

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB
FACULDADE DE DIREITO

DAVI RODRIGUES BRITO

**A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL DO TSE SOBRE PROPAGANDA NO HORÁRIO
ELEITORAL GRATUITO NAS ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS DE 2014
E A QUALIDADE DA INFORMAÇÃO VEICULADA**

Brasília

2015

DAVI RODRIGUES BRITO

**A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL DO TSE SOBRE PROPAGANDA NO HORÁRIO
ELEITORAL GRATUITO NAS ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS DE 2014
E A QUALIDADE DA INFORMAÇÃO VEICULADA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Henrique Arake Cavalcante

Brasília

2015

DAVI RODRIGUES BRITO

**A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL DO TSE SOBRE PROPAGANDA NO HORÁRIO
ELEITORAL GRATUITO NAS ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS DE 2014
E A QUALIDADE DA INFORMAÇÃO VEICULADA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Henrique Arake Cavalcante

Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

Rafael Sales Rios

Davi Monteiro Diniz (suplente)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente sou grato à minha mãe e ao meu pai por sempre terem priorizado minha formação.

Agradeço a todos os que trazem alegria para minha vida e sorrisos para o mundo. Em especial, àquela que tanto me ajudou neste trabalho, Luisa Caetano.

Homenageio, principalmente, o povo brasileiro, que compulsoriamente cede seu dinheiro sofrido para arcar com os altíssimos custos da educação de quem já teria condições de pagar por ela, dentre os quais me incluo.

RESUMO

Este trabalho analisa o câmbio jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral – TSE relativo a propagandas eleitorais veiculadas no horário eleitoral gratuito, vedando propagandas negativas e propagandas não propositivas. Para tanto, e tendo como base diversos precedentes da Corte Eleitoral, apresentam-se o entendimento anterior do TSE acerca do assunto, as razões de sua alteração, a aplicação do novo posicionamento nas eleições presidenciais de 2014 e seus problemas interpretativos e a finalidade do horário gratuito de propaganda eleitoral. Por fim, propõe-se um melhor modelo de regulação do conteúdo das propagandas eleitorais, fundamentado na Ciência Política.

Palavras-chave: Direito Eleitoral; eleições presidenciais de 2014; propaganda eleitoral; horário eleitoral gratuito; TSE; análise de jurisprudência; mudança jurisprudencial; propaganda eleitoral negativa.

ABSTRACT

This paper analyses the jurisprudential shift the Brazilian Superior Court of Electoral Law (Tribunal Superior Eleitoral – TSE) performed, related to electoral ads displayed at the electoral free-advertising time (horário eleitoral gratuito), resulting in the prohibition of the ads that were not both propositional and non-negative. Thus – based on many previous Court’s decisions – this paper presents the TSE’s prior understanding about the object, the reasons for its alteration, the application of the new paradigm on the 2014 presidential elections and its interpretation problems, describing the goals of the electoral free-advertising time. To conclude, it is proposed a regulation model which fits best these goals, based on Political Science.

Key-words: Electoral Law; 2014 Brazilian presidential elections; electoral campaign; jurisprudential analysis; jurisprudential shift; negative electoral campaigns.

SUMÁRIO

Introdução	6
1. Jurisprudência anterior ao julgamento da Representação nº 1658-65/2014.....	8
2. Argumentos para a mudança de entendimento do TSE.....	17
3. Aplicação do novo entendimento: caráter programático e não negativo	24
4. Divergências sobre a mudança jurisprudencial	30
5. Finalidade do horário eleitoral, qualidade das propagandas eleitorais e modelos de regulação de seu conteúdo	37
Conclusões	55
Bibliografia.....	57

Introdução

Este trabalho se volta a analisar os limites da propaganda eleitoral veiculada no horário gratuito de propaganda eleitoral, com base, principalmente, nas eleições presidenciais de 2014.

No dia 16 de outubro de 2014, o Tribunal Superior Eleitoral – TSE alterou entendimento sobre propagandas veiculadas no horário eleitoral gratuito. Antes dessa data, uma publicidade eleitoral apenas poderia ser cerceada se incidisse em alguma das vedações legais expressas. A partir desse dia, a Corte Eleitoral passou a ser significativamente mais restritiva, proibindo qualquer publicidade eleitoral que “abaixasse o nível” das campanhas.

A decisão repercutiu na sociedade, dando grande visibilidade ao TSE. Tal mudança jurisprudencial teve impacto direto no gerenciamento que os candidatos e partidos fizeram das próprias campanhas e, principalmente, na qualidade das informações divulgadas. Além disso, esse foi o pleito presidencial mais concorrido da história democrática brasileira. Todos esses fatores reafirmam a importância do tema.

Portanto, o presente trabalho se presta a sintetizar e analisar todo o processo de mudança jurisprudencial e contribui, especialmente, com uma visão multidisciplinar, aplicando resultados de pesquisas teóricas e empíricas da Ciência Política para descobrir as características das informações eleitorais incentivadas pelo novo entendimento do TSE, além de sugerir modelo de regulação de propagandas eleitorais com base em tais pesquisas.

O primeiro capítulo descreve o quão permissivo o TSE era quanto ao conteúdo veiculado nas publicidades eleitorais, apenas proibindo as propagandas que fossem de encontro à vedação positivada na lei eleitoral.

O segundo capítulo, por sua vez, expõe os principais argumentos lançados no julgamento da representação nº 1658-65/2014, que acabaram por resultar em mudança jurisprudencial.

O terceiro capítulo narra e analisa como foi a aplicação desse novo entendimento, que se resumiu à proibição de qualquer propaganda eleitoral que não fosse simultaneamente propositiva e não negativa.

O quarto capítulo discorre sobre o julgamento da representação nº 1719-23/2014, no qual os parâmetros do novo entendimento se mostraram frágeis e inadequados.

Por fim, no quinto capítulo, são analisados o horário eleitoral gratuito e sua finalidade e, após, são criados modelos para esquematizar qual tipo de informação cada entendimento do TSE incentiva. Ademais, é desenhada sugestão de regulação de conteúdo das propagandas eleitorais de modo que estas melhor se adequem à finalidade do horário eleitoral, segundo critérios da Ciência Política.

1. Jurisprudência anterior ao julgamento da Representação nº 1658-65/2014

Na sessão de julgamento do TSE do dia 16 de outubro de 2014, a Corte Eleitoral mudou significativamente seu entendimento quanto às propagandas veiculadas no horário eleitoral gratuito.

O caso tratou de liminar na representação nº 1658-65 de 2014¹ (Rp 1658-65), movida pelo candidato à presidência da República Aécio Neves da Cunha e a Coligação Muda Brasil² contra a candidata adversária, Dilma Vana Rousseff, e a Coligação Com a Força do Povo³ para que fosse suspensa a transmissão de determinada propaganda eleitoral veiculada em rádio⁴.

Em resumo, a propaganda impugnada apresentou uma mulher, identificada como a ex-presidente do sindicato de jornalistas de Minas Gerais, que relatou suas impressões sobre a relação do candidato mineiro com a imprensa de seu estado:

Tudo que desagradava ao governo Aécio era como no tempo da ditadura. Era um telefonema e o repórter, o fotógrafo, o editor, o jornalista – em qualquer posto – estava ameaçado de perder o seu emprego porque contrariou os desejos do Palácio da Liberdade, do governo de Minas, dos tucanos.

O caso, em si, a despeito de sua intensidade, não foi novidade tão grande. Houve – inclusive nestas eleições de 2014 – a veiculação de propagandas tão incisivas quanto essa, além de outras ainda mais dúbias quanto a saber se seu caráter tem fundo político ou se é meramente ofensivo, como se mostrará adiante. A diferença da peça publicitária em questão é o seu contexto.

¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1658-65.2014.6.00.0000, relatoria min. Admar Gonzaga, julgada pelo Plenário. Brasília, 16 de outubro de 2014.

² Coligação constituída pelos Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), Partido da Mobilização Nacional (PMN), Solidariedade (SD), Democratas (DEM), Partido Ecológico Nacional (PEN), Partido Trabalhista Nacional (PTN), Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Partido Trabalhista Cristão (PTC) e Partido Trabalhista do Brasil (PTdoB).

³ Coligação constituída pelos Partido dos Trabalhadores (PT), Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Partido Social Democrático (PSD), Partido Progressista (PP), Partido da República (PR), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Republicano da Ordem Social (PROS), Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Republicano Brasileiro (PRB).

⁴ Como o julgamento estava apenas em sede liminar, a discussão se limitou à possibilidade de suspender a veiculação da peça publicitária.

Pelo paradigma anterior à mudança jurisprudencial firmada neste julgamento, esta peça publicitária eleitoral quase com certeza seria tida como perfeitamente lícita. O entendimento anterior é muito mais permissivo – nas palavras do ministro presidente do Tribunal Superior Eleitoral Dias Toffoli – quanto a publicidades eleitorais negativas. De fato, o posicionamento das ministras Maria Thereza e Luciana Lóssio e do ministro relator Admar Gonzaga – que não concordaram, no primeiro momento, com a mudança jurisprudencial – foi pelo indeferimento da liminar, o que resultaria na legalidade dessa peça publicitária.

Entre os argumentos levantados para determinar a ilegalidade da propaganda está a dúvida sobre a veracidade da acusação, uma vez que a única garantia da veracidade do alegado pela propaganda era a autoridade de quem fez seu depoimento: a ex-presidente do sindicato dos jornalistas de Minas Gerais. Tampouco se pode ter certeza de que a depoente ocupou mesmo tal cargo, e não foi apenas alguma pessoa contratada para caluniar o oponente político.

O advogado das representadas (Dilma Rousseff e Coligação Com a Força do Povo), em sua manifestação, afirmou que, na versão para televisão dessa publicidade eleitoral, ao mesmo tempo em que era transmitido o depoimento da jornalista, também eram exibidos vários diferentes jornais cujas manchetes acusariam o governo de Minas – sob comando de Aécio – de cercear a liberdade de imprensa. Defendeu também que não havia provas de que a depoente não era quem a propaganda afirmava, sendo absurdo o ônus da prova caber a quem veicula a propaganda. Não fosse assim, as representadas teriam que levar à propaganda a ata da assembleia que a elegeu presidente de tal sindicato.

O posicionamento de então do TSE não destoava desse entendimento. O art. 58, *caput*, da Lei 9.504/97 estabelece que,

A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social.

Do contrário, a partir dessa norma, entendia o Tribunal Superior Eleitoral que fatos duvidosos ou que fossem provavelmente falsos não ensejavam direito de resposta. A compreensão do artigo era literal, no sentido de que somente assertivas manifestamente inverídicas deveriam ser penalizadas com o direito de resposta.

O ministro Carlos Alberto Menezes Direito proferiu voto paradigmático nesse sentido, voto esse citado inúmeras vezes. No julgamento da representação nº 1.281⁵, relativo às eleições de 2006, afirmou que a simples utilização de um advérbio como “praticamente” na descrição do que foi veiculado elimina a caracterização de sabidamente inverídica do fato constante em propaganda. Isso porque dados “quase certamente errados” não trazem certeza suficiente para a configuração do ilícito, que exige inverdade patente e indubitável.

Também explicativa é a opinião expressa na representação nº 3675-16/2010⁶, do ministro relator Henrique Neves. Ele afirma que a mensagem impugnada, para o fim de ser classificada como sabidamente inverídica, deve ser de flagrante inverdade e não pode ser passível de controvérsias, pois o pedido de resposta se presta a garantir a defesa contra ofensas, e não a investigar qual a versão verdadeira dentre as controvérsias políticas.

Ou seja, é difícil a configuração do direito de resposta por mensagem sabidamente inverídica, já que só se configura se não houver qualquer dúvida quanto à veracidade do acontecimento, sob o risco de transformar a Representação em um processo de confirmação de opiniões políticas.

Como exemplo de caso no qual o TSE constatou situação de inveracidade suficientemente clara temos a representação nº 3476-91/2010⁷, de relatoria do ministro Joelson Dias. Nela se impugnou peça publicitária na qual se alegava que o então candidato à presidência da República José Serra teria sido responsável por, entre outras coisas, comandar a privatização da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) durante o governo FHC. Entretanto, a privatização da CSN se deu no governo Itamar Franco, do qual Serra não participou e, portanto, não poderia ter liderado tal processo.

O min. Dias Toffoli, nesse julgamento, considerou que, ainda que não fosse fato público e notório para a população em geral que Serra não teve qualquer envolvimento com a privatização da CSN, ao menos quem veiculou a informação deveria saber disso.

⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1.281, relatoria min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado pelo Plenário. Brasília, 23 de outubro de 2006.

⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 3675-16.2010.6.00.0000, relatoria min. Henrique Neves, julgado pelo Plenário. Brasília, 26 de outubro de 2010.

⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 3476-91.2010.6.00.0000, relatoria min. Joelson Dias, julgada pelo Plenário. Brasília, 19 de outubro de 2010.

Nesse caso, a propaganda foi em sentido contrário a fato que, com certeza, é de conhecimento pelo menos dos que a veicularam, aceitando-se, por consequência, a concessão do direito de resposta referente a esse argumento. É preciso frisar que não havia qualquer dúvida sobre a inveracidade do fato publicado, o que mostra o quão restrita era a aplicação deste parâmetro.

O art. 58, *caput*, da Lei 9.504/97 traz ainda mais um requisito para o direito de resposta por veiculação de mensagem sabidamente inverídica: a ofensa. É o que muito bem explica o ministro Admar Gonzaga, na representação nº 1362-43/2014⁸, de sua lavra:

Ressalto ainda que, no julgamento da Rp nº 1083-57, na sessão de 9.9.2014, este Tribunal fixou entendimento no sentido de que o exercício de direito de resposta, requestado por alegada afirmação sabidamente inverídica, poderá ser concedido quando a manifestação for expressada de forma ofensiva a candidato, partido ou coligação. Assim, no caso, ainda que se tratasse de afirmação sabidamente inverídica, não há veiculação de declarações ofensivas à candidata Representante, mas apenas de crítica política.

Ao tratar da matéria ora em análise, Olivar Coneglian ensina que “o direito de resposta só cabe quando o texto dito ofensivo contenha injúria, calúnia, difamação, inverdade ou erro, e quando constitui ofensa direta a pessoa, física ou jurídica. Não constitui ofensa a simples crítica eleitoral, a crítica a programa de partido, à realização de ato, à atitude administrativa do ofendido”.

No caso da Rp 1658-65, a suposta ofensa se localizaria na atribuição ao candidato da conduta criminosa de censurar a imprensa de seu estado. Tal alegação, contudo, não pode ser tida como ofensiva, pois é crítica que se insere no âmbito político. Afinal, se um candidato realmente censurar a imprensa, nada mais saudável à democracia que seu opositor deixe pública essa informação. Ou seja, pela visão anterior da Corte Eleitoral, ainda que a mensagem veiculada fosse sabidamente inverídica, não seria passível de punição, pois é legítima crítica eleitoral. Para configurar ato ilícito, a suposta ofensa – a candidato, partido ou coligação – tinha de ultrapassar a crítica política.

