mas, também, todos os outros fatos que lhe são circunscritos. [...]” (Ac. de 12.5.2011 no AgR-REspe nº 197990, rel. Min. Marcelo Ribeiro.) “A configuração da propaganda eleitoral extemporânea exige que seja levado ao conhecimento do público em geral referência à pretensa candidatura ou a pedido de votos. *In casu*, a decisão regional asseverou que ‘a orientação jurisprudencial do TSE indica que [...]’. A fim de verificar a 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. [...]’. Portanto, a associação de imagem, nome, logomarca típica de campanha e nome do partido não deixa margem que permita afastar a ‘veiculação, ainda que de forma dissimulada, de uma candidatura ou da intenção de se candidatar’” (fls. 60) e que “é possível a configuração de propaganda eleitoral extemporânea subliminar, quando seus mais variados elementos demonstram a intenção do pretense candidato de convencer o eleitor de que ele está apto ao exercício da função pública” (fls. 60). Agravamento regimental desprovido. (Agravamento de Instrumento nº 7112, Acórdão, rel. Min. Luiz Fux, publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, data 4.9.2015, p. 311-312.)

²⁵ “[...] Propaganda Eleitoral Antecipada. Configuração [...] 2. A jurisprudência deste Tribunal já se firmou no sentido de que configura propaganda eleitoral antecipada qualquer manifestação que, previamente aos três meses anteriores ao pleito e fora das exceções previstas no artigo 36-A da

Questão tormentosa no âmbito da propaganda eleitoral antecipada diz respeito à ausência de marco temporal para o início da incidência para sua caracterização. Diante disso, entende-se que o evento pode ocorrer a qualquer tempo, muito embora o período mais acentuado para seu acontecimento seja no ano em que o pleito será realizado. Alerta Rodrigo López Zílio, nessa contextura, que a delimitação de critério temporal pode importar, por vias transversas, em estímulo à inesgotável prática de propaganda eleitoral antecipada, tornando, bem por isso, a véspera do pleito eleitoral um período deveras conturbado e litigioso²⁶.

Registre-se que o Tribunal Superior Eleitoral já se manifestou a respeito do assunto na resposta à Consulta nº 559/DF, formulada pelo Diretório Nacional do Partido Progressista Brasileiro (PPB) e relatada pelo Ministro Walter Costa Porto. Na ocasião, o TSE deixou claro inexistir *dies a quo* para que fosse deflagrada a propaganda antecipada.²⁷ Atualmente, a jurisprudência do TSE fixou entendimento de que o grande lapso temporal existente entre a data da veiculação de publicidade prematura e o início do período eleitoral já afastaria a possibilidade de se enquadrar a conduta no que prevê o art. 36 da Lei nº 9.504/1997²⁸.

Lei nº 9.504/1997, leve ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura ao futuro pleito ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública. Precedentes. [...]” (Ac. de 1º.10.2013 no AgR-AI nº 3572, rel. Min. Dias Toffoli.)

²⁶ ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas)*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 286.

²⁷ Consulta. Delegado nacional. Partido Progressista Brasileiro (PPB). Respondido negativamente, quanto aos primeiro e segundo itens. Quanto ao terceiro, não há marco inicial de proibição. O que a lei estabelece é um marco inicial de sua permissão (art. 36, *caput*, da Lei 9.504/1997). (Consulta nº 559, Resolução, rel. Min. Costa Porto, publicação: *Diário de Justiça (DJ)*, data 27.12.1999, p. 2.)

²⁸ Eleições 2014. Recurso inominado. Representação. Art. 36 da Lei nº 9.504/1997. Suposta propaganda eleitoral antecipada. *Site* na internet. Presidente da República. Não configuração. Provimento. 1. O grande lapso temporal existente entre a data em que a suposta publicidade esteve disponível e o início do período eleitoral, julho de 2014, afasta a mácula dos arts. 36 e 57-A da Lei nº 9.504/1997. 2. Na espécie, a criação do sítio eletrônico e o conteúdo nele veiculado espelhavam apenas um sentimento particular com a finalidade de angariar apoio a uma ideia de candidatura, e não, propriamente, postular votos para um candidato que jamais afirmou pretender lançar-se como tal. 3. Recurso inominado provido. Representação julgada improcedente. (Representação nº 57293, Acórdão, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Publicação: Publicado em Sessão (PSESS), data 5.8.2014). Ainda nesse sentido: Representação nº 060114373, Acórdão, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, Tomo 168, data 21.8.2018.

