

PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR NEGATIVA NA INTERNET E AS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL SOBRE AS ELEIÇÕES DE 2020: UM ESTUDO SOBRE A COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

IRREGULAR ELECTORAL MARKETING ON THE INTERNET AND THE DECISIONS OF THE TSE ON THE ELECTIONS OF 2020: A STUDY ON THE COLLISION OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

Waleska Malvina Piovan Martinazzo¹

RESUMO

O tema do presente artigo é o fundamento principiológico das decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), considerando-se a propaganda irregular negativa veiculada na internet nas eleições de 2020. Para tanto, o método utilizado foi o documental, técnica explicativa e exploratória, com enfoque na concepção teórica da abordagem. Foram utilizadas, assim, fontes documentais, fontes primárias e secundárias. A pesquisa para análise jurisprudencial centra-se na coleta das decisões do TSE sobre as eleições de 2020, observando-se todas aquelas proferidas neste sentido e publicadas no site do TSE. A pergunta de pesquisa é: os fundamentos para as decisões do TSE sobre as eleições de 2020, abordam a principiologia constitucional, em que se considera, especialmente, a propaganda irregular negativa na internet? Como resultados, tem-se que a liberdade de expressão está tanto nas regras eleitorais quanto na principiologia aplicável a tais decisões, em que se considera esse o princípio nuclear da propaganda eleitoral, a fim de se manter uma democracia representativa que não cultiva a censura. No entanto, a limitação na aplicação desse princípio propiciará que a veiculação de propaganda irregular negativa circule facilmente, o que, em contrapartida, fere outra gama de princípios e regras e interfere no próprio resultado do pleito eleitoral.

Palavras-chaves: Propaganda eleitoral irregular; Tribunal Superior Eleitoral; Liberdade de expressão.

ABSTRACT

The subject of this article is the principled foundation of the decisions of the Brazilian Superior Electoral Court (TSE), considering the irregular negative marketing broadcast on the internet in the 2020 elections. theoretical conception of the approach. Thus, documentary sources were used, choosing, for this purpose, primary and secondary sources. The research for jurisprudential analysis focuses on the collection of tse decisions

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa-IDP Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2002) e mestrado em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso (2013). É professora da graduação em Direito na UNEMAT - Universidade Estadual de Mato Grosso, admitida através de concurso público (2014). Professora em pós-graduações lato sensu em Direito. É advogada, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil subseções do Paraná desde 2003 e, após, Mato Grosso, atuando especialmente no direito público. Parecerista da Revista da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD e da UFERSA. É coordenadora do PROMECON - Projeto de Extensão de Mediação e Conciliação de Conflitos Jurídicos da UNEMAT. Membro do Grupo de Pesquisa "Direito, Estado e Sociedade", da UNEMAT. E-mail: waleska.martinazzo@unemat.br

on the 2020 elections, observing all those given in this sense and published on the TSE website. The research question is: do the grounds for decisions about the 2020 TSE elections address constitutional principles, especially considering the negative irregular advertising on the internet? As a result, freedom of expression is found both in electoral rules and in the principles applicable to these decisions, considering this the core principle of electoral marketing, in order to maintain a representative democracy that does not cultivate censorship. However, the limitation in the application of this principle will allow the placement of negative irregular propaganda to circulate easily, which, on the other hand, violates another range of principles and rules, interfering with the very result of the election.

Keywords: Irregular electoral marketing; Electoral Superior Court; freedom of expression.

1 INTRODUÇÃO

A democracia representativa atual apresenta como uma de suas características a implementação de mecanismos para influenciar o eleitorado, visando alcançar posto de representante da população. Para isso, muitos são os artifícios utilizados, que passam pelas áreas da comunicação, da psicologia, da sociologia, da história, entre outras.

A revolução tecnológica, igualmente, vem trazendo uma nova forma de influenciar os eleitores, do mesmo modo que influencia, em sentido amplo, a própria construção do indivíduo social. Com a internet e o avanço da inteligência artificial (IA), as normas de Direito Eleitoral devem acompanhar a velocidade com que a sociedade modifica seus comportamentos pelo uso das tecnologias.