Eventual resposta ao ataque meramente pessoal a ser dada no horário eleitoral do adversário acabaria por retirar seu caráter de propaganda eleitoral. Afinal, o horário eleitoral tem também a finalidade de promover debates, o que incluiria a defesa ao que foi dito pelo concorrente. Desse modo, a ofensa também só era coibida quando restasse clara sua impertinência quanto ao tema político dos debates.

⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1362-43.2014.6.00.0000, relatoria min. Admar Gonzaga, julgado pelo Plenário. Brasília, 1º de outubro de 2014.

Esse minimalismo quanto à atuação do Tribunal Eleitoral se deve à compreensão de que, nas palavras do min. Gonzaga na Rp 1658-65, “não é papel da Justiça intrometer-se no debate de ideias e contestações a ponto de colocar-se em substituição aos protagonistas do certame”. Isso se mostra ainda mais forte durante o segundo turno, porque o tempo destinado à propaganda eleitoral é igual para ambos os candidatos.

Como já afirmado, o voto do relator na Rp 1658-65 foi lastreado em precedentes e entendimento prévios ao câmbio jurisprudencial. Eleições passadas – e mesmo o primeiro turno das eleições presidenciais de 2014 – são ricas em exemplos de representações indeferidas. Isso porque foi considerado que as propagandas impugnadas poderiam e deveriam ser rebatidas no próprio horário político de propaganda eleitoral, espaço ideal para debates políticos.

Um exemplo marcante desta postura liberal do TSE é o julgamento do recurso na representação nº 1211-77/2014⁹, de relatoria do min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, pelo qual a então candidata à presidência Marina Silva e sua coligação recorreram da denegação de direito de resposta em razão de propaganda veiculada pela candidata Dilma e Coligação Com a Força do Povo. Tal peça publicitária eleitoral abordou, de forma imaginativa e bastante agressiva, a proposta da candidata Marina Silva de tornar o Banco Central autônomo. Segue a transcrição, feita pelos recorrentes, de trecho da propaganda considerado ofensivo:

Ator: *O que mais [dá] dó na corrupção é saber que o dinheiro público, que deveria ser usado para o bem de todos, vai para o bolso de alguns aproveitadores.*

Atriz: *Mas também devemos estar atentos a outras formas mais sutis de desvio da riqueza da nação para o bolso de uns poucos privilegiados. É o que acontece com certas decisões econômicas erradas. Por exemplo: dar autonomia jurídica ao Banco Central é privilegiar o interesse de poucos em prejuízo dos que mais precisam.*

[Cenários em que homens trajados de roupas sociais representam banqueiros em uma reunião ao redor de uma mesa.]

Locutor: *Marina tem dito, que se eleita, vai fazer a autonomia do Banco Central. Parece algo distante da vida da gente, né? Parece, mas não é.*

[Neste instante, surge a imagem de uma família tomando uma refeição em volta de uma mesa redonda. Ao passo em que a locução desfia as supostas consequências da autonomia, a comida que está sendo servida na refeição da família vai sumindo de cena.]

Locutor: *Isso significaria entregar aos banqueiros um grande poder de decisão sobre a sua vida e de sua família. Os juros que você paga, seu emprego, preços e até seu salário.*

⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1211-77.2014.6.00.0000, relatoria min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado pelo Plenário. Brasília, 23 de setembro de 2014.

[Volta a cena em que os banqueiros em reunião se cumprimentam.]

Locutor: *Ou seja, os bancos assumem um poder que é do Presidente e do Congresso, eleitos pelo povo.*

[Ao final da cena, a família está em volta da mesa completamente vazia, todos com feições desoladas.]

Locutor: *Você quer dar a eles esse poder?*

Os recorrentes alegaram que essa propaganda falseou a proposta da candidata, pois tornar o Banco Central autônomo não significaria dá-lo aos banqueiros, além de que buscou criar um artificial estado passional nos eleitores, atitude vedada pelo art. 242 do Código Eleitoral (CE).

Além disso, era importante levar em consideração que o tempo disponível à candidata representante no horário eleitoral gratuito era consideravelmente menor que o da representada – ainda era primeiro turno – e seria muito dispendioso politicamente a ela gastar seu tempo de propaganda respondendo acusações distorcidas em vez de apresentar as próprias propostas.

Contudo, com exceção do min. Gilmar Mendes, o TSE votou conforme o relator, que considerou que a crítica, apesar de ácida, não ultrapassa o plano político. Nesse julgamento foi citada a representação nº 1083-57/2014¹⁰, na qual foi decidido – por unanimidade – que o exercício do direito de resposta apenas se configura quando for possível extrair da propaganda ofensa de caráter pessoal. No caso, havendo crítica claramente voltada a um programa de governo, a prognose de tragédia econômica é uma consequência possível, apesar de controversa, mas certamente de caráter político, não havendo que se falar em ofensa pessoal.

Afirmar que dar autonomia ao Banco Central é retirar a competência que é do Congresso, do povo, e dar esse poder a banqueiros é crítica perfeitamente cabível, que não transborda a esfera política, sendo, inclusive, direcionada a conteúdos programáticos. De fato, o tema é de grande relevância social e – mesmo tendo sido propagandeado de forma tão maquiada e tecnicamente imprecisa – merece os holofotes do debate eleitoral. Não há dúvida quanto a isso.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1083-57.2014.6.00.0000, relatoria min. Admar Gonzaga, julgado pelo Plenário. Brasília, 9 de setembro de 2014.

Mas, para incentivar o debate quanto a esse ponto, a peça publicitária deu a entender que o programa de governo da candidata é tão ou mais negativo que a corrupção em si e sugeriu – através de imagens, conceitos e emoções – que o objetivo de tal proposta é dar dinheiro a pessoas que se deleitam com a fome alheia.

A propaganda trabalhou fortemente com as emoções do espectador. Com a expressão de desolamento na face dos personagens – enquanto os banqueiros se regozijam – ante a uma situação tão visceral como a fome é impossível não ser gerada alguma forma de empatia, ou até mesmo de catarse. T tamanha intensidade de sentimentos e conceitos abriu margem para se pensar na configuração da situação vedada pelo art. 242 do CE.

Entretanto, o que foi dado por certo é que a propaganda, por seus próprios fins, sempre objetiva a criar identificação com o espectador. No caso da propaganda eleitoral, pode ser para arrecadar votos ou ainda retirar apoio de seu adversário.

Este argumento é perfeitamente ilustrado pelos votos proferidos no julgamento da representação nº 587¹¹, referente às eleições de 2002, caso – muito convenientemente lembrado pelo min. relator Tarcísio Vieira – em que foi impugnada a propaganda em que a atriz Regina Duarte, conhecida como “a namoradinha do Brasil”, afirmou ter medo do que poderia acontecer com o Brasil caso o Lula vencesse aquele pleito eleitoral.

O min. Sepúlveda Pertence, em seu brilhante voto no referido julgamento de 2002, asseverou que, vedadas as restrições penais e as pequenas proibições “higiênicas” da Lei Eleitoral, é o sentido da propaganda eleitoral afirmar o paraíso como resultado da eleição de certo candidato e prever o inferno como resultado da eleição do adversário. Desse modo, todas as propagandas eleitorais visam, ao menos, criar estados mentais e emocionais, se não passionais, favoráveis ao candidato divulgado.

Igualmente pertinente é a sintética colocação do min. Peçanha Martins – em voto no mesmo julgamento –, com a qual afirma não conhecer propaganda eficiente que não desperte emoção, pois alegria e medo estão sempre presentes na personalidade do homem.

¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 587, relatoria min. Gerardo Grossi, julgado pelo Plenário. Brasília, 21 de outubro de 2002.

De volta ao julgamento da publicidade contrária à autonomia do Banco Central, o min. Tarcísio compreendeu, com base no magistério de Wolney Ramos e em seu livro *Regime Jurídico da Propaganda Política*, que essa proibição é “dirigida àqueles expedientes que intencionam criar um quadro artificial para provocar medo e ansiedade nos indivíduos”. Desse modo, a intenção do *caput* do art. 242 do Código Eleitoral seria restringir a confecção de publicidades eleitorais com o objetivo de criar situações de extrema emoção nas quais o candidato emissor seria apresentado como única opção à tragédia que viria da vitória da oposição.

Ainda que a propaganda tenha sido visivelmente agressiva e claramente tenha pretendido envolver emocionalmente os espectadores, criando estados mentais e emocionais desfavoráveis à candidata representante, o TSE entendeu que a aplicação do art. 242 do CE só se justifica em situações significativamente mais graves.

Ou seja, em realidade, o TSE lia essa proibição de modo tão restritivo quanto possível, afinal, toda propaganda objetiva criar estados mentais e/ou emocionais favoráveis a quem se divulga e contrários à sua oposição. A vedação, então, só seria cabível em situações em que é criado absoluto pânico, a ponto de comprometer a capacidade de escolha racional e crítica dos eleitores, o que, segundo os ministros, não teria acontecido no caso em tela.

Desta forma, não temos configurado nessa Rp 1211-77 nenhum dos óbices legais alegados: nem fato sabidamente inverídico, uma vez que a crítica está dentro do plano ideológico; nem ofensa pessoal, já que a propaganda se atém a conteúdos programáticos; nem utilização de estados passionais criados artificialmente. Portanto, e mesmo ciente da considerável diferença no tempo de exposição de propaganda gratuita, o TSE entendeu perfeitamente lícita a propaganda e considerou que as acusações poderiam ser respondidas no âmbito do próprio horário eleitoral gratuito.

Esses três fatores são alguns dos principais critérios para verificar se determinada propaganda veiculada no horário gratuito de propaganda eleitoral é considerada ofensiva ou não. Além deles, há outras vedações de conteúdo a ser publicado, como as restrições gerais do art. 243 do CE e do art. 40 da LE e a proibição de propaganda que promova marca ou produto (LE, art. 44, §2º), veicule mensagem que possa degradar ou

ridicularizar candidatos (LE, art. 53, §1º), se comunique de forma ofensiva à honra de candidatos, à moral e aos bons costumes (LE, art. 53, §2º) e transmita, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados (LE, arts. 55 e 45, I)¹².

Obviamente, para cada proibição legal de conteúdo veiculado no horário gratuito de propaganda política, há uma sanção correspondente, igualmente prevista em lei. A Lei Geral das Eleições prescreve a aplicação de multa (caso o infrator incida nas vedações dos arts. 36, §3º, 37, §1º, §8º, 43, §2º, 45, §2º), perda de tempo de propaganda eleitoral (nos casos dos arts. 45, §2º, primeira parte, e 55, parágrafo único), perda do direito de veicular propaganda eleitoral em determinado dia (art. 53, §2º), ou, ainda, impõe a suspensão da propaganda normal da emissora de rádio ou televisão (hipótese do art. 56), caso ela descumpra ordem da Justiça Eleitoral¹³.

Ainda que não seja possível trabalhar aqui cada uma das vedações sobre propagandas veiculadas no horário eleitoral gratuito, acredita-se estar suficientemente claro o quão contido era o TSE ao aplicá-las, resultando em uma postura minimalista e permissiva a publicidades negativas, agressivas e não propositivas.

Nos casos estudados, os fatos alegados só foram tidos por indevidos quando, além de ofenderem o adversário, (i) não houve qualquer dúvida sobre sua inveracidade, ou (ii) se construiu, artificialmente, um estado de absoluto pânico e irracionalidade na população, ou, por fim, (iii) a crítica adquiriu conotação exclusivamente pessoal, transbordando totalmente qualquer esfera do debate político.

É justamente esse minimalismo quanto à publicidade eleitoral que foi abandonado a partir do julgamento da Rp 1658-65/14.

¹² GOMES, 2013. p. 400.

¹³ Idem. p. 423.

2. Argumentos para a mudança de entendimento do TSE

A percepção dos ministros, de um modo geral, sobre a campanha presidencial de 2014 foi de muita negatividade, troca de ataques e falta de propostas. Isso ficou inconteste no julgamento da Rp 1658-65 e culminou na alteração jurisprudencial. Nesse sentido, já após a mudança de entendimento do TSE, o min. Dias Toffoli – no julgamento da representação nº 1724-45/2014¹⁴, na sessão do dia 21 de outubro – comentou ter recebido manifestações de vários setores da sociedade que, com raras exceções, apoiaram a postura ativa do Tribunal contra os ataques desenfreados que marcaram as eleições presidenciais de 2014. Complementou afirmando que o povo estava exausto dessas propagandas.

Inclusive, essa não é uma crítica recente¹⁵. Durante as eleições presidenciais de 2010, o ministro Marco Aurélio, na representação nº 3476-91, proferiu chamativo voto, vencido, clamando por uma atuação mais intensa do Tribunal contra as propagandas negativas:

Apontou-se algo que, a meu ver, é sabidamente inverídico com finalidade única de desqualificar aqueles que estejam integrados ao Partido opositor. Aliás, tenho ressaltado que é hora de frear essa fúria crítica aos candidatos, porque, já que ocorre agressividade, adota-se, também, para mitigar essa mesma agressividade, o tom respectivo – em crescente gradação. E ainda há onze dias até o segundo turno. Se a Justiça Eleitoral não atuar, com punhos de aço e luvas de pelica, iremos de mal a pior.

A minha preocupação diz respeito não ao passado, mas até ao amanhã, porque, quando algo começa claudicando, a tendência é haver complicação ainda maior e problemas seriíssimos a respeito.

A preocupação em manter um debate menos negativo e mais propositivo é explícita como a base para a mudança jurisprudencial. Mesmo com todas as discussões depreendidas e questionamentos apresentados, não há como fundamentar a decisão do julgamento na Rp 1658-65 sem se passar pelo argumento de que a propaganda eleitoral gratuita tem o desiderato de apresentar propostas e programas de governo e não troca de ataques.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1724-45.2014.6.00.0000, relatoria min. Admar Gonzaga, julgada pelo Plenário. Brasília, 21 de outubro de 2014.

¹⁵ STEIBEL, 2006. pp. 83 a 89.

Inclusive as ministras Luciana Lóssio e Maria Thereza, que acompanharam o relator Admar Gonzaga ao votarem pela não concessão da liminar, demonstraram estar de acordo com a opinião de que devem ser fixados parâmetros para uma campanha ética, de modo a se manter o nível do debate e o bom uso do horário eleitoral.

Na sessão de julgamento do dia 16 de outubro, uma intervenção de crucial importância para a delimitação do novo critério – a despeito de sua brevidade – foi feita no voto da min. Maria Thereza, já ao final da sessão. Ela levantou questionamentos sobre quais são os limites dessa nova postura: se todo ataque seria proibido, se apenas seriam admitidos pronunciamentos sobre programas de governo. Em suma, questionou qual seria o novo parâmetro adotado pela Corte. Afinal, mesmo com todos os problemas elencados, ainda não estava claro o que seria considerado lícito ou não.

Em resposta, disse o min. Luiz Fux, em suma, que o parâmetro seria abstrato e a análise, casuística, sendo que o objetivo seria não submeter o tempo da propaganda à necessidade de se defender de ataques. Já para o min. Toffoli, o parâmetro seria proibir a participação de pessoas não filiadas e o uso de jornais e revistas nos programas eleitorais, além de fazer com que o candidato se limitasse a falar de seus programas e propostas, criticando as de seus adversários.