Saliente-se que a falta de parâmetro concernente à fixação de um período de tempo pode aguçar os sentidos dos atores do jogo democrático para criarem protótipos profanadores dos princípios caros ao Direito Eleitoral, especialmente os da isonomia e da hígidez do pleito. Diante dessa anomia sobre os marcos temporais da campanha eleitoral, que não é despiciendo, pode-se tomar como parâmetro que qualquer propaganda política que tenha consequências eleitorais, destoando dos parâmetros legais, deve ser considerada como propaganda antecipada²⁹. Todavia, como será doravante explanado, esse conceito perde, em muito, sua relevância.

4 Os paradigmas do art. 36-A

O desiderato para a criação da propaganda antecipada era impedir aqueles candidatos que fossem detentores de poder econômico de começar mais cedo suas campanhas, não respeitando o início do prazo para veiculação de propaganda eleitoral, com o intuito de obterem vantagem, o que desequilibraria o pleito eleitoral em virtude do acinte ao princípio da paridade das armas. A propaganda eleitoral extemporânea, além de criar desigualdades entre os candidatos, viola regras de arrecadação e de aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e pode camuflar o abuso do poder econômico e político.

A partir da alteração legislativa, deixou-se de se considerar como ilícitos eleitorais, punidos com multa excessivamente alta, que variava de 5 a 25 mil reais, muitas condutas que praticamente vedavam manifestações políticas. É evidente que esses impedimentos eram constantemente descumpridos porque os candidatos que não eram conhecidos ou estavam em desvantagem eleitoral tinham que começar suas campanhas mais cedo.

²⁹ Sustenta Carlos Neves Filho, nessa linha argumentativa, que possuindo viés eleitoral específico em período proscrito pela legislação, resta caracterizada a propaganda eleitoral antecipada, devendo prevalecer a isonomia entre os candidatos sobre a liberdade de expressão, independentemente, em que época do período de proibição foi veiculada. NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda Eleitoral e o Princípio da liberdade da Propaganda Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 60.

É importante registrar que, muito embora o TSE já estivesse a percorrer caminhos hermenêuticos para fins de reduzir o campo de incidência da propaganda eleitoral antecipada, a Ministra Rosa Weber, por ocasião do julgamento da Consulta nº 246-31.2016³⁰, aventava a possibilidade de aferição de situações nas quais a ausência de pedido explícito de voto pudesse caracterizar tal tipo de propaganda³¹, sendo necessário proceder à análise de elementos circundantes para a possível tipificação de mencionada propaganda. Sustenta a Ministra que a ênfase que tem sido dada ao debate sobre a existência ou não de pedido explícito de voto pode induzir à conclusão errônea de que, não havendo seu pedido explícito, tudo é permitido. Para a Ministra, o que o art. 36-A fez foi enumerar uma série de condutas as quais não serão consideradas propaganda antecipada, desde que não haja, obviamente, pedido expresso de voto,

³⁰ Consulta. Lei nº 9.504/1997. Art. 36-A. Nova redação. Lei nº 13.165/2015. Interpretação. Propaganda eleitoral antecipada. Atos de pré-campanha. Os parâmetros para o conhecimento de questão em consulta devem ser extremamente rigorosos, sendo imprescindível que os questionamentos sejam formulados de forma simples e objetiva, sem que haja a possibilidade de se dar múltiplas respostas ou estabelecer ressalvas. Precedentes. Consulta não conhecida. (Consulta nº 24631, Acórdão, rel. Min. Rosa Weber, publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, data 30.8.2016, p. 105-106.)