O que se pretende evitar ao proibir a participação de não filiados é, principalmente, propagandas que não se foquem no candidato e em suas crenças e propostas. O ministro presidente criticou ferrenhamente o atual modelo de propaganda eleitoral gratuita, feita com fortes intervenções do marqueteiro, nas quais as “pirotecnias” tomam tanto espaço que, muitas vezes, delegam ao candidato papel secundário durante sua própria publicidade.

Outro efeito da proibição de não filiados coincide com o fim de vedar a utilização de matérias jornalísticas na propaganda. No caso, uma mulher apresentada como ex-presidente do sindicato de jornalistas de Minas Gerais foi ao ar acusar o candidato Aécio Neves, e, na versão televisionada, foram apresentadas várias notícias denunciando censura por parte do mesmo candidato. A crítica não foi feita pela candidata adversária, mas pelo jornalista ou por determinado jornal, o que dá ares de veracidade e isenção à divulgação. A

responsabilidade pela acusação é terceirizada, o ônus político sobre o alegado recai sobre um terceiro.

Mas, como afirmou o min. João Otávio de Noronha, não se pode desproteger candidato atacado por propaganda que expôs denúncia veiculada em jornal. É possível que uma notícia de um jornal pequeno, dentro de um contexto específico, não gere interesse à retratação em benefício do candidato ofendido. Contudo, se essa notícia for levada ao horário eleitoral, de alcance nacional e grande audiência, a figura muda completamente, o interesse ao direito de resposta surge e o candidato fica desprotegido quanto à publicação antiga.

Esse efeito do surgimento do interesse processual em razão da veiculação de determinado material de campanha em contexto diferente daquele em que foi produzido é o cerne das discussões na representação nº 1724-45/2014, também de relatoria do min. Admar Gonzaga, julgada poucos dias após a mudança de entendimento do TSE. Nesse caso, questionou-se propaganda que exibiu no horário eleitoral gratuito trechos de um discurso do ex-presidente Lula em um comício em Belo Horizonte, no qual ele chamou o candidato Aécio Neves de “filhinho de papai”, entre outras alcunhas pejorativas.

Tal publicidade eleitoral foi classificada pelo min. Gilmar Mendes como “uma peça de escola em termos de abuso”. Entre os fundamentos para essa afirmação, estava a descontextualização da fala do ex-presidente. Seria perfeitamente lícito que qualquer personalidade política faça o depoimento que quiser sobre outras pessoas públicas, especialmente no contexto em que se encontrava – um comício político, em que predomina um ambiente de conexão visceral e são mantidos ânimos inflamadíssimos. Isso não gera interesse processual para aquele que é alvo das ofensas.

Contudo, não se admitiria que as mesmas falas fossem levadas ao horário eleitoral gratuito, contexto absolutamente distinto, muito menos emotivo, com finalidade distinta e alcance radicalmente maior. Além de não ser compatível com a civilidade necessária ao horário eleitoral, atitudes tão radicais perdem a razão e não oferecem informações para que o eleitor possa conhecer as ideias do candidato que fala.

Ainda no tema do uso de jornais, o min. Dias Toffoli argumentou que existem periódicos tendentes a todo gosto. Analogamente a uma denúncia que determinado jornal fez contra o candidato A, existe também uma denúncia em outro jornal contra o candidato B, sem ser possível averiguar a origem de tais acusações. Não há afronta à paridade de armas nesse caso; porém, se um candidato ataca em resposta a um ataque prévio, o horário eleitoral gratuito deixa de ser propositivo e se torna, nas palavras do ministro, o “baile do risca faca”.

Estas afirmações trazem muito clara a ideia de que o horário eleitoral gratuito não é servil aos que dele se utilizam para divulgar suas propostas e a si mesmos. As propagandas no processo democrático-eleitoral teriam por fim a informação do eleitor, não podendo se submeter aos interesses e artimanhas de seus agentes mais poderosos e destacados, ao ponto de deixar de apresentar e debater projetos de governo.

Por essa percepção, a demonstração de apoio de artistas e celebridades pode até arrecadar apoio ao candidato, mas não acrescenta ao debate político. Nessa lógica, políticos que apenas trocam ataques estão se utilizando do tempo de exposição bancado pelo Estado – que é o horário gratuito de propaganda eleitoral – apenas para promover sua própria imagem e buscar votos em detrimento de seu competidor, o que, para o ministro Dias Toffoli, nem ao menos poderia ser chamado de campanha presidencial.

Sobre a participação de terceiros não filiados, lembrou o ministro Gilmar Mendes, ainda no começo dos debates, do Caso Ferreirinha. Nesse caso, um candidato levou um indivíduo a pleno horário eleitoral para dizer que era um pistoleiro na fazenda do outro candidato e que tinha executado dezenas de pessoas a mando dele. No fim, os ataques surtiram efeito, a previsão dessas eleições se reverteu e o candidato apontado como o preferido acabou por perder. Quando se provou que tudo aquilo era uma farsa, o impacto eleitoral já havia sido causado.

No caso da Rp 1658-65, uma vez que se afirma que determinado candidato atenta contra a liberdade de imprensa, não há mais como reverter o impacto causado nos espectadores. Ainda que se mostre, em seu próprio tempo de propaganda eleitoral, jornalistas e representantes dos veículos de comunicação testemunhando a devida conduta do acusado – e até mesmo, quem sabe, provas de que ele se esforçou para manter a

imprensa livre –, jamais será possível provar que ele efetivamente não fez as ditas ameaças a quem o contrariasse.

O advogado do representante, dr. Marcelo Ribeiro, chegou a levantar tal ponto na tribuna: mesmo com o tempo igual para o desagravo, como proceder à realização de prova negativa?

Há também a hipótese ilustrada pelo min. Fux, ainda na sessão de julgamento da Rp 1658-65, por meio da parábola de uma mãe que, ciente da idoneidade do filho, acaba sendo convencida de sua culpa devido às incessantes denúncias contra ele. Esse caso não se dá apenas pela repetição da mesma propaganda, mas de várias distintas com o mesmo objeto de fundo, por exemplo, o respeito que o candidato tem pela liberdade de imprensa.

Pelo posicionamento anterior do TSE, nenhum desses pontos nem ao menos seriam tidos como relevantes, pois a questão se resolveria por meio de uma vedação legal restritivamente analisada, prevalecendo sempre a liberdade de expressão na sua ausência. Esta visão é bem representada pela intervenção da min. Luciana Lóssio, quando afirmou que é justamente o fato de ser duvidosa a acusação que faz com que a Justiça Eleitoral não deva intervir.

É imperioso admitir que todos esses problemas constatados na propaganda eleitoral gratuita a partir da representação em análise são questões extremamente pertinentes de serem debatidas. Não foi de modo leviano que o TSE entendeu por alterar sua visão de outrora e ser mais ativista, tentando dar uma resposta mais satisfatória a essas e outras questões.

Foi nesse sentido que o min. Gilmar Mendes fez um apelo para que fossem determinadas novas balizas, a fim de se evitar a reedição do caso Ferreirinha; que o min. João Otávio de Noronha se posicionou por um horário eleitoral com mais propostas e menos ataques; que o min. Dias Toffoli clamou por uma propaganda eleitoral gratuita com mais presença do candidato e com menos “pirotecnias”; que o min. Luiz Fux viu na Justiça Eleitoral o caminho para equilibrar os abusos; e que as ministras Maria Thereza e Luciana Lóssio concordaram que deveriam ser fixados parâmetros para uma campanha ética, que tenha um mínimo de decoro.

Apesar de todos os problemas expostos no julgamento e trabalhados acima, é nítido que a guia da mudança de entendimento do TSE foi a busca por um debate de “alto nível”. A impossibilidade de se fazer prova negativa, o dano advindo de fatos manipulados veiculados incessantes vezes, a presença de terceiros e o uso de jornais e demais critérios objetivos citados, todos estes elementos parecem subsidiários ao direcionamento do TSE de impedir o “desvirtuamento do horário eleitoral”.

O modo pelo qual eram trabalhados os limites do que é lícito ou não nas propagandas gratuitas era a interpretação literal das proibições positivadas na lei eleitoral, conforme discorrido no capítulo anterior. Sua aplicação era sempre feita de modo restritivo, assim como é o tratamento dado às limitações à liberdade de expressão de modo geral. Contudo, esse parâmetro não pareceu adequado à Corte.

A constante troca de ataques e a ausência de propostas e de políticas públicas, aos olhos dos ministros, impede o horário eleitoral de atingir seus objetivos. A finalidade da propaganda, segundo o min. João Noronha, está umbilicalmente ligada à apresentação de programas de governo e, segundo o min. Fux, ela não serve para se defender de ataques.

É claro que o Processo Eleitoral é guiado pelo princípio da predominância do interesse público, não protegendo o interesse privado do candidato ou de seu partido, e sim o interesse de todo o povo brasileiro através da realização de eleições lídimas e legítimas¹⁶. E, certamente, uma das facetas desse interesse público é que o horário eleitoral, organizado e bancado pelo Estado – e, portanto, pago pelo povo brasileiro –, atinja sua finalidade com plenitude. Contudo, zelar para que o horário eleitoral seja mais profícuo não implica necessariamente tutelar o tom da campanha, que é um critério altamente subjetivo e, portanto, de difícil aplicação.

De fato, todo conceito tem sua carga de subjetividade e os juízes não podem fugir da incerteza inerente a esta realidade. O principal caminho que nosso sistema jurídico oferece para uniformizar conceitos abertos e opiniões discrepantes é justamente a consolidação da jurisprudência, especialmente a dos tribunais superiores.

¹⁶ COELHO, 2010. pp. 339 e 340.

Argumenta-se que, para viabilizar a prática uniformizada da busca por um horário eleitoral tido como virtuoso, de alto nível, os ministros auxiliares da propaganda traçaram dois requisitos objetivos que uma publicidade eleitoral deve ter para ser coerente com o bom-tom da campanha: o caráter programático e não negativo.

O caráter programático é a necessidade de os candidatos serem propositivos, de apresentarem seus programas de governo, soluções para os problemas do país e propostas em geral. A não negatividade é a proibição de ataques e propagandas que visam desconstruir ou degradar o adversário (com explícita ressalva às críticas feitas às propostas do candidato oponente).

Ou seja, além dos casos expressamente discutidos – como a proibição do uso de jornais, etc., que, na prática, tiveram pouca relevância – foram extraídos, sistematicamente, esses dois elementos como requisitos de uma boa campanha eleitoral. Para chegar a tais parâmetros, eles percorreram determinada análise hermenêutica, apresentada a seguir.

Entretanto, durante a sessão que julgou a representação nº 1719-23/2014¹⁷, também de relatoria do min. Admar Gonzaga, tal interpretação se mostrou controvertida. Nesse caso, o entendimento sobre os limites da licitude da propaganda no horário gratuito de propaganda eleitoral foi tão conflituosa quanto possível, havendo discordâncias especialmente por parte dos ministros que motivaram a virada jurisprudencial. A razão da divergência foi a diferente compreensão do que seria o alto nível da propaganda eleitoral, vista como requisito à virtude do horário eleitoral gratuito, como determinada no julgamento da Rp 1658-65.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1719-23.2014.6.00.0000, relatoria min. Admar Gonzaga, julgada pelo Plenário. Brasília, 22 de outubro de 2014.

3. Aplicação do novo entendimento: caráter programático e não negativo

Para as eleições de 2014, o TSE convocou três ministros auxiliares da propaganda: os ministros Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, Herman Benjamin e Admar Gonzaga. Os ministros da propaganda têm a incumbência de julgar as impugnações de propagandas eleitorais, sendo competentes para deferir liminares suspendendo propagandas irregulares, assim como aplicar penalidades quando cabíveis.

Esses ministros têm um poder muito grande no que tange aos rumos da campanha eleitoral, visto que suas canetas é que indicarão, na maioria significativa dos casos, qual conduta é lícita e qual não é em sede de liminar. Os casos ainda podem ser levados a julgamento pelo pleno do TSE se o ministro auxiliar relator assim entender mais adequado ou se for interposto recurso. Contudo, o relator somente leva o caso a julgamento colegiado quando há razão específica para tal, como potencial para se tornar paradigmático – conforme ocorreu com as representações nº 1658-65 e 1719-23/201. O recurso em representação eleitoral, por sua vez, não tem efeito suspensivo¹⁸, mantendo a eficácia imediata das liminares até que o Plenário reforme a decisão, se isso vier a ocorrer.

Portanto, os ministros da propaganda resolvem, segundo o próprio entendimento, ainda que almejando seguir a orientação decidida pelo Plenário do Tribunal, qual será o destino de cada representação. Afinal, a decisão sobre propagandas eleitorais ilícitas – como afirmou o min. Luiz Fux sobre o julgamento da Rp 1658-65 – é, por natureza, satisfativa, urgente e autônoma, ainda que em sede de liminar.

Conforme atestou o min. Herman Benjamin, em sua decisão monocrática na representação nº 1689-85/2014¹⁹, é essencial que os juízes da propaganda atuem em fina sintonia, garantindo segurança jurídica ao processo eleitoral e assegurando a efetividade das decisões do Pleno do TSE. Especialmente frente a essa mudança jurisprudencial, que ocorreu na metade da campanha para o segundo turno, a coerência e a unidade dos ministros da propaganda se fizeram imprescindíveis, sob risco “de atropelamento, por ausência de critérios objetivos, do sentido e da riqueza do debate eleitoral”.

¹⁸ Art. 257 do Código Eleitoral.

¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1689-85.2014.600.0000, relatoria min Herman Benjamin, decisão liminar. Brasília, 20 de outubro de 2014.

Desse modo, não é exagero dizer que os ministros auxiliares da propaganda foram, na prática, os responsáveis pela formação da nova jurisprudência, ainda que essa tenha sido debatida e originalmente desenhada pelo Pleno do TSE.

Ao apreciarem as representações interpostas após a mudança paradigmática, os ministros auxiliares da propaganda se basearam já no novo marco. Foi praxe introduzir as decisões nessas representações com uma síntese do novo entendimento. Um dos mais didáticos e completos desses resumos foi feito pelo min. Tarcísio Vieira ao julgar a representação nº 1663-87/14²⁰ e foi reproduzido pelos demais ministros em inúmeras outras decisões monocráticas nessas eleições de 2014. Nele constaram pequenos excertos dos votos dos ministros defendendo uma postura mais ativa do TSE quanto às publicidades veiculadas no horário eleitoral gratuito, exigindo que elas fossem programáticas, que não contivessem ataques pessoais, e que houvesse um mínimo de decoro, sinalizando ao Congresso Nacional a necessidade de outro modelo de propagandas eleitorais, com menos espaço para “pirotecnias” e mais foco no candidato e seus projetos. Por fim, o ministro chegou à conclusão de

que a d. maioria que se formou deixou claro, para além de qualquer dúvida razoável, que o horário eleitoral foi concebido pelo legislador e é regamente pago com o esforço do contribuinte (nada tem de gratuito, a não ser para o candidato!), não para ser um locus de ataques e ofensas recíprocas, de índole pessoal, mas sim para a divulgação e discussão de ideias e de planos políticos, lastreados no interesse público e balizados pela ética, pelo decoro e pela urbanidade.

Ademais, asseverou que tal guinada jurisprudencial deve ser aplicada com efeitos *ex-nunc*, para não malferir ainda mais a segurança do jogo político.

O referido trecho, que estabeleceu sintonia entre várias decisões liminares de diferentes relatores, não deixa dúvida: a Corte Eleitoral, por meio dos ministros da propaganda, passou a utilizar a proibição da negatividade e a necessidade de apresentação de projetos como critérios objetivos para tutelar o tom do debate político na propaganda eleitoral gratuita.

Em idêntico sentido, o min. Admar Gonzaga compreendeu pela imperatividade do teor propositivo e pela vedação às críticas, como asseverou em várias

²⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1663-87.2014.600.0000, relatoria min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, decisão liminar. Brasília, 19 de outubro de 2014.

liminares deferidas. Exemplificativamente, copia-se trecho da representação nº 1719-23/2014:

Sr. Presidente, na sessão do dia 16 de outubro, quinta-feira passada, ao apreciar a Rp 1658-65, o TSE fixou o entendimento no sentido de apenas permitir publicidade de cunho propositivo – ou seja, somente aquelas destinadas a transmitir o ideário da campanha, circunscrito aos projetos, propostas e programas de governo – impedindo, por conseguinte, a veiculação de críticas e comparações, mesmo que amparadas em matérias jornalísticas ou qualquer outro elemento que lhes dê suporte.

Outro exemplo extremamente ilustrativo está na decisão do ministro Herman Benjamin, ainda em sua decisão monocrática na representação nº 1689-85/2014, na qual explica os dois novos parâmetros adotados pelos ministros auxiliares para auferir a legalidade das propagandas eleitorais gratuitas, afirmando o seguinte:

Nesse novo contexto jurisprudencial, o critério jurídico de controle da propaganda pela Justiça Eleitoral passa a ser não só de índole negativa (vedar degradação, calúnia, injúria, difamação etc.), mas também de natureza positiva ou propositiva (estimular o debate de ideias, propostas e programas). Significa dizer que o anúncio, para ser admitido, demanda aprovação em dois testes, nenhum deles capaz de, isoladamente, liberá-lo sem respeito ao outro. São critérios, pois, cumulativos. Um deles com embasamento exposto no texto legal; o outro, decorrência lógica e necessária, embora implícita, da principiologia que orienta, ou deve orientar, a propaganda eleitoral e que encontra, entre os seus fundamentos, o fato de que esta só é gratuita porque subsidiada por cada um dos brasileiros que esperam, e merecem, bem conhecer o pensamento e projetos dos vários candidatos.

Nessa mesma decisão, o min. Herman Benjamin elencou uma dezena de representações similares, de relatoria dos ministros Tarcísio Vieira e Admar Gonzaga²¹, nas quais foram deferidas liminares. Nesses casos, todos decididos após o câmbio jurisprudencial, muito embora cada propaganda impugnada tivesse conteúdo diferente das demais, todas eram, de algum modo, negativas e/ou não propositivas²². O ministro afirmou que todas essas publicidades eleitorais, “em vez de informar e propor debates em torno de programas/ideias, se centravam em ataques pessoais, adjetivações negativas etc.”.

²¹ Rps nº 1680-26, 1672-49, 1677-71, 1678-56, 1679-41 e 1685-48, de relatoria do min. Tarcísio; e Rps nº 1673-34, 1676-86 e 1683-78, de relatoria do min. Admar.

²² Frise-se que a referida decisão do min. Benjamin foi publicada no dia 20 de outubro, sendo que o novo entendimento foi definido no dia 16 do mesmo mês, apenas 4 dias antes. Todas as liminares citadas – em caráter exemplificativo – nessa decisão monocrática foram deferidas nesse curto íterim. Esse é um forte indicativo do poder e importância da compreensão que os ministros auxiliares da propaganda têm do posicionamento do Tribunal para a definição dos rumos da campanha presidencial.

Esse duplo critério foi utilizado reiteradas vezes num curto espaço de tempo por todos os ministros da propaganda, deixando claro qual o entendimento da Corte Eleitoral, qual seja: a peça publicitária eleitoral não pode conter nem calúnia, nem difamação, nem desconstrução do opositor de modo geral, e deve ser propositiva, apresentar propostas e programas de governo. Essa foi a baliza efetivamente aplicada para regular as propagandas eleitorais na segunda metade do segundo turno das eleições presidenciais de 2014.

Na representação nº 1663-87/2014, cuja decisão liminar foi proferida no dia seguinte à mudança de entendimento, o candidato Aécio Neves logrou suspender a propaganda em que sua oponente afirmava que ele, em seu governo em Minas Gerais, tinha construído apenas dois aeroportos, sendo que um deles na fazenda da própria família, e que as chaves ficavam sob o poder de seu tio. Nesse caso, tanto a crítica relativa à quantidade de aeroportos construídos, como a referente ao favorecimento familiar pela realização de obra pública são críticas que se inserem no âmbito político. Ainda que seja possível vislumbrar ofensa ao opositor, tal ofensa não descamba para a esfera pessoal, pois tem claro interesse eleitoral – seja pela capacidade administrativa, seja pela integridade do governante. Portanto, pelo posicionamento anterior do TSE, essa peça publicitária seria tida como lícita. Note-se, contudo, que essa mesma peça não tem caráter propositivo, mas apenas visa desconstruir o opositor, o que, de acordo com o novo entendimento do TSE, justifica a sua suspensão.

Já na representação nº 1676-86/2014²³, cuja decisão liminar foi proferida dois dias após a guinada jurisprudencial, a candidata Dilma também conseguiu a suspensão da propaganda de seu adversário. Nessa publicidade foi veiculado trecho selecionado de debate em que o candidato rebatia a crítica de nepotismo que havia recebido e, na mesma oportunidade, acusava sua opositora do mesmo crime. O que ocorreu nessa peça foi a resposta a uma acusação com outra de mesmo tom. Ambas as críticas não tinham lastro probatório, mas eram potencialmente verdadeiras, não sendo sabidamente inverídicas. As duas trataram da conduta lícita, ou não, do agente público durante o desempenho de suas funções, claramente não extrapolando o espectro político. Assim, é verossímil crer que essa

²³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 167686.2014.600.0000, relatoria min. Admar Gonzaga, decisão liminar. Brasília, 19 de outubro de 2014.

propaganda eleitoral também não seria obstada pelo TSE se fosse julgada antes do dia 16 de outubro. No entanto, tendo sido julgada dois dias depois, foi analisada por esse mesmo tribunal de forma diferente.

Essas duas representações são apenas dois exemplos de peças que no primeiro turno das eleições seriam veiculadas sem maiores problemas, mas que foram enquadradas pela guinada de jurisprudência. É interessante notar que as decisões liminares não fizeram referência direta a proibições firmadas em qualquer dispositivo eleitoral positivado. A fundamentação utilizada foi sempre o desvirtuamento do espaço destinado à propaganda eleitoral, a ofensa a adversário foi mencionada apenas para embasar esse desvirtuamento.

Ou seja, as proibições expressas pelo texto legal perderam importância no novo entendimento, uma vez que somente o fato de incidir em um dos dois critérios (propaganda negativa e/ou não programática) já era suficiente para torná-la ilícita. De igual maneira, os vários argumentos pontuais trazidos no julgamento do dia 16 de outubro pouco tiveram relevância para a definição da licitude da propaganda.

De acordo com o entendimento anterior, o TSE era significativamente permissivo. As proibições legais eram interpretadas restritivamente, prezando prioritariamente pela liberdade de expressão, em detrimento da tutela à honra dos candidatos. Agora a situação é sensivelmente diferente, pois a nova compreensão prioriza a proibição.

A mudança de entendimento quanto à negatividade das propagandas consiste, essencialmente, em o TSE ter parado de analisar a licitude da publicidade com base nas vedações legais e ter passado a auferir seu cabimento legal de modo teleológico, objetivando a finalidade do horário eleitoral. As campanhas eleitorais, então, tinham de manter o “alto nível”, sendo necessariamente positivas – e, portanto, aplicando as vedações de forma ampla.

Isso resultou em postura sensivelmente menos liberal do Tribunal. O novo posicionamento entendeu a liberdade de expressão como subsidiária à campanha virtuosa, dando feição mais publicista à tutela das propagandas no horário eleitoral gratuito. Deste

modo, eliminou a necessidade de se ter a parcimônia característica à aplicação das exceções quando cabíveis os óbices legais. Além disso, restou proibida a negatividade em si, e não apenas determinadas condutas de caráter negativo, taxativamente elencadas, gerando a postura mais severa que vimos nas decisões dos ministros da propaganda.

Claro, não há qualquer problema com essa interpretação, desde que se compreenda que o tom agressivo das propagandas gratuitas é vedado por decorrência lógica da própria razão de ser do horário gratuito de propaganda eleitoral, como expressamente afirmou o min. Benjamin. Partindo do julgamento da representação nº 1658-65 e perpassando esse caminho hermenêutico, os ministros da propaganda lograram traçar critérios suficientemente objetivos para poder uniformizar a jurisprudência da Corte, como necessário.

Ocorre que o “alto nível das campanhas eleitorais” – termo tantas vezes repetido na representação nº 1658-65 e em tantas outras que vieram após – não necessariamente significa a proibição da negatividade ou a imperatividade do teor propositivo, como foi consolidado pelos ministros da propaganda. Isso se torna evidente no julgamento da representação nº 1719-23/2014, momento em que os mesmos ministros que votaram pela mudança paradigmática discordaram que a peça publicitária eleitoral em questão, a ser analisada mais à frente, fosse de baixo nível, ainda que não apresentasse nenhum projeto de governo.

Assim, com esse julgamento mais recente, foi apontada uma nova compreensão de o que é o “alto nível das campanhas”, que não implica necessariamente em propagandas eleitorais programáticas e não negativas. Desse modo, os critérios objetivos aplicados se tornam inadequados. Como consequência dessa alteração de percepção sobre o conceito, o controle judicial da propaganda veiculada no horário gratuito de propaganda eleitoral perde sua segurança e garantia de uniformidade em sua aplicação, pois não há mais parâmetro para definir o que é o “alto nível” buscado.

Infelizmente, devido aos fatos de a Justiça Eleitoral ser sazonal – sendo muito mais ativa em época de eleições –, de o período eleitoral já estar em seu fim quando do novo entendimento, e de os candidatos concorrentes terem firmado acordo desistindo de todas as representações interpostas, o pleno do TSE não enfrentou casos o suficiente para

dirimir, durante o pleito eleitoral de 2014, as divergências sobre como definir o nível da campanha.

Contudo, é possível vislumbrar com razoável certeza que, no julgamento da Rp 1719-23, o TSE descartou o posicionamento que os ministros auxiliares da propaganda consistentemente aplicaram a dezenas de casos – ainda que por período pouco menor que uma semana. Esta “segunda virada jurisprudencial”, todavia, não definiu qual o novo entendimento do Tribunal, uma vez que o julgamento terminou com a homologação do acordo, e não com uma sentença de mérito ou decisão liminar.

Não obstante, a partir dos fundamentos trazidos nesse julgamento, arrisca-se apontar qual a base desse entendimento e para quais possíveis caminhos essa composição da Corte Eleitoral teria levado o entendimento sobre vedações de conteúdo na publicidade eleitoral gratuita.

4. Divergências sobre a mudança jurisprudencial

Na representação nº 1719-23/2014, uma vez mais, o min. Admar Gonzaga levou a liminar para avaliação do plenário da Corte Eleitoral. O caso tratou da propaganda veiculada pelo candidato Aécio e sua coligação em que eram transmitidos trechos de depoimento da candidata Dilma sobre seu adversário no qual ela afirmava que o respeitava muito, que admirava seu modo de fazer política, que era um dos melhores governadores do país e que seu governo em Minas Gerais fora excelente e reconhecido pelos mineiros – tudo o que não seria esperado de um candidato em relação a seu opositor. Após a veiculação de trecho desse depoimento²⁴, o locutor falava a seguinte frase: “Aécio, aprovado até pela Dilma”.

²⁴ O trecho transmitido variou de acordo com a propaganda, se era inserção ou bloco. Houve diferentes representações para propagandas com diferentes trechos, ou transmitidas em meio distintos. No caso, o trecho transmitido foi apenas “Então, primeiro, eu respeito demais o governador. Acho que ele fez um

O ministro relator apresentou argumentos sobre a propaganda ter incidido em algumas condutas vedadas pela lei eleitoral. Porém, foram argumentos meramente subsidiários – ou até mesmo irrelevantes – para o convencimento dos julgadores. A principal discordância que os demais ministros levantaram foi justamente a interpretação do que seria o debate de baixo nível.

O min. Admar Gonzaga afirmou que, antes da guinada jurisprudencial, a publicidade seria tida como adequada, pois não continha ofensa de qualquer espécie. Entretanto, ela não apresentou conteúdo programático e, pelo novo entendimento, deveria ser vedada. Chegou a mencionar, inclusive, que o min. Tarcísio Vieira havia deferido liminar em outra representação, movida contra propaganda de conteúdo idêntico.

Ironicamente, as ministras Maria Thereza e Luciana Lóssio – que na representação nº 1658-65 votaram com o relator Admar Gonzaga contra a mudança de jurisprudência da Corte – votaram novamente com o relator, dessa vez para entender que a propaganda impugnada não contribui para o bom nível do debate eleitoral, não sendo, então, adequada ao novo entendimento do Tribunal. No sentido contrário, os ministros João Otávio de Noronha, Luiz Fux e Gilmar Mendes – originalmente favoráveis ao maior ativismo do TSE – entenderam que a publicidade em questão não extrapola o jogo político.

A explicação mais plausível para essa curiosa alteração de posições provavelmente está na conflituosa compreensão sobre qual conduta é hábil a macular o tom da campanha, elemento chave para analisar essa virada de jurisprudência. É interessante trazer os fundamentos dos votos na representação nº 1719-23.

A min. Luciana Lóssio externou que a finalidade da mudança de jurisprudência foi deixar muito claro para as campanhas que a propaganda eleitoral deve se basear em propostas de governo, que não podem conter ataques pessoais. Desse modo, inflamar uma discussão não propositiva não coaduna com os objetivos do novo paradigma. Para a min. Maria Thereza, pelos novos parâmetros, a propaganda veiculada foi destinada a causar confusão no eleitor, pois o depoimento foi tirado do contexto, que é desconhecido. Ambas acompanharam o relator.

excelente governo em Minas, reconhecido pelos mineiros”, conforme explicado pelos ministros durante o julgamento da Rp 1719-23.

Ao que parece, esses votos, sintéticos, compartilham dos critérios objetivos adotados pelos ministros da propaganda. Já os votos divergentes foram bem menos sucintos e bem mais enérgicos.