³¹ A Ministra Rosa Weber ancorou-se nos seguintes precedentes do TSE: “Eleições 2012. Representação. Propaganda eleitoral extemporânea. Caracterização ante as peculiaridades do caso. Prévio conhecimento. Pagamento de multa. Art. 37, § 3º, da Lei nº 9.504/1997. Reexame. Súmula nº 279/STF. Precedentes. 1. O Tribunal Regional Eleitoral, ao analisar o conjunto probatório, fez o correto enquadramento jurídico dos fatos e constatou a existência de propaganda eleitoral antecipada consubstanciada em: a) participação de pré-candidato em festa no sítio de propriedade de liderança política local, com nítido intuito propagandístico; b) distribuição de fitas vermelhas, cor característica do seguimento político, durante o carnaval de 2010. 2. É firme a jurisprudência do TSE no sentido de ser possível, ante as peculiaridades do caso, considerar caracterizada a propaganda eleitoral extemporânea, ainda que ausentes o pedido de voto, a menção à candidatura e a ciência prévia pelo beneficiário da propaganda. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido”. (AgR-REspe 569, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19.8.2014, *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, data 11.9.2014, p. 89); Agravo regimental. Agravo nos próprios autos. Recurso especial. Propaganda eleitoral extemporânea. Configuração. Reexame. Fatos e provas. Vedação. Súmulas nºs 7/STJ e 279/STF. Desprovido. Para a verificação da propaganda extemporânea, faz-se necessária a análise de todo o contexto em que se deram os fatos. Assim, deve-se respeito às peculiaridades de cada caso, o qual se dá pela cognição exauriente de fatos e provas realizada nas instâncias ordinárias. A reforma dessa premissa, na instância especial, encontra óbice no disposto na Súmula nº 279/STF. Agravo regimental desprovido”. (AgR-Al 73027, rel. Min. Luciana Lóssio, julgado em 17.10.2013, *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)* 14.11.2013, p. 38.)

todavia, aventou a possibilidade de propaganda antecipada sem o pedido explícito, dependendo do contexto³².

Em linha de compreensão diametralmente oposta à propugnada pela Ministra Rosa Weber, o TSE reformulou o entendimento jurisprudencial para assentar que a aferição de propaganda eleitoral antecipada deve ser realizada a partir de dados e de elementos objetivamente considerados, e não conforme intenção oculta de quem a promoveu³³. Vale dizer, desconsidera-se o *animus* de quem veicula o conteúdo propagandístico, para proceder somente à análise formal quanto à presença ou não de pedido explícito de voto³⁴. Prevalece, com isso, o entendimento de que, para a configuração de propaganda eleitoral antecipada, o pedido de

³² Destaque-se que, mesmo acompanhando o entendimento do Colegiado, a Ministra Rosa Weber faz constar a ressalva do seu entendimento pessoal, como ocorreu no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 34342 e do Recurso Especial Eleitoral nº 825.

³³ AgR-REspe 85-18ISP, rel. Min. Admar Gonzaga, publicado no *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)* de 13.9.2017.

³⁴ Direito Eleitoral e Processual Civil. Agravo interno em recurso especial eleitoral. Eleições 2016. Representação. Propaganda eleitoral antecipada. Art. 36-a da Lei nº 9.504/1997. Ausência de pedido explícito de votos. Desprovimento. 1. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral firmou entendimento no sentido de que é necessário o pedido explícito de votos para configurar a publicidade antecipada, nos termos do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. Precedentes. 2. O TSE reconhece dois parâmetros para afastar a caracterização de propaganda eleitoral antecipada: (i) a ausência de pedido explícito de voto; e (ii) a ausência de violação ao princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos. Em relação ao primeiro parâmetro, esta Corte fixou a tese de que, para a configuração de propaganda eleitoral antecipada, o pedido de votos deve ser, de fato, explícito, vedada a extração desse elemento a partir de cotejo do teor da mensagem e do contexto em que veiculada. Precedentes. 3. No caso, extrai-se da moldura fática delineada no acórdão regional que não houve o pedido explícito de votos pelo agravado. A mensagem veiculada no adesivo fixado em veículo está, assim, acobertada pela liberdade de expressão. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (Recurso Especial Eleitoral nº 640, Acórdão, rel. Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, data 9.11.2018, p. 47-48). Agravo regimental. Recurso especial. Eleições 2016. Representação. Propaganda antecipada. Art. 36-A da Lei 9.504/1997. Facebook. Fotos com o número e sigla do partido. Divulgação. Pré-candidatura. Possibilidade. Pedido explícito de voto. Ausência. Desprovimento. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior firmada para as Eleições 2016, a configuração de propaganda eleitoral extemporânea – art. 36-A da Lei nº 9.504/1997 – pressupõe pedido explícito de votos. 2. No caso dos autos, mera divulgação de fotos em rede social de pessoas junto ao pré-candidato, “portando cartazes com o número e a sigla do partido por meio do qual viria a se candidatar” (fls. 157-158), configura apenas divulgação de pré-candidatura, o que é admitido pela norma de regência e encontra amparo no vigente entendimento do Tribunal Superior Eleitoral acerca do tema. 3. Agravo regimental desprovido. (Recurso Especial Eleitoral nº 13969, Acórdão, rel. Min. Jorge Mussi, publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, Tomo 212, data 23.10.2018, p. 7.)