Vale começar a análise da divergência pela sugestão do ministro Gilmar Mendes de que os juízes da propaganda não mais deferissem liminares, devendo o Tribunal decidir, colegiadamente, todas as impugnações existentes – sugestão acatada unanimemente²⁵. Sua motivação foi, provavelmente, a percepção de que a decisão do julgamento do dia 16 de outubro carecia de mais debates para sua devida aplicação. Então, para dar maior controle das decisões diretamente aos ministros titulares do TSE, foi retirado o poder monocrático dos ministros auxiliares.

Além disso, o min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do min. João Noronha, que inaugurou a divergência, ressaltando especialmente o argumento de que a Justiça Eleitoral não pode impedir a veiculação do que de fato foi dito. O depoimento veiculado e os fatos ocorridos fazem parte da biografia dos candidatos, são verdade e não podem ser tidos como algo indevido de ser publicizado, pois o “Tribunal não pode ser tutor do candidato, como não pode ser tutor do eleitor”.

O min. Fux, por sua vez, reconheceu a tensão em relação à exegese do decidido para afirmar que a liberdade de expressão deve predominar. Isso porque, no caso, não houve ataque de natureza pessoal e, também, porque o fato veiculado é verdadeiro. Ademais, disse que a *ratio* da decisão da Rp 1658-65 “foi exatamente aquilo que o ministro João Otávio de Noronha destacou: os ataques que rompiam a higidez de um debate moral elevado”.

É representativo o voto com que do min. João Otávio de Noronha abriu a dissidência, no qual destrinchou sua compreensão do julgamento do dia 16 de outubro. Tal voto, apesar de se propor a explicar uma posição tomada no julgamento da representação nº 1658-65, parece desafiar algumas compreensões e afirmações que embasaram a mudança jurisprudencial.

²⁵ Essa decisão procedimental foi viável pela existência de sessões praticamente diárias, nas quais as eventuais demandas poderiam ser apreciadas, conforme explicado pelos ministros durante o julgamento da Rp 1719-23.

Para o ministro João Otávio de Noronha – seguido pela divergência –, a necessidade de a peça exibida no horário gratuito de propaganda eleitoral ser propositiva, critério adotado e amplamente aplicado pelos ministros auxiliares da propaganda, significa, na verdade, que as propagandas contribuem para o debate, sem macular a honra do opositor. Ou seja, seria importante a propaganda ser informativa e não negativa, mas não obrigatoriamente ela teria de trazer conteúdo programático. Explicou que a intenção do julgamento na Rp 1658-65 foi evitar a campanha de baixo nível, exemplificada com o caso da imputação de crime pela jornalista a Aécio, ressaltando a ausência de lastro probatório.

Se é fundamental que a propaganda seja construtiva, é possível afirmar a necessidade de a publicidade ser, em alguma medida, informativa, mas não mais a imperatividade de trazer propostas. O provável significado disso é que a informação deve ter alguma relevância para o debate político e para que o eleitor possa definir e embasar seu voto, reconhecendo-se que não só o conteúdo programático é informativo. Em outras palavras, pretende-se que a mensagem seja de interesse público.

Outro ponto levantado é que a candidata poderia ir ao seu programa desmentir o depoimento transmitido pelo adversário, afirmar que mudou de opinião²⁶. No caso não há uma ofensa para se defender, não há propaganda negativa, que visa degradar imagem do candidato adversário. Mas, pela própria lógica do jogo eleitoral, todo ganho de um candidato é uma perda para o outro. Logo, há uma fala que potencialmente causa a ela tanto dano político quanto uma acusação causaria, gerando também interesse em se defender. E o tempo dedicado a reversão desse dano é aquele mesmo tempo que poderia ser destinado à exposição de projetos.

A opinião desses três ministros no julgamento que mudou o entendimento do TSE era a de que o horário eleitoral gratuito não deve ser utilizado para que o candidato se defenda, pois serve para que este apresente seu programa de governo. Já no julgamento dessa Rp 1719-23, eles creem que o mais adequado é que a candidata se defenda em seu horário eleitoral.

²⁶ De fato, o advogado do candidato Aécio Neves, dr. Marcelo Ribeiro, durante seu tempo na tribuna, informou que a candidata Dilma foi à imprensa dizer que não incorreu em contradição, pois, à época do depoimento, era muito generosa.

Claro que as situações são diversas: naquele momento, tratava-se de um ataque; neste, de opinião da própria candidata. Contudo, a resposta política a essa propaganda continua a ser uma defesa contra a propaganda do opositor, que trouxe para a campanha informações não desejadas, ainda que não fosse um ataque. O tempo originalmente destinado à exposição de propostas fica comprometido com essa defesa, seja ela voltada a uma publicidade ofensiva ou não.

É forçoso notar que os três ministros divergentes reafirmaram a todo instante que não pretendiam alterar o que foi dito no julgamento da Rp 1658-65 e que a intenção por trás das razões daquele julgamento não era essa de proibir até propagandas que não maculassem o tom das campanhas ou que veiculassem fato claramente verdadeiro – ainda que resultasse na necessidade política de o outro candidato se defender publicamente.

Sem dúvida alguma, a divergência voltou atrás quanto à necessidade de as publicidades eleitorais veicularem programas de governo ser requisito para uma campanha de alto nível e quanto à inadequação do uso do horário eleitoral para defesas. Ainda que não tenha sido a intenção dos que guiaram a virada de jurisprudência, é certo que naquele momento foram estabelecidos parâmetros – uniformizados pelos ministros da propaganda – que agora foram rechaçados pelos mesmos ministros que o estabeleceram.

Em outras palavras, o julgamento da Rp 1719-23 sinalizou uma possível nova mudança de entendimento do TSE.

Não é possível, todavia, dizer que o TSE estabeleceu um novo marco jurisprudencial (que daria início ao terceiro entendimento aplicado no segundo turno das eleições presidenciais de 2014), porque esse julgamento terminou sem solução definitiva. Entretanto, apesar da não formalização de um novo precedente, o min. Toffoli – que deveria professar o voto de minerva – chegou a afirmar que concordava com tudo que foi dito pela divergência, reforçando a percepção de que o entendimento firmado com o julgamento da Rp 1658-65 foi superado e que mais um novo posicionamento do TSE sobre propagandas eleitorais estava em gestação.

A princípio, o ministro presidente não estava certo da licitude da publicidade e por isso pediu vista para pesquisar tal problema. Na segunda sessão em que foi julgado tal

processo, no dia 21 de outubro, o ministro voltou convencido da plena licitude da peça publicitária, mas pediu vista, uma vez mais, com a finalidade de averiguar quanto do tempo da propaganda eleitoral da representada foi gasto com essa propaganda. Na terceira sessão, no dia 22, o ministro não teve de proferir o voto de minerva, pois os litigantes protocolaram acordo desistindo de todas as representações referentes ao pleito presidencial, no qual anuíram em não mais veicular ataques e em que termos isso seria feito²⁷.

Além disso, o min. Dias Toffoli informou, antes do segundo pedido de vista, que, caso a transmissão dessa publicidade – lícita – tomasse expressivo tempo de propaganda dos representados, ele acompanharia o relator para suspendê-la, pois, mesmo sem negatividade, a veiculação quase que exclusiva do depoimento da adversária seria outra forma de desviar o horário eleitoral gratuito de seu fim.

A menção a esse virtual abuso do direito de veicular propaganda lícita traz de volta a noção de que o horário eleitoral tem de ser programático – ideia internalizada até pelos que divergiram naquele julgamento, mas que foi praticamente abandonada durante as sessões em que foi apreciada a Representação nº 1719-23. Todavia, esse pensamento se apresenta de modo ligeiramente diferente, pois a tutela não está mais direcionada à propaganda, e sim ao conjunto delas.

A lei eleitoral não impõe sanção por veiculação de propagandas lícitas. Ou ela é ilícita e deve ser coibida através das penalidades previstas, ou ela é lícita e pode ser divulgada quando possível e quantas vezes for desejado. Portanto, o que se está a tutelar aqui, uma vez mais, não é a aplicação de determinado normativo ou a licitude de determinada peça publicitária, mas a finalidade, o *telos*, do horário eleitoral gratuito.

Contudo, se o próprio ministro presidente concordou com a afirmação da divergência de que não faz sentido exigir que todas as propagandas, individualmente consideradas, exibam programas de governo, muito provavelmente essa também não é a finalidade buscada no horário eleitoral. Assim, tampouco faria sentido cobrar caráter programático das campanhas eleitorais vistas como um todo.

²⁷ Os termos do acordo não foram divulgados.

Novamente surge nas entrelinhas a ideia de que o horário eleitoral deve ser informativo. O horário eleitoral é a principal fonte de esclarecimento para a população e o eleitor depende dele para definir sua escolha no dia do pleito. Desse modo, ainda que um fato da biografia do adversário possa ser relevante para a informação de quem vota, só ele não é suficiente para que a finalidade informativa do horário eleitoral seja atingida.

Contudo, a escolha dos fatos propagandeados é eminentemente política, de conveniência, mais até do que ideológica. Portanto, pode mudar – e muda – de acordo com o momento político. Logo, o Judiciário dizer o que pode ser divulgado em determinado momento ou não, de acordo com a própria avaliação política, seria uma clara e direta intromissão nas escolhas políticas dos agentes eleitorais.

Tudo isso escancara o quão incerto é o entendimento que os ministros divergentes visam construir. Além disso, durante os debates da Rp 1658-65/14, houve muitas manifestações com o propósito de identificar problemas e que não necessariamente sugeriam caminhos para uma nova postura do Tribunal. De fato, os encaminhamentos daquele julgamento só não permaneceram parcialmente obscuros porque os ministros da propaganda se atentaram para a necessidade de uniformizar suas decisões. Contudo, as discussões da Rp 1719-23 não deixam dúvida de que os critérios arguidos inicialmente – refletidos no entendimento aplicado pelos ministros da propaganda – não satisfaziam o objetivo almejado pela alteração de entendimento.

Essas mudanças foram embasadas no fundamento de que só é possível ao horário eleitoral gratuito atingir o seu fim se as campanhas nele veiculadas mantiverem um bom-tom, em outras palavras, se não forem de baixo nível. Para isso se repetiu tantas vezes a ideia de que as publicidades eleitorais que não fossem estritamente programáticas ou que fossem negativas seriam ilícitas, pois não contribuiriam para o alto nível de suas campanhas.

Entretanto, ao se analisar casos concretos, é patente que esses critérios não são os mais adequados. Um candidato apresentar crítica ácida contra programa de governo do oponente (ressalva feita expressamente no julgamento da Rp 1658-65) e um concorrente poder veicular depoimento de adversário, ainda que sem apresentar propostas (como é o caso da Rp 1719-23), são apenas dois exemplos de como propagandas perfeitamente lícitas podem ser negativas e/ou não propositivas.

Em sentido contrário, é possível identificar, ainda nos casos julgados, outros elementos de preocupação dos ministros que poderiam ilustrar melhor a finalidade do horário eleitoral, como a informatividade. Isso porque o horário eleitoral gratuito é bancado com o fim de dar subsídios ao votante para fazer a escolha no dia da eleição. Desse modo, parece mais importante se preocupar com as propagandas eleitorais estarem transmitindo fatos que ajudem no discernimento do eleitor que com o tom com que os fatos são veiculados.

A partir disso, no próximo capítulo, serão analisados qual a finalidade do horário gratuito de propaganda eleitoral e quais os tipos de informação que são incentivadas por cada entendimento do TSE. Ao final, será feita sugestão de qual regulação parece mais adequada para que o horário eleitoral cumpra sua finalidade, segundo critérios estabelecidos pela Ciência Política.

5. Finalidade do horário eleitoral, qualidade das propagandas eleitorais e modelos de regulação de seu conteúdo

O primeiro ponto a se observar sobre a propaganda no horário eleitoral é que é vedada a propaganda política paga em rádio e televisão²⁸. Toda propaganda política em rádio e televisão se restringe a esses períodos de exposição bancados pelo contribuinte, o que o transforma em um momento absolutamente central nas campanhas eleitorais²⁹.

Isso se justifica, inicialmente, pela tentativa de se manter a paridade de armas entre os concorrentes, impedindo que um candidato que tenha maior poder econômico possa se sobressair na disputa ao cargo eletivo apenas por poder ter comprado mais tempo de propaganda³⁰.

²⁸ Lei nº 9.504, art. 44. A propaganda eleitoral no rádio e na televisão restringe-se ao horário gratuito definido nesta Lei, vedada a veiculação de propaganda paga.

²⁹ RAMOS, 2007. p. 132.

³⁰ Idem. p. 133.

Nos Estados Unidos, por exemplo, é proibido às emissoras se recusarem a vender tempo de propaganda para determinado candidato, tampouco pode haver regulação de conteúdo³¹. Lá, o tempo de propaganda eleitoral veiculado por um candidato depende apenas de sua capacidade de arrecadar fundos³².

No Brasil, a divisão do tempo de exposição se dá por meio de regras questionáveis, mas que foram positivadas visando criar visibilidade aos partidos de modo proporcional à sua representatividade, embora garantindo um mínimo de exposição para cada candidato e igualando o tempo de propaganda no segundo turno das eleições majoritárias³³. Essa diferença de regulamentações faz sentido quando se considera que a realidade democrática brasileira é pluripartidária e tem grupos que pretendem representar classes com poderes sociais e econômicos mais baixos, enquanto nos Estados Unidos há basicamente dois partidos relevantes que competem em pé de igualdade financeira.

Uma vez mais, o objetivo do direito eleitoral não é tutelar o direito de particulares (partidos ou candidatos) a ter espaço público para se divulgar. Esse ramo do saber jurídico se volta à realização de eleições lídimas. Logo, se tanto o candidato mais conhecido quanto o partido de menor representatividade têm direito a esse tempo de publicidade política – têm, em tese, paridade de armas –, é porque a pluralidade de concorrentes e ideologias é um bem jurídico a ser protegido.

Adicionalmente, a propaganda eleitoral gratuita também é justificada pelo grande acesso que o rádio e, especialmente, a televisão têm na sociedade brasileira. A veiculação obrigatória do horário eleitoral garante que a mensagem dos candidatos chegue a uma enorme parte da população brasileira, algo que talvez não ocorresse se a propaganda dependesse da iniciativa financeira dos candidatos e partidos, visto a onerosidade de tal ação.

O Estado intenta dar subsídios para que o eleitor possa exercer de modo completo e bem informado seu direito soberano ao voto – requisito absolutamente necessário à nossa democracia. Antes do advento das comunicações de massas, os partidos

³¹ STEIBEL, 2006. p. 58.

³² BORBA, 2012a. p. 95.

³³ PAIM e LO PUMO, 2014.

transmitiam suas ideologias, críticas e propostas por meio de seus militantes e tabloides³⁴. Obviamente, as opções políticas não eram tão bem divulgadas nos locais onde não havia seccionais de determinado partido. Em qualquer contexto já é absolutamente impossível estar perfeitamente informado sobre todas as opções e consequências da própria escolha, mas, quanto menos informações disponíveis, menos eleitores expressarão sua real preferência nas urnas, ainda que sejam diligentes.

Ademais, partindo da monumentalidade de nosso país, é incontestado a existência de inúmeros e diferentes contextos sociais, muitos dos quais possivelmente não oferecem meios ou grandes incentivos para o eleitor se informar. Assim, despertar interesse pela mensagem política eleitoral ao longo de toda a extensão territorial do país é também função do horário eleitoral gratuito³⁵.

Obviamente, não se pode desconsiderar a razão pela qual os agentes políticos produzem material publicitário, que é tentar convencer o votante, seja para ganhar um voto para si, seja para retirar um voto de seu adversário. O horário eleitoral se utiliza dessas mensagens parciais e interessadas para gerar politização, aproximar o candidato do eleitor e dar a ele condições para escolher quem deverá representá-lo³⁶. Em outras palavras, ainda que o objetivo das campanhas seja adquirir vantagem eleitoral, o horário eleitoral gratuito se presta a oferecer informações relevantes e engajar o cidadão no processo representativo.

Portanto, podemos dizer que a finalidade precípua do horário gratuito de propaganda eleitoral é transmitir amplamente informações, de todos os concorrentes, que sejam relevantes à escolha eleitoral, de modo a fornecer subsídios para a realização de eleições que realmente expressem a vontade democrática.

Utilizar o horário eleitoral para, por exemplo, divulgar determinado produto comercial³⁷ sem pagar pelo tempo de televisionamento seria um gritante caso de desvio de finalidade, de uso de recurso público para fins privados. Caso semelhante seria usar o tempo

³⁴ VEIGA, 1996. p. 4.

³⁵ Idem. p. 4.

³⁶ PINTO, 2000. pp. 201 e 202.

³⁷ Conduta vedada pelo art. 44, §2º, da LE.

do horário gratuito para proferir ofensa a concorrente com base em assunto que não tenha qualquer relação com a política³⁸, pois não seria relevante ao eleitor.

Deste modo, considerando o investimento público em meios para a veiculação de informações que ajudem o cidadão a decidir e embasar seu voto, faz sentido a lei eleitoral restringir o conteúdo que pode ser veiculado, a fim de atingir a finalidade do horário eleitoral gratuito. A natureza do espaço destinado à divulgação das ideias políticas não é privada, portanto, a liberdade de expressão não deve reinar soberana neste momento, o *telos* do horário gratuito deve prevalecer em seu detrimento.

É imprescindível que candidatos e partidos possam apresentar livremente suas críticas, propostas e ideologias, mas de acordo com as balizas dos princípios eleitorais e de modo minimamente coerente com os objetivos do horário gratuito de propaganda eleitoral. Este é o equilíbrio a ser buscado.

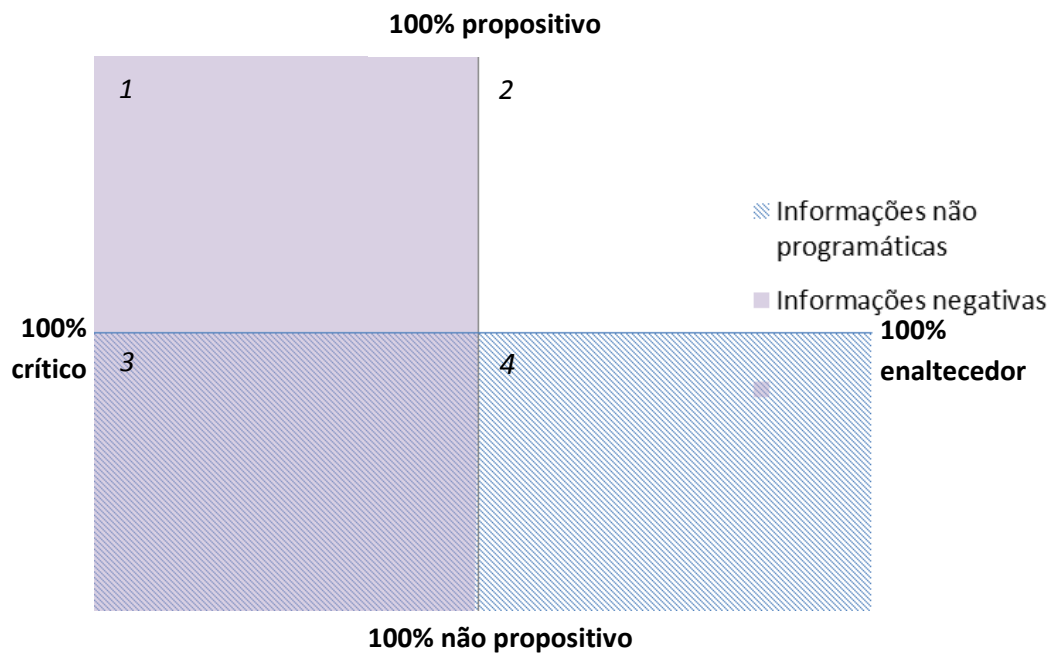
Para analisar onde se encontra esse equilíbrio, é possível esquematizar os entendimentos do TSE quanto à regulação de conteúdo das publicidades eleitorais. O entendimento aplicado após o dia 16 de outubro pode ser modelado a partir de dois eixos, cada um representando um dos critérios utilizados pelos ministros auxiliares da propaganda.

O eixo vertical representa o caráter propositivo da publicidade, ou seja, os quadrantes superiores indicam propagandas que apresentaram informações sobre os programas de governo, enquanto os quadrantes inferiores englobam propagandas nas quais não houve conteúdo programático. Por sua vez, o eixo horizontal indica a gradação entre a negatividade e a positividade, sendo que as propagandas que se localizam nos quadrantes da esquerda veicularam conteúdo ofensivo, e as publicidades localizadas no quadrante da direita, enaltecedor.

Dividindo o plano cartesiano em quadrantes, no primeiro quadrante (propositivo e negativo – acima e à esquerda) podem estar mensagens que comparem os trabalhos já realizados por ambos os candidatos, apontando falhas no trabalho do adversário, mostrando resultados e propondo soluções, etc.. O segundo quadrante (propositivo e não negativo – acima e à direita) poderia indicar uma propaganda na qual se

³⁸ Conduta vedada pelo art. 53, §2º, da LE.

fala de projetos para a saúde ou educação, ou ainda discussão sobre projetos de lei, política econômica, entre outros. O terceiro (não propositivo e negativo – abaixo e à esquerda) é tido por esta formação do TSE como o pior dos mundos, envolve de denúncias políticas a ofensas meramente pessoais. Por fim, no quarto quadrante (não propositivo e não negativo – abaixo e à direita) pode se referir a jingles direcionados a simplesmente enaltecer o candidato, a piadas ou a demonstrações de apoio por artistas, famosos, aliados e até por opositores.



Como foi proibida a negatividade, quaisquer publicidades eleitorais que se encontrem nos quadrantes 1 e 3 são tidas por ilícitas (área preenchida). A exigência do caráter propositivo, por sua vez, elimina os quadrantes 3 e 4 (área hachurada). Deste modo, por esse entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, somente as propagandas que se localizem inteiramente no quadrante 2 seriam permitidas.

A grande vantagem desse posicionamento do TSE é que ele veda mais situações contrárias à finalidade do horário eleitoral do que a visão anterior faria. Um exemplo de fácil visualização são as propagandas que, ainda que não negativas, não apresentam qualquer informação de interesse público (localizadas no quadrante 4), não ajudando a fomentar debates ou ajudar o eleitor a escolher seu voto.

Ilustração paradigmática de propaganda que não ataca mas também não informa ocorreu nas eleições de 2014, nas propagandas para deputado federal. O candidato Francisco Everardo Oliveira Silva, mais conhecido como Tiririca, utilizou sua conhecida imagem de comediante para fazer sua campanha para reeleição. Ele apareceu no horário eleitoral vestido de Roberto Carlos e fez uma paródia da música “O Portão (Eu Voltei)”, momento que cantou: “Eu votei, de novo eu vou votar. Tiririca, Brasília é o seu lugar”. Em seguida, fez piada com um bife, fazendo alusão à propaganda que Roberto Carlos fez para uma empresa do ramo de frigoríficos.

Esta publicidade eleitoral não contém ofensa de qualquer espécie e contra ela não incide nenhum dos óbices positivados na lei eleitoral, portanto, pelo entendimento de antes de 16 de outubro de 2014, seria totalmente lícita. Contudo, é evidente que esta peça publicitária não adiciona absolutamente nada ao debate político, não trazendo qualquer informação relevante ao eleitor. Deste modo, é claro que esta propaganda não persegue o fim do horário eleitoral gratuito.

Pelo entendimento do TSE acima modelado, essa propaganda eleitoral estaria no quadrante 4. Ela, ainda que enaltecadora, seria reprimida por não apresentar conteúdo propositivo, ou seja, programas de governo, projetos de políticas públicas, etc..

Nas eleições presidenciais de 2002, o então candidato José Serra chamou para o seu horário eleitoral atriz que tinha papel de destaque em novela da Globo. Ela comunicou o seguinte texto:

Tem candidato que fica falando economês, numereis, matematuêis, é um tal de bolsa que sobe, bolsa que cai. Para com isso! A gente quer saber se a nossa bolsa é que tá cheia ou se tá vazia. A gente quer alguém que saiba resolver os nossos problemas. E isso o Serra sabe. Porque se é pra escolher quem só fica criticando vou votar no meu cunhado mesmo. Ah, não é brincado não, hein!³⁹

Nessa fala existe certo grau de crítica que, contudo, não é voltado a uma pessoa em específico, desse modo, não se pode dizer que esta propaganda é negativa. Porém, ela não ajuda na tarefa de informar o votante. Em realidade, essa peça publicitária

³⁹ STEIBEL, 2006. p. 105.

mal cita o nome do candidato propagandeado, apenas abordando qualquer tema de forma muito genérica e superficial.

Outro exemplo foi recorrente nas propagandas dos presidenciais de 2014. Nos blocos do horário eleitoral é comum que trechos das propagandas sejam participações de artistas cantando *jingles* sobre o candidato. O formato musical é muito utilizado porque acredita-se favorecer que os espectadores se lembrem da mensagem. Entretanto, a transmissão de ideias e debates minimamente aprofundados em *jingles* não é comum, sendo que quase nunca é veiculada qualquer informação além de loas e intenções genéricas do concorrente.

Todos estes exemplos pouco ou nada contribuem para o ambiente informacional que o horário eleitoral gratuito se propõe a fomentar, não coadunando com seu objetivo. E todos são vedados por este entendimento, pois, ainda que não negativas, não têm caráter programático, se encontrando no quarto quadrante do modelo acima. Logo, o posicionamento modelado é um contraincentivo à veiculação desse tipo de propaganda, que é malvisto por ser pouco informativo.

Outra situação indesejada que este posicionamento do TSE obsta e que não seria coibida pelo entendimento anterior é a troca de ataques infundados. Na representação nº 1676-86/2014, já abordada neste trabalho, a candidata Dilma conseguiu liminar para suspender propaganda em que o candidato Aécio rebatia denúncia de nepotismo contra ele desferida com outra crítica de mesmo teor. Ambas as denúncias de nepotismo abordadas por esta peça publicitárias eram verossímeis, ainda que não tivessem lastro probatório, podendo ser verdadeiras ou não. Contudo, em vez de a Justiça Eleitoral permitir o ataque ou buscar qual a verdade no caso, o pedido liminar foi deferido porque a publicidade foi negativa e não propositiva.

Caso extremamente similar ocorreu no julgamento da representação nº 1658-65, quando foi alterado o entendimento da Corte Eleitoral. Uma denúncia grave, mas potencialmente inverídica, havia sido desferida contra o candidato. Se ele não houvesse logrado suspender a veiculação da propaganda em questão, provavelmente teria se utilizado de seu horário eleitoral para veicular outro ataque de veracidade duvidosa, abaixando o nível de certeza e confiança nas mensagens veiculadas.

Estes dois casos, que se encontram no quadrante 3, foram coibidos, sinalizando contra a veiculação de fatos de veracidade duvidosa. De fato, seria ideal que no horário eleitoral gratuito apenas fossem veiculadas informações verídicas ou pontos de vista, não sendo benéfico à informação do eleitor a existência de “verdades inventadas” ou fatos maquiados.

Os casos citados deixam claro que a postura mais rigorosa do Tribunal em suas proibições, ainda que voltadas apenas a limitar propagandas negativas ou não programáticas, acabou por cercear parte considerável dos conteúdos indesejados em campanha feita no horário eleitoral gratuito. Contudo, há um risco nessa proibição.

No caso da Rp 1658-65, a crítica veiculada era potencialmente inverídica, o que não é o ideal para as campanhas. Porém, na hipótese de essa crítica ser verdadeira, a população perderia muito em ter tido essa informação divulgada. Isso porque uma denúncia séria é informação de imensa relevância ao eleitor, que pode ser decisiva para a definição do voto.

Se se ministra 5kg de antibiótico para um paciente com uma infecção, é curada a doença, mas morto o doente. Em outras palavras, restringir por demais a liberdade de expressão dos candidatos pode ser um meio hábil para se evitar a veiculação de conteúdos indesejados no horário eleitoral, mas pode também acabar por impedir que os agentes políticos manifestem informações essenciais à politização da população.

O que se pretende argumentar é que os custos de se proibir todas as condutas indesejadas podem ser muito maiores que os benefícios dessa proibição. O horário eleitoral gratuito não pode pender nem para o extremo de não ser regulado e nem para o extremo oposto, de ter regulação exagerada. Portanto, faz-se necessário encontrar um ponto ótimo da aplicação das restrições à propaganda eleitoral, de modo a estimular a veiculação de conteúdo útil ao cidadão – através da proibição de conteúdos inúteis –, mas sem gerar incentivos contrários à pluralidade de opiniões e informações.

Do ponto de vista da comunicação política, regulações de conteúdo levam ao entendimento de que o Judiciário não confia na capacidade dos cidadãos para filtrar e

avaliar boas e más mensagens propagandeadas⁴⁰. E, claro, é indiscutível que cabe ao eleitor concordar ou não com cada afirmação ou cada crítica proferida, escolhendo seu candidato pelas próprias razões, “sob pena de não se estar acreditando na própria substância do processo democrático representativo”⁴¹, até porque as pessoas sabem identificar propagandas ofensivas, que se limitem à autopromoção ou que não sejam em nada informativas⁴².

Todavia, a tutela sobre materiais que claramente não perseguem o fim do horário eleitoral gratuito não pode ser tida como um potencial prejuízo ao sistema representativo, pois não ajudam no discernimento do eleitor. O horário eleitoral gratuito é um serviço público que se presta a uma finalidade específica e, desse modo, deve ser moldado para que tal fim seja alcançado. Neste sentido, é razoável coibir assuntos sem qualquer relevância política, como as ofensas que transbordem completamente a seara política e até mesmo assuntos de natureza completamente privada.

Entretanto, a regulação das publicidades no horário eleitoral gratuito deve ocorrer com extrema cautela. O uso de forte intervenção judicial para a persecução de um modelo hipotético – e talvez até inocente – de campanha eleitoral pode, em última instância, ser contrária à sua própria finalidade. Impor regras de decoro ou restringir o possível espectro de fala do candidato para que apenas apresente propostas são ações que podem parecer contribuir à construção de um melhor horário gratuito de propaganda eleitoral, mas estas medidas têm efeitos colaterais. Afinal, proibir publicidades que tenham apenas um mínimo de convergência com o objetivo do horário gratuito ainda é obstar que mensagens que têm algum interesse público sejam divulgadas.