votos deve ser explícito, vedada a extração desse elemento a partir de cotejo do teor da mensagem e do contexto em que veiculada³⁵.

Os contornos atuais do art. 36-A exsurgiram por ocasião do julgamento do REspe 51-24/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, no qual restou assentada a existência de dois parâmetros para afastar a caracterização de propaganda eleitoral extemporânea, a saber: a ausência de pedido explícito de voto e a ausência de ato atentatório à isonomia, à higidez do pleito e à moralidade³⁶. Realizou-se, no julgamento desse *hard case*, a ponderação entre dois cânones jusfundamentais: o direito à liberdade de expressão e à igualdade de oportunidades. Alinhou-se, na oportunidade, ao uso da *theory of preferred position of freedom speech*, haja vista que como as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício das outras liberdades, devem repousar em uma posição de preferência em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados³⁷.

³⁵ Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Propaganda antecipada. *Link* patrocinado. Facebook. Ato parlamentar. Divulgação de empreendimento da prefeitura. Pedido de voto não configurado. Condenação de multa afastada. [...] 3. É cediço que as balizas traçadas no art. 36-A da Lei das Eleições – com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015 (minirreforma eleitoral) – flexibilizaram a divulgação de atos de pré-campanha, ampliado o espectro de manifestação dos candidatos na disputa eleitoral. 4. Ao exame do AgR-AI nº 9-24, rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e do AgR-REspe nº 43-46, rel. Min. Jorge Mussi, prevalecente a tese de que, para a configuração de propaganda eleitoral antecipada, o pedido de votos deve ser explícito, vedada a extração desse elemento a partir de cotejo do teor da mensagem e do contexto em que veiculada, ressalvado o meu ponto de vista em sentido diverso. 5. Inexistente pedido de voto nas mensagens compartilhadas por intermédio do Facebook do agravado, limitada a divulgar ato parlamentar – participação, enquanto Vereador de Recife/PE, da entrega de empreendimento municipal –, não extrapolados os contornos da liberdade de manifestação legitimada no art. 36-A da Lei das Eleições. Precedentes. 6. Descaracterizada como propaganda antecipada a divulgação de ato parlamentar, irrelevante se perquirir a utilização da ferramenta patrocinada (art. 57-C da Lei nº 9.504/1997 com a redação vigente à época dos fatos). Conclusão Agravo regimental não provido (Recurso Especial Eleitoral nº 14933, Acórdão, rel. Min. Rosa Weber, Publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, data 21.8.2018). AgR-AI nº 9-24, rel. Min. Tarcísio Vieira e do AgR-REspe nº 43-46, rel. Min. Jorge Mussi.

³⁶ Recurso Especial Eleitoral nº 5124, Acórdão, rel. Min. Luiz Fux, publicação: Publicado em Sessão (PSESS), data 18.10.2016.

³⁷ “Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social

Posteriormente, por ocasião do julgamento do AgRg no AI nº 9-24 e do AgRg no REspe nº 43-46, o TSE, por maioria, fixou as seguintes balizas:

- a) o pedido explícito de votos, entendido em termos estritos, caracteriza a realização de propaganda antecipada irregular, independentemente da forma utilizada ou da existência de dispêndio de recursos; b) os atos publicitários não eleitorais, assim entendidos aqueles sem qualquer conteúdo direta ou indiretamente relacionados com a disputa, consistem em “indiferentes eleitorais”, situando-se, portanto, fora da alçada desta Justiça Especializada; c) o uso de elementos classicamente reconhecidos como caracterizadores de propaganda, desacompanhado de pedido explícito e direto de votos, não enseja irregularidade per se; todavia, a opção pela exaltação de qualidades próprias para o exercício de mandato, assim como a divulgação de plataformas de campanha ou planos de governo acarreta, sobretudo quando a forma de manifestação possua expressão econômica minimamente relevante, os seguintes ônus e exigências: (i) impossibilidade de utilização de formas proscritas durante o período oficial de propaganda (*outdoor*, brindes, etc.); e (ii) respeito ao alcance das possibilidades do pré-candidato médio.

Com base nesses critérios, afastaram-se da conceituação de propaganda eleitoral antecipada as mensagens ou as imagens em que o pré-candidato ou alguma outra pessoa faz na internet e em outras formas de mídia social a menção à pretensa candidatura ou exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, conforme se aduz do conteúdo deontológico da redação do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. Agasalharam-se várias condutas que não podem ser definidas como propaganda antecipada, considerando-as como propagandas lícitas, albergadas expressamente pelo ordenamento jurídico, inclusive com transmissão pelas redes sociais³⁸.

ou de massa. [...] Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados”. BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade*. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III, p. 105-106.

³⁸ Eleições 2016. Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Representação. Propaganda eleitoral extemporânea. Reunião. Divulgação no Facebook. Não configuração. Ausente pedido explícito de votos ou menção expressa à candidatura futura. Art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. Reexame de fatos e provas. Vedação. Súmula nº 24/TSE. Histórico da demanda 1. Contra acórdão do TRE/PB pelo qual julgado improcedente o pedido formulado na representação por propaganda eleitoral extemporânea em face de, interpuseram recursos especiais o Ministério Público Eleitoral e Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). 2. Negado seguimento

Não obstante vedado o pedido explícito de voto, em todas as atividades supramencionadas são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver, permissão que não se aplica aos profissionais de comunicação social no exercício da profissão (§§ 2º e 3º do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997).

Depois das disposições normativas do art. 36-A, não há mais sentido em se falar em propaganda eleitoral implícita por meio de mensagens subliminares que acontecia muito na apresentação de propostas e na exaltação das qualidades pessoais dos candidatos. Como houve restrição drástica do campo de incidência da propaganda extemporânea, a ilação que se depreende resulta que não há impedimento à propaganda eleitoral explícita, sendo despidiando mencionar a implícita³⁹.

aos recursos especiais, monocraticamente, aplicadas as Súmulas nºs 28 e 30/TSE. Do agravo regimental 3. Prevalece, nesta Corte Superior, o entendimento de que, para a configuração de propaganda eleitoral antecipada, o pedido de votos deve ser explícito, vedada a extração desse elemento a partir de cotejo do teor da mensagem e do contexto em que veiculada (AgR-AI nº 9-24, rel. Min. Tarcísio Vieira e do AgR-REspe nº 43-46, rel. Min. Jorge Mussi). Ressalva do ponto de vista da relatora. 4. No caso, o Tribunal de origem assentou não configurada a veiculação de propaganda eleitoral extemporânea consubstanciada em reunião realizada pelo agravado juntamente com correligionários, divulgada no Facebook, ausente pedido explícito de voto, com fulcro no art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. 5. Conclusão em sentido diverso demandaria nova incursão no acervo fático-probatório, procedimento vedado na instância especial, a teor da Súmula nº 24/TSE. Conclusão Agravo regimental conhecido e não provido. (Recurso Especial Eleitoral nº 5237, Acórdão, rel. Min. Rosa Weber, publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, Tomo 171, data 24.8.2018, p. 73-74.)