Essa observação adquire importância a partir de outra crítica à forte regulação das propagandas eleitorais, que aponta justamente para a influência direta que o controle de conteúdo tem sobre “a qualidade da informação disponível para o público julgar as alternativas políticas”⁴³.

⁴⁰ BORBA, 2012a. p. 115; BORBA, 2014. pp. 20 e 21.

⁴¹ Min. Gerardo Grossi, ao julgar a Representação nº 587/2002, de sua relatoria. Voto citado pelo Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto no julgamento da Representação nº 1211-77/2014.

⁴² SIDES, LIPSITZ e GROSSMAN, 2010. p. 505

⁴³ BORBA, 2012a. p. 115; BORBA, 2014. pp. 20 e 21.

Especificamente quanto à proibição da negatividade das campanhas, a

maior parte dos estudos feitos para compreender a lógica da competição eleitoral nos Estados Unidos têm argumentado a favor do uso e da expansão da propaganda negativa. O argumento central sustenta que o tom das informações deveria ser assunto secundário. Mais importante é saber se as mensagens informam devidamente o público. Esses estudos alegam que a propaganda negativa contribui para o exercício da democracia ao enriquecer o ambiente informacional das campanhas. A propaganda negativa é considerada mais informativa porque certos dados sobre as candidaturas somente são fornecidos pelos adversários (Polborn, 2005). Ninguém espera que um candidato fale abertamente de seus problemas, fraquezas e defeitos. Este aspecto é o que Mayer (1996) chama de caráter “questionativo” da campanha negativa. É ela quem ressalta as falhas dos candidatos, as habilidades e virtudes que não possuem, os erros que cometeram, os problemas com os quais não lidam e os assuntos que gostariam de evitar. Para Geer (2006), a propaganda negativa informa adequadamente porque aborda assuntos considerados relevantes pelo público, além de apresentar evidências que confirmam o conteúdo das mensagens⁴⁴.

Ademais há indícios de que propagandas negativas são mais eficientes na hora de despertar atenção do espectador:

Estudos sobre a recepção das mensagens demonstram ainda que as informações negativas estimulam o aprendizado, ficam retidas por mais tempo na memória e ajudam na escolha eleitoral. Marcus e Mackuen (1993) relatam que a retórica do medo estimula a ansiedade que, por sua vez, desperta a atenção dos eleitores e o aprendizado sobre os problemas do país. Brader (2005) argumenta que a propaganda negativa é persuasiva porque rompe com as predisposições políticas. Para Newhagen, Lang e Reeves (1991), a capacidade de os eleitores reterem as informações negativas por mais tempo na memória ajuda a persuasão porque, no final, os eleitores esquecem a fonte dos ataques, mas não esquecem a informação contida nos mesmos. Garramone et al. (1990), por fim, argumenta que a campanha negativa auxilia a escolha eleitoral porque mostra a existência de diferenças significativas entre as candidaturas. O balanço da literatura internacional indica, portanto, que as restrições impostas ao conteúdo da propaganda eleitoral não auxiliam o eleitor brasileiro a tomar decisões, pois, ao contrário, diminuem a quantidade e a qualidade das informações nas campanhas⁴⁵.

Ou seja, a Ciência Política aponta vários benefícios que uma campanha tida como “de baixo nível” pode ter sobre propagandas que mantenham sempre tom cortês e estritamente programático.

Pelo entendimento modelado, a simples divulgação de falhas do adversário, ou até de conduta ímproba, seria proibida no horário eleitoral – momento privilegiado de debate político –, apesar de sua clara relevância. No segundo turno da eleição para o

⁴⁴ Idem. pp. 115 e 116.

⁴⁵ Idem. p. 116.

governo do Estado do Rio de Janeiro, em 1994, um dos debates de maior destaque foi solucionado com uma propaganda desse tipo, que desconstruiu a imagem de um dos concorrentes. Entre as polarizações existentes naquele pleito, Marcello Alencar era tido como o “candidato experiente”, com mais de 40 anos de vida política, enquanto Anthony Garotinho era o “candidato sangue novo”, que ainda não havia caído nos vícios políticos mas que já havia sido prefeito da cidade fluminense de Campos, com alta aprovação da população⁴⁶.

Após vários debates e propagandas – de todos os tipos – que surtiram pouco efeito no eleitorado, Alencar veiculou imagens de uma série de obras inacabadas em Campos, questionando a capacidade administrativa de seu concorrente. Essa publicidade eleitoral efetivamente teve algum sucesso para abalar a imagem de Garotinho⁴⁷. Isso só aconteceu porque ela conseguiu engajar o cidadão na política, desmentindo uma construção de competência que era constantemente reafirmada pelo próprio candidato, mas que carecia de lastro e quase nunca era problematizada.

A partir das pesquisas realizadas com grupos focais, é possível afirmar que se não fosse veiculada essa propaganda, a população do Estado do Rio de Janeiro não viria a suspeitar com tamanha intensidade que Garotinho não era tão competente quanto alegado⁴⁸. Além disso, tal peça publicitária eleitoral logrou ser eficiente em transmitir sua mensagem, o que foi facilitado por seu caráter negativo. Portanto, essa publicidade, que foi negativa e não propositiva (quadrante 3), conseguiu dar à população informação de altíssima relevância sobre um dos concorrentes ao cargo de governador, além de despertar sua atenção ao pleito democrático de forma eficiente. Logo, é imperativo reconhecer que ela, a despeito de sua proibição pelo entendimento modelado, contribuiu muito para a finalidade do horário eleitoral gratuito naquele pleito.

Também argumentando pela utilidade de propagandas de tom agressivo, o modelo de propaganda eleitoral que é tido como o mais provável de ser informativo é a comparação, que ocorre quando um candidato se põe frente ao opositor, apontando uma

⁴⁶ VEIGA, 1996. pp. 27 e 28.

⁴⁷ Idem. pp. 47 a 50.

⁴⁸ Idem. pp. 47 a 50.

falha administrativa do adversário e sugerindo uma postura alternativa à assumida⁴⁹. Por ser mais informativo, esse é o tipo de publicidade que mais se adequa à finalidade do horário eleitoral, podendo ser negativo e propositivo (quadrante 1) – quando se aponta uma proposta para solucionar o erro –, ou negativo e não propositivo (quadrante 3) – quando o erro é comparado com um acerto do concorrente, mas não é apresentado projeto específico.

Um exemplo de comparação ocorreu na propaganda veiculada por José Serra na qual a atriz Regina Duarte afirmou ter medo do que poderia acontecer com o Brasil caso Lula vencesse as eleições, publicidade que foi impugnada pela representação nº 587. Nesta propaganda, Regina enalteceu Serra, falou de seus programas de genéricos e da sua luta pelo combate à AIDS; por outro lado, afirmou que Lula mudou radicalmente de opinião e o associou a problemas de governos anteriores, como altíssima inflação e pressão da política internacional⁵⁰.

Este depoimento foi veiculado em televisão apenas duas vezes⁵¹, mas repercutiu em diversos canais midiáticos de modo a ter grande alcance, fazendo, inclusive, com que o lado atingido fosse a público se manifestar. A mensagem ecoou conquistas de Serra e dúvidas quanto a Lula, todas sobre assuntos específicos, aptos a gerar discussões que vão além de elogios genéricos e xingamentos passionais.

Também nestas eleições presidenciais de 2002, Lula acusou Serra de ser responsável pelo problema de aumento dos custos dos medicamentos e, na mesma oportunidade, se comprometeu a criar a “Farmácia Popular”, que baratearia significativamente os preços das drogas⁵². Este propaganda se insere num contexto de debate claramente marcado pela questão da saúde, em que foram adentrados méritos e propostas de ambos os candidatos, de modo a por em foco ideias realmente relevantes para o tema.

Esta última comparação citada foi propositiva, apresentou a programa das Farmácias Populares, mas também foi negativa (quadrante 1), pois demonstrou um ponto

⁴⁹ STEIBEL, 2006. pp. 52, 129 e 130.

⁵⁰ Idem. p. 110.

⁵¹ Idem. P. 128.

⁵² PIVA, 2014. p. 120.

fraco do opositor quanto ao tema em discussão. Já a comparação apresentada por Regina Duarte foi negativa sem apresentar projetos (quadrante 3), mas também pautou assuntos específicos para o debate político. Ambas contribuíram para a informação do eleitor, assim como para sua aproximação com os candidatos, a despeito de sua negatividade.

No mesmo sentido, no julgamento da Rp 1719-23, como a divergência percebeu, impedir o candidato de veicular fala de adversário o elogiando acabaria por trabalhar contra a prevalência da verdade. No caso, ainda que sem apresentar propostas e projetos de políticas públicas, esta publicidade contribuiu para que a campanha informasse o eleitor, pois trouxe dado verídico sobre o posicionamento de um dos concorrentes, um dado de sua biografia, que jamais seria trazido por ela própria.

Do mesmo modo que é indesejável a veiculação de informações que não sejam verídicas, não faz sentido proibir informações de interesse do eleitor que sejam certamente verdadeiras. Essa publicidade não propositiva e não negativa (quadrante 4) contribui para a finalidade do horário eleitoral, diferentemente daquelas citadas anteriormente, cujo exemplo paradigmático é a propaganda veiculada pelo Tiririca. A principal distinção entre essas propagandas, ambas não propositivas e não negativas, é o tipo de conteúdo por elas veiculado. No caso da propaganda impugnada pela Rp 1719-23, a mensagem é política e tem implicação direta sobre a credibilidade das críticas feitas pela candidata; no caso da propaganda do Tiririca, somente é feito humor sem qualquer relevância ao pleito eleitoral, ainda que ambas as peças publicitárias se enquadrem na mesma classificação por este entendimento do TSE.

As únicas propagandas permitidas neste paradigma são, portanto, as concomitantemente propositivas e não negativas (quadrante 2). Não obstante, é comum que os concorrentes busquem o voto do “eleitor médio”, de modo a aproximar o conteúdo de seus programas. Nem sempre é possível diferenciar os contendores por meio de suas propostas, tornando – neste caso específico – propagandas meramente propositivas infrutíferas quanto ao papel de ajudar o eleitor a escolher seu voto. Por esse motivo, a

disponibilidade de dados sobre a biografia do candidato, assim como críticas contra sua história e ideias, se fazem essenciais à informação do eleitor⁵³.

Outra situação em que publicidades estritamente propositivas não satisfazem o objetivo de informar o cidadão – e, logo, não cumprem a finalidade do horário eleitoral gratuito – é a que o candidato divulga projetos pouco críveis. O efeito dessas propostas “exageradas” é similar ao de uma acusação potencialmente inverídica: o espectador duvida de sua procedência. Exemplo disso se passou em 2010, quando José Serra, ao temer derrota já em primeiro turno, prometeu benefícios como 13º salário para beneficiados do programa Bolsa Família, reajuste de 20% para aposentados e salário mínimo de R\$ 600,00⁵⁴.

Essa que deveria ser a propaganda mais informativa dentre todos os modelos possíveis, pode vir a ser, em realidade, tão pouco informativa quanto qualquer outra. Em contrapartida, alguns dos ataques menos palatáveis podem ser justamente as propagandas que trazem pontos específicos para o debate e que são lembradas por mais tempo pela população.

Assim, algumas mensagens negativas podem iluminar pontos cruciais de determinado candidato, enquanto outras podem ser nada mais que um golpe baixo e imoral. Do mesmo modo, algumas propagandas propositivas podem publicizar o posicionamento e a agenda de determinado candidato, enquanto outras mensagens propositivas não passam de afirmações genéricas e vagas sobre as crenças do político. Não é nenhuma destas características isoladas que garante que a informação divulgada será útil ao eleitor⁵⁵. Portanto, a não negatividade e o caráter programático não parecem ser bons parâmetros para se definir qual tipo de propaganda eleitoral a Justiça Eleitoral deve incentivar.

Deste modo, e considerando que o horário eleitoral se volta a dar subsídios para o cidadão embasar sua escolha eleitoral, a devida informação do eleitor é prioritária, em detrimento da preocupação com o tom negativo da propaganda. Tampouco parece adequado utilizar o caráter programático como critério de avaliação da conformidade da propaganda com seu dever de informar o eleitor, uma vez que há inúmeras informações da

⁵³ VEIGA, 1996. p. 36.

⁵⁴ BORBA, 2012b. p. 24

⁵⁵ SIDES, LIPSITZ e GROSSMAN, 2010. p. 507

maior importância que não podem se traduzir em propostas. Assim, soa mais apropriado analisar o caráter público da informação divulgada.

A propaganda gratuita eleitoral se destina a informar o eleitor de modo que ele tenha substrato para escolher seu representante de modo minimamente fundamentado. A discussão de assuntos absolutamente privados não é relevante para definir se certo agente político é próximo à ideologia do eleitor, se é bom administrador ou um bom líder, etc.. Logo, ficaria proibida apenas a propaganda sem relevância pública.

A presente sugestão de regulação do conteúdo da propaganda eleitoral, então, pode ser modelada de maneira ligeiramente diferente da anterior: o eixo horizontal permanece sendo o caráter negativo da publicidade, sendo que as propagandas que se localizam nos quadrantes da esquerda veicularam conteúdo ofensivo, e as publicidades localizadas no quadrante da direita, enaltecedor. Já o eixo vertical agora indica a relevância pública da informação divulgada, sendo que os quadrantes superiores indicam propagandas que apresentaram informações de relevância pública, enquanto os quadrantes inferiores englobam propagandas nas quais só foram veiculadas informações privadas, ou sem qualquer relevância pública.

Seriam proibidos os quadrantes 3 e 4 (área hachurada).