³⁹ Eleições 2018. Representação. Propaganda eleitoral antecipada. Improcedência. 1. De acordo com a jurisprudência mais recente desta Corte, cuja formação antecede à edição da Lei nº 13.165/2015, o mero ato de promoção pessoal, sem pedido explícito de voto, não caracteriza a propaganda eleitoral antecipada. 2. “Com o advento da Lei nº 13.165/2015 e a consequente alteração sucedida no âmbito do art. 36-A da Lei das Eleições, bem como até mesmo já considerando a evolução jurisprudencial do tema, a configuração da infração ao art. 36 da Lei nº 9.504/1997, em face de fatos relacionados à propaganda tida por implícita, ficou substancialmente mitigada, ante a vedação apenas ao pedido explícito de votos e com permissão da menção à pré-candidatura, exposição de qualidades pessoais e até mesmo alusão a plataforma e projetos políticos (art. 36-A, I)” (REspe 85-18, rel. Min. Admar Gonzaga, *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, data 13.9.2017). 3. A decisão judicial que superar os permissivos legais da propaganda eleitoral, inclusive o art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, deve considerar os direitos à livre manifestação de pensamento e à informação e ser fundada em elementos objetivos demonstráveis nos autos, e não na subjetividade do julgador ou na intenção oculta de quem veiculou a propaganda. 4. Uma vez observadas as balizas legais, os eleitores, os candidatos, os partidos e os órgãos de imprensa têm plena liberdade de veicular atos, fatos e manifestações de cunho político, ainda que impliquem elogios ou críticas a determinada figura. A regra, em um

Planteia-se que a energia despendida pela Justiça Eleitoral para impedir as outrora propagandas antecipadas deveria ser canalizada para o cerceamento da “compra de voto” e do abuso do poder econômico e político. Dessa forma, toda a antiga jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais terá de ser revista para se adequar à nova hermenêutica perfilhada, no que provoca o relego de todas as decisões proferidas sobre a matéria.

5 Desdobramentos da extinção jurídica da propaganda antecipada

Depois da entrada no mundo jurídico do referido art. 36-A, a denominada propaganda antecipada, apesar de ainda ostentar validade, sofreu redução drástica em seu campo de incidência, passando a ostentar validade residual. Em verdade, tem-se que a referida reforma realizada em 2015 foi de veras contraditória: de um lado, restringiu o período eleitoral para 45 dias; de outro, flexibilizou o conceito de propaganda extemporânea, permitindo diversas condutas que eram proibidas, no que tornou o período de propaganda mais elástico.

Consonante o atual programa normativo, a propaganda eleitoral antecipada ficou bastante mitigada – tornou-se quase uma figura mitológica – porque ela somente pode ser subsumida quando o candidato, expressamente, pedir votos ou quando houver a convocação de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos ou seus filiados ou instituições (art. 36-B da Lei das Eleições)⁴⁰. Todas as outras condutas que antes eram

regime democrático, é a livre circulação de ideias. 5. No caso, além de a mensagem veiculada ter consistido em ato de mera promoção pessoal, sem pedido explícito de voto, não há prova do prévio conhecimento do beneficiado a respeito da propaganda supostamente extemporânea, o que impede a aplicação de multa. Representação julgada improcedente. Agravo regimental prejudicado. (Representação nº 060116194, Acórdão, rel. Min. Admar Gonzaga, publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, Tomo 55, data 20.3.2018.)

⁴⁰ Art. 36-B. Será considerada propaganda eleitoral antecipada a convocação, por parte do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo

consideradas ilícitas foram permitidas. Assim, não há mais sentido na subsistência do conceito da propaganda extemporânea, haja vista que o pré-candidato pode pedir apoio político, exaltar suas qualidades, realizar encontros ou propor projetos sem que qualquer tipo de admoestação lhe seja imputada⁴¹.

Como foi explicitado, houve redução quase que completa do campo de incidência da propaganda antecipada porque se permitiram várias condutas que detêm a taxionomia eminentemente política, como menção expressa à pretensa candidatura, exaltação de qualidades pessoais, permissão de encontros partidários e com entidades da sociedade civil, demonstração de posicionamentos políticos, inclusive com ampla cobertura por parte dos vários instrumentos presentes nas redes sociais. Não existe mais funcionalidade pragmática para a existência da subsunção da campanha antecipada quando houver o pedido explícito de voto, em razão de que essa amplitude de veiculação de narrativas políticas permite perfeitamente a captação da vontade política do eleitor, sem a necessidade de qualquer forma de solicitação. Aliás, essa forma de captação eleitoral tornou-se um relicário paleolítico da legislação eleitoral diante de sua ineficácia, da mesma forma que a convocação de redes de radiodifusão com finalidade eleitoral, pois seu enquadramento se configurou em um equívoco, já que representa uma forma de abuso de poder político.