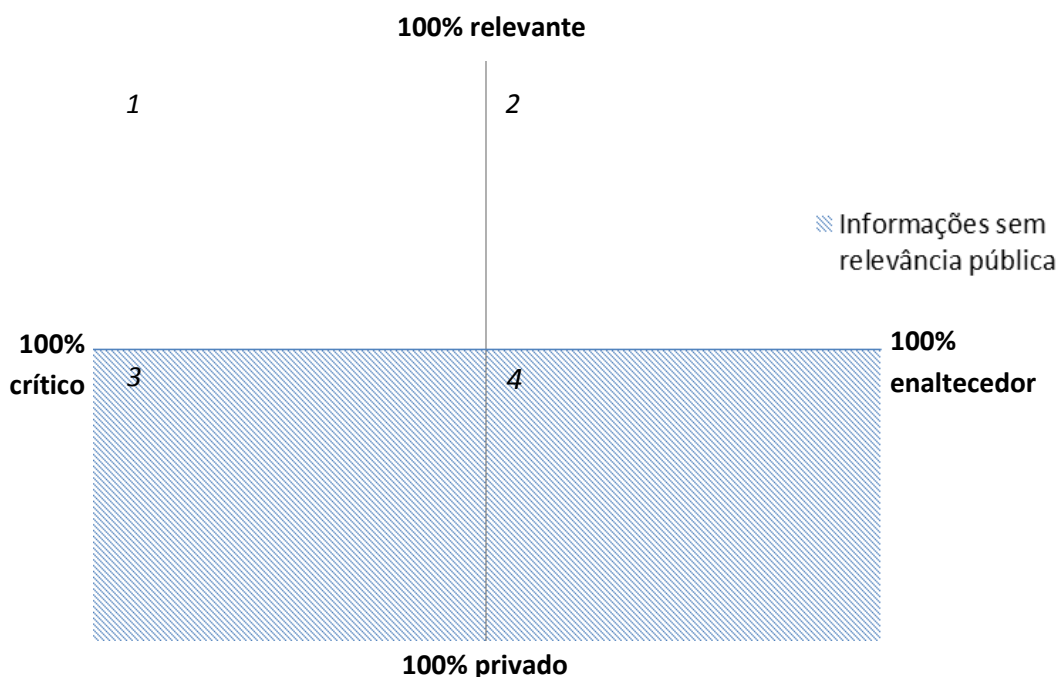


Diagrama 2

No primeiro quadrante (relevante e negativo) podem estar mensagens que comparem os trabalhos já realizados por ambos os candidatos, assim como denúncias e outros. Deste modo, seriam lícitas a denúncia feita por Marcello Alencar contra Garotinho, assim como o depoimento de Regina Duarte, a comparação de Lula e Serra no que tange à saúde, além das várias propaganda suspensas depois do dia 16 de outubro de 2014, como a que a Dilma acusa Aécio de ter favorecido a própria família na construção de um aeroporto, e a que Aécio rebate acusação de nepotismo com outra denúncia de mesmo teor. Vale frisar que as propagandas que resultaram nas Rps 1658-65 e 1719-23 também seriam permitidas, uma vez que trazem informações relevantes ao debate, ainda que a primeira delas seja negativa e ambas não sejam propositivas.

O segundo quadrante (relevante e não negativo) poderia indicar propagandas propositivas, divulgar o que o candidato já fez, falar de seus valores políticos, etc.. Aqui estariam incluídas todas propagandas que seriam lícitas pelo entendimento anteriormente modelado, as propositivas e não negativas, além de todas que, sem ataques, por ventura levantem assuntos de interesse público que não se traduzam em propostas.

O terceiro quadrante (não relevante e negativo) se limita basicamente a ofensas meramente pessoais. Conteúdo que ofenda, mas sem fazer referência a pautas de interesse coletivo, então, permaneceria cerceado, não permitindo troca de ataques que não acrescentem informações relevantes ao horário eleitoral gratuito.

O quarto quadrante (não relevante e não negativo), por fim, pode se referir a jingles direcionados a simplesmente elogiar o candidato, piadas, demonstrações de apoio por celebridades, etc.. Boa parte das propagandas que passaram a ser proibidas pelo entendimento firmado em 16 de outubro se encaixam aqui, tendo por exemplo a do Tiririca, que é somente uma piada. Contudo, as informações abarcadas por este quadrante se diferenciam significativamente das englobadas pelo quadrante 4 do modelo anterior, porque agora não abrange mensagens que enalteçam a biografia do candidato. No modelo passado, uma peça publicitária eleitoral que discorresse sobre as conquistas de determinado candidato e sua biografia, a menos que apontasse alguma proposta, seria ilícita. Agora, como o critério é a relevância pública da informação, a divulgação dos próprios feitos é incentivada.

Deste modo, temos por proibidas mensagens inúteis à informação do eleitor, como piadas, *jingles* e ofensas pessoais. Por outro lado, os concorrentes são incentivados a demonstrar a própria biografia, comparando-a com seu adversário e exibindo qual solução propõe para os problemas diagnosticados. Basicamente, ainda que as campanhas queiram se utilizar de quaisquer informações que possam dá-las vantagem eleitoral, buscou-se proibir do horário eleitoral gratuito o que não tem imediato interesse público.

É verdade que a fronteira entre o público e o privado é conflituosa. Os políticos são pessoas públicas por excelência e constantemente expõem muitos aspectos de suas vidas privadas para o justo escrutínio de seus representados. Afinal, pode ser determinante para um eleitor saber se seu candidato agrediu a esposa, se já usou drogas ilícitas, qual religião professa (ou se professa) e para qual time torce. Todos estes temas são privados, mas têm ao menos um mínimo de interesse público – uns bem mais que outros –, já que informam o eleitor de suas possíveis predisposições e preferências.

Violência contra mulheres é um ponto que transpira extrema importância pública, um clube desportivo não. A relevância de discutir a religião do candidato em pleno horário eleitoral já não é tão evidente, mas também não pode ser imediatamente descartada. Seja qual for o critério definido, sempre haverá *hard cases*. Cabe à Justiça delimitar, dentre todos os casos possíveis, qual a fronteira entre o que tem relevância pública ou não.

A postura sugerida é bem mais liberal que a aplicada após o julgamento da Rp 1658-65, chega a se assemelhar ao entendimento aplicado anteriormente a esse julgamento. Acredita-se ser mais vantajosa, entretanto, pelo fato de estar mais alinhada à finalidade do horário eleitoral gratuito, cerceando a veiculação de fatos sem relevância e, especialmente, permitindo as propagandas negativas, ou não, desde que informem o eleitor. Deste modo, apesar de não combater o tom agressivo, aproxima-se de um debate mais proveitoso ao cidadão, como ansiado pelos ministros ao alterarem a jurisprudência.

Como uma crítica ao modelo sugerido, propagandas inicialmente sem relevância podem ter o seu papel no convencimento eleitoral. O artista que somente declara seu apoio pode despertar a atenção do espectador ao pleito. De igual maneira, falar da família do candidato parece ser absolutamente privado, mas pode ser a principal informação

buscada por um determinado tipo de eleitor. Além disso, um candidato que não apresenta nada relevante pode inspirar o sentimento de incompetência aos espectadores.

Contudo, há exemplos claros de condutas que representam desvios de finalidade do horário eleitoral e uma linha entre o lícito e o ilícito há de ser traçada. Portanto, crê-se que, a despeito da crítica acima, o melhor parâmetro é a relevância pública da informação veiculada.

O incômodo surgido pela troca de ataques entre candidatos é algo que permaneceria com a aplicação desta sugestão de regulação. Porém, é preciso ter em mente que as impressões do cotidiano, do senso comum, nem sempre coadunam com a realidade. Por este motivo é proveitoso recorrer à Ciência Política e ciências afins. Deste modo, simplesmente tutelar o tom do debate, por mais intuitivo que esse caminho possa ser, não é a opção que mais se adequa ao fim do horário eleitoral.

Conclusões

Antes do julgamento da representação nº 1658-65 de 2014, o TSE já havia expressado, por diversas vezes, indignação com o “baixo nível” das campanhas presidenciais, entendido como a troca de ataques e a baixa qualidade das informações propagandeadas, mas só nesse julgamento o Tribunal mudou seu entendimento. Anteriormente, a Corte Eleitoral era permissiva e somente entendia por indevida uma propaganda que fosse atingida diretamente por vedação positivada na lei eleitoral, restritivamente interpretada.

Vários foram os argumentos para a mudança, mas é perceptível que o principal deles foi a crença de que o baixo nível de campanha é um desvirtuamento do horário eleitoral gratuito. Este fundamento, contudo, não é claro o suficiente para pautar a atuação cotidiana dos ministros auxiliares da propaganda. Portanto, os ministros da propaganda destilaram dois critérios objetivos dentre o que foi debatido no julgamento da Rp 1658-65, chegando à conclusão de que propagandas que não fossem, ao mesmo tempo, programáticas e não negativas não estariam de acordo com a finalidade do horário eleitoral gratuito. Tais critérios foram necessários para que houvesse um mínimo de segurança jurídica para o novo posicionamento do TSE, que surgiu no meio do segundo turno da eleição presidencial e somente foi possível graças ao diligente trabalho dos ministros da propaganda. A aplicação deste entendimento gerou suspensão em massa de propagandas eleitorais.

Ocorre que o TSE, ao julgar a Rp 1719-23, deparou-se com certa propaganda sem caráter propositivo, mas que claramente trazia informações verídicas e relevantes ao eleitorado. Deste modo, os ministros que haviam declarado guerra ao desvirtuamento do horário eleitoral foram os primeiros a afirmar que, no caso, não havia baixo nível, ainda que a publicidade eleitoral não apresentasse proposta alguma. Não houve nova mudança de entendimento jurisprudencial, porque o julgamento nem ao menos teve decisão definitiva (foi protocolado acordo pelo qual as partes desistiam de todas as representações interpostas), mas os ministros sinalizaram claramente que não estavam satisfeitos com os critérios que passaram a ser aplicados a partir do julgamento da Rp 1658-65.

Desse modo, não apenas as eleições presidenciais de 2014 foram as mais concorridas da história democrática do Brasil, como também a atuação do TSE nesse pleito não tem precedentes. Todas essas mudanças ocorreram em um período muito curto e não ficou claro, ao final do processo, qual a nova posição da Corte Eleitoral.

Após a narrativa pormenorizada dos câmbios de entendimento do TSE, passou-se a analisar o objetivo do horário eleitoral gratuito. Apesar de as campanhas terem o fim de vencer as eleições, arrebanhando votos para si e retirando votos do adversário, o horário gratuito de propaganda eleitoral tem a finalidade de fornecer informações relevantes, vindas de todos os concorrentes, ao cidadão, de modo que este tenha base para votar de forma a expressar sua verdadeira preferência. Assim, propagandas que não carreguem qualquer informação relevante não cumprem a finalidade deste horário, que é bancado com dinheiro público e deve ser protegido pelo Estado.

Entretanto, as proibições da nova jurisprudência não colaboram para que as propagandas eleitorais veiculem informações relevantes ao eleitor. Pelo contrário, a Ciência Política acredita que propagandas negativas, na maior parte das vezes, são mais informativas que publicidades não negativas. Do mesmo modo, exigir caráter programático de uma publicidade eleitoral significa obstar as informações relevantes que não possam ser colocadas em forma de propostas.

Assim, tanto a proibição da negatividade quanto o caráter programático não parecem ser bons critérios para incentivar a veiculação de propagandas informativas. Como alternativa a esses parâmetros, sugerimos que as publicidades eleitorais sejam filtradas pelo critério da relevância pública da afirmação transmitida, fazendo com que dados relevantes sejam divulgados, ainda que veiculados de forma negativa, e que mensagens sem relevância ao pleito eleitoral sejam obstadas.

Admite-se que o critério sugerido tem falhas, o que é impossível de se evitado. Não obstante, reconhecendo a necessidade de se estabelecer alguma regulação para que o horário eleitoral gratuito não se desvirtue de seu fim, crê-se que a melhor solução é que o conteúdo das mensagens seja filtrado por sua relevância pública, como apresentado ao fim do presente trabalho.

Referências Bibliográficas

BORBA, Felipe. **O uso estratégico das inserções nas eleições presidenciais brasileiras.** Revista Compólitica, n. 2, vol. 2, ed. jul-dez, 2012a.

_____. **O impacto da propaganda negativa na decisão do voto.** Trabalho apresentado no 8º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política – ABCP. 2012b.

_____. **Propaganda negativa nas eleições presidenciais brasileiras.** Tese apresentada para obtenção de título de Doutor em Ciência Política no IUPERJ. 2014.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 1º fev. 2015.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Lei Geral das Eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504compilado.htm>. Acesso em: 1º fev. 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 587, relatoria min. Gerardo Grossi, julgado pelo Plenário. Brasília, 21 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 1º fev. 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1.281, relatoria min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado pelo Plenário. Brasília, 23 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 1º fev. 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 3476-91.2010.6.00.0000, relatoria min. Joelson Dias, julgada pelo Plenário. Brasília, 19 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 3675-16.2010.6.00.0000, relatoria min. Henrique Neves, julgado pelo Plenário. Brasília, 26 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 1º fev. 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1083-57.2014.6.00.0000, relatoria min. Admar Gonzaga, julgado pelo Plenário. Brasília, 9 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 1º fev. 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1211-77.2014.6.00.0000, relatoria min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado pelo Plenário. Brasília, 23 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 2 out. 2014.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1362-43.2014.6.00.0000, relatoria min. Admar Gonzaga, julgado pelo Plenário. Brasília, 1º de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 13 out. 2014.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1663-87.2014.600.0000, relatoria min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, decisão liminar. Brasília, 19 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sadpPush/pesquisa.jsp>>. Acesso em: 1º fev.2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1658-65.2014.6.00.0000, relatoria min. Admar Gonzaga, julgada pelo Plenário. Brasília, 16 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 16 dez. 2014.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 167686.2014.600.0000, relatoria min. Admar Gonzaga, decisão liminar. Brasília, 19 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sadpPush/pesquisa.jsp>>. Acesso em: 1º fev.2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1689-85.2014.600.0000, relatoria min. Herman Benjamin, decisão liminar. Brasília, 20 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sadpPush/pesquisa.jsp>>. Acesso em: 1º fev.2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1719-23.2014.6.00.0000, relatoria min. Admar Gonzaga, julgada pelo Plenário. Brasília, 22 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 1724-45.2014.6.00.0000, relatoria min. Admar Gonzaga, julgada pelo Plenário. Brasília, 21 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

_____, Marcus Vinícius Furtado. **Direito eleitoral e processo eleitoral – Direito penal eleitoral e direito político**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CONGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral: de acordo com o Código Eleitoral e com a Lei 9.504/97, modificada pelas Leis 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03, 11.300/06 e 12.034/09 e Lei Compl. 135/10 (Lei da Ficha Limpa)**. 11ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2013.

PAIM, Gustavo Bohrer; e LO PUMO, Caetano Cuervo. **Democracia, igualdade de oportunidades e o horário eleitoral gratuito: a nova redação do art. 47, § 2º, incisos I e II,**

da lei nº 9.504/1997; in Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. - Vol. 9, n. 2 – maio/agosto 2014.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: anotações e temas polêmicos**. 2ª ed. ver. e atualizada de acordo com a lei que disciplinará as eleições de outubro/2000. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PIVA, Otávio. **Campanhas eleitorais e democracia: o diálogo a partir do direito de resposta**. Tese apresentada para obtenção de título de Doutor em Ciências Sociais na PUC/RS. 2014.

RAMOS, Wolney. **Propaganda Política**. São Paulo – SP: Companhia Mundial de Publicações, 2007.

SIDES, John; LIPSITZ, Keena; e GROSSMANN, Matthew. **Do Voters Perceive Negative Campaigns as Informative Campaigns?** In: American Politics Research 2010; 38; 502. Originalmente publicado online em 3 de outubro de 2009.

STEIBEL, Fabro Boaz. **Propaganda negativa e a judicialização da política no horário eleitoral presidencial de 2002**. Dissertação apresentada para obtenção de título de Mestre em Comunicação, UFF. Niterói, RJ. 2006.

VEIGA, Luciana Fernandes. **Propaganda Política e Voto: O Estudo do Efeito da persuasão do Horário Eleitoral - Estado do Rio de Janeiro, em 1994, 2º Turno**. Dissertação apresentada para obtenção de título de Mestre em Ciência Política no IUPERJ. 1996.