Tribunal Federal, de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições.

⁴¹ Agravo regimental. Recurso especial. Eleições 2016. Representação. Propaganda antecipada. Art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. Facebook. Fotos com o número e sigla do partido. Divulgação. Pré-candidatura. Possibilidade. Pedido explícito de voto. Ausência. Desprovido. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior firmada para as Eleições 2016, a configuração de propaganda eleitoral extemporânea – art. 36-A da Lei nº 9.504/1997 – pressupõe pedido explícito de votos. 2. No caso dos autos, mera divulgação de fotos em rede social de pessoas junto ao pré-candidato, “portando cartazes com o número e a sigla do partido por meio do qual viria a se candidatar” (fls. 157-158), configura apenas divulgação de pré-candidatura, o que é admitido pela norma de regência e encontra amparo no vigente entendimento do Tribunal Superior Eleitoral acerca do tema. 3. Agravo regimental desprovido. (Recurso Especial Eleitoral nº 13969, Acórdão, rel. Min. Jorge Mussi, Publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, Tomo 212, data 23.10.2018, p. 7.)

Liberaram-se de cominação vários atos de manifestação política que poderiam ser utilizados perfeitamente para o proselitismo político, como entrevistas e debates públicos, encontros partidários, congressos e mobilizações partidárias – todos eventos que se realizam na seara da normalidade – que tornam sem sentido o impeditivo de pedido explícito de voto. A contradição maior é que se vedou estratégia secundária de proselitismo político, permitindo-se vasta gama de opções para a conquista do voto do eleitor.

Igualmente, como sentido principalmente nas eleições de 2018, houve maior concretização da campanha virtual, realizada através das mais variadas formas de mídias sociais, com diminuição – que crescerá ao longo das novas eleições – da campanha eleitoral material, realizada nas ruas. Não que essa possa ser relegada, mas pela amplitude de alcance, pela criação de um mundo pós-real, pela instantaneidade de informações, pela facilidade de seu acesso, etc., cada vez mais haverá a primazia da campanha virtual nos processos eleitorais.

De outra parte, essa forma de propaganda, em relação a seu alcance e sua eficácia, constitui-se em modalidade mais barata do que a propaganda física, veiculada nas ruas. Mesmo que a opção pela propaganda eleitoral por meio de “disparos” e de impulsionamento de conteúdos no âmbito das redes sociais possa custar vários milhões, esse tipo de propaganda igualmente pode ser realizado de forma eficaz, sem grandes recursos técnicos e sem maiores gastos.

Pelas peculiaridades dessa forma de propaganda, as tentativas de seu cerceamento e de impor-lhe obstáculos se mostram pouco eficazes. Como ela se constitui em ferramenta indissociável do processo eleitoral, podendo haver estratégias de comunicação mais eficientes e sem grandes custos, há vários exemplos disso em nível nacional e internacional, no que não faz mais sentido seu enquadramento como propaganda antecipada.

A fixação de termo para o início da propaganda eleitoral apenas faz sentido para aquela que ocorre no mundo real, nas atividades políticas ocorridas nas várias localidades da sociedade. Esse prazo inicial, todavia, não pode suplantiar o direito fundamental à liberdade de expressão e de participação política. Quarenta e cinco dias de campanha é surreal, ainda mais quando os custos financeiros, em razão da propaganda nas redes sociais, sofrem redução. Esse período premia os detentores do poder político e estimula a oposição a burlar a legislação para que sua mensagem possa alcançar o eleitorado. Pondera-se que o prazo anterior de 90 dias era algo muito razoável, permitindo a expressão do direito fundamental de participação política, com todos seus apanágios.

Como não existem campanhas de rua sem o alicerce em grandes estruturas que forçosamente acarretam fortes gastos financeiros não existem incentivos para que ela comece antes do termo inicial. Sua função será totalmente desempenhada pela propaganda nas redes sociais, havendo várias candidaturas que concentrarão majoritariamente seus esforços na veiculação de sua mensagem de forma virtual. Além do que, como apresentam impacto visual de fácil percepção, sua fiscalização demandará menores esforços por parte da Justiça Eleitoral. Em um país em que há grande contingente de hipossuficientes, infelizmente, o que continuará a ocorrer no período eleitoral ou antes dele, são os vários ilícitos ligados ao abuso de poder econômico e político, que ainda continuam a ser instrumentos para a conquista e manutenção do poder.

A grande questão, ponto nodal de toda essa discussão, restringe-se na clareza e na eficiência do registro dos gastos eleitorais, tanto das manifestações virtuais como naquelas físicas. Mesmo havendo a possibilidade de que as campanhas nas redes sociais não necessitem de grandes valores financeiros, resta indubitável que o poder econômico igualmente pode não equiparar o conceito abstrato de igualdade de armas na propaganda virtual. A fiscalização financeira tem de ser

realizada de forma muito rígida e criteriosa, o que não é muito difícil porque os “impulsos” e os “disparos” são realizados por poucas empresas que detêm controle sobre as plataformas. O que deveria ser estabelecido seria um prazo para que essa fiscalização tivesse início, no que poria fim à infundável discussão a esse respeito. Como sugestão ela poderia começar no início do ano, mesmo sabendo que as comunidades podem ser formadas antes do ano eleitoral por meio de “impulsos” e de “disparos”, e depois apenas mantidas por meio de informações.

De qualquer maneira, o art. 36-A e a possibilidade de propaganda eleitoral nas redes sociais demandam modificação completa na conceituação de propaganda eleitoral antecipada, deprecando-se sua extinção. Portanto, as duas formas do que resta como sua denominação não têm mais razão de existência. Uma devido à falta de funcionalidade e a outra pelo equívoco em seu enquadramento normativo. A melhor alameda que se descortina é a extinção jurídica, com sua ab-rogação, por ausência de *telos* pragmático, da conceituação de propaganda antecipada, enquadrando-se os acintes cometidos na propaganda eleitoral como propaganda irregular e crimes eleitorais.

6 Considerações finais

Pode-se asseverar, depois da entrada em vigor do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, que a conceituação da propaganda antecipada, apesar da manutenção de sua validade, perdeu seu escopo teleológico, pois, com a mencionada estrutura normativa, seu campo de incidência foi quase que totalmente mitigado. Ou seja, diante de tantas possibilidades de captar o voto do eleitor, o pedido explícito de voto se mostra despiciendo. Mesmo as tentativas pretorianas de avolumar o espaço de incidência para a propaganda antecipada, considerando seu contexto, apesar de colidir com a *mens legis* da alteração, não se mostra factível de propiciar maior tónus ao mencionado conceito.

A questão crucial não é o lapso temporal da permissão de veiculação da propaganda eleitoral, haja vista que a dinâmica das redes sociais não permite, realisticamente, outro posicionamento que não seja o de sua liberdade, com uma normatização factível para evitar excessos. O maior desafio é a fiscalização dos recursos que são despendidos para fins de veiculação da propaganda eleitoral, os quais devem ser determinados com a maior clareza para a veiculação de mensagens virtuais e reais. A funcionalidade da propaganda antecipada foi ferida mortalmente, sendo pungente a ab-rogação de sua validade para o aperfeiçoamento do sistema eleitoral, possibilitando que a Justiça Eleitoral direcione suas energias para atividades mais pungentes, evitando que ela siga no hercúleo e improdutivo trabalho de Sísifo.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Manual Prático de Direito Eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

AGRA, Walber de Moura; CAVALCANTI, Francisco Queiroz. *Comentários à Nova Lei Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e Prática do Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 15. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013.

NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda Eleitoral e o Princípio da Liberdade da Propaganda Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PINTO FERREIRA, Luiz. *Código Eleitoral Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ROLLO, Alberto. *Propaganda Eleitoral: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VATTIMO, Gianni. *O Fim da Modernidade: Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral: da convenção à prestação de contas*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.