Assim, o tema do presente artigo é a propaganda irregular negativa nas eleições do Brasil e as decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre o assunto nas eleições de 2020, considerando o modelo brasileiro de democracia representativa. A pergunta de pesquisa é: os fundamentos para as decisões do TSE sobre as eleições de 2020, abordam a principiologia constitucional, em que se considera, especialmente, a propaganda irregular negativa na internet?

Para tanto, a metodologia utilizada teve enfoque qualitativo, de natureza básica, teórica e correlacional. O procedimento é o bibliográfico, o documental e o jurisprudencial. A pesquisa é, quanto aos seus objetivos, explicativa e exploratória.

A análise pautou-se basicamente na doutrina brasileira sobre o tema, bem como nas decisões do TSE. Os julgados foram retirados do sítio eletrônico desse tribunal,

com critério de busca de decisões com a expressão “propaganda irregular negativa”. Depois disso, houve leitura destes para verificar se se enquadravam no pleito de 2020, marco temporal da pesquisa.

Após tais ações, foi realizada a aplicação de métodos mistos, dentre eles, o descritivo e o hermenêutico. Utilizaram-se, assim, fontes documentais, escolhendo-se, para tanto, fontes primárias e secundárias.

O objetivo geral do artigo é, portanto, verificar a principiologia constitucional dos fundamentos para as decisões do TSE sobre as eleições de 2020, percebendo-se como é tratada a propaganda irregular negativa na internet?

No desenvolvimento deste artigo científico, portanto, optou-se por realizar dois capítulos. Na primeira parte do artigo, aborda-se como a democracia representativa brasileira relaciona-se com o refinamento dos métodos de convencimento do eleitor, chegando-se, assim, à era digital e às técnicas de convencimento atuais.

Já no segundo ponto do artigo, analisa-se como as decisões até o momento proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre as eleições de 2020 tratam da propaganda irregular negativa na internet, apresentando possíveis caminhos para defesa da legitimação do pleito eleitoral brasileiro.

2 O CONVENCIMENTO DO ELEITOR NA ERA DIGITAL E A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Na tradição do pensamento político, a democracia corresponde genericamente a uma forma de organização política que expande oportunidades para que o cidadão viva sob leis que ele mesmo escolheu (DAHL, 1989). O poder surge de decisões coletivas para a organização da vida em sociedade e, teoricamente, todos devem ter oportunidade de participação na formação do pensamento que culminará nas escolhas feitas para essa sociedade.

Embora a definição de democracia não seja linear e a figura da representatividade possa ser encontrada já na Roma Antiga e nas monarquias absolutistas², por exemplo, a democracia representativa tal qual é concebida atualmente

² Atente-se, por oportuno, que é grande também, na doutrina o campo daqueles que asseveram a existência da representação antes da modernidade. Talvez o nome mais emblemático, nesse campo, seja o de George Jellinek (2000). O publicista deixa clara a sua posição no Cap. XVII – La representación y los órganos representativos, p. 506-527.

surge nos Estados Unidos e na França³. Hodiernamente, é alvo de análise de cientistas políticos, filósofos, estudiosos da ética, do direito e de diversas áreas do conhecimento, que apontam progressos e retrocessos ao longo de sua existência.

Por mais que se acredite nas vantagens dela, o eixo central de preocupação dos governos está na questão do consentimento dos governados, e não necessariamente na questão de o governante realizar, de fato, o que é necessário para aquela localidade (MEDEIROS, 2015).

Para que esses representantes possam exercer suas atividades sob a base dos fatos e das ideias que os elegeram, faz-se necessário, assim, que haja o mínimo de distorções no processo de escolha dos governantes.

O foco na vontade do governado, em vez de estar nas necessidades do coletivo, existe não apenas no ato de governar, mas inicia-se no momento de verificação de quem será candidato aos cargos públicos, com desdobramentos, assim, em sua trajetória de campanha. Daí, o uso do direito como meio de regular comportamentos de candidatos e eleitores para que a pré-campanha e a campanha eleitoral sejam fases em que a escolha dos governantes reflita a necessidade dos governados.

Para se alcançar um bom resultado, é necessário que haja lúdimo trajeto até as eleições. A propaganda política⁴, indispensável para se alcançar os objetivos da democracia representativa, modifica-se a cada pleito eleitoral. Ela sofreu forte impacto com a chegada do rádio, da televisão e de outros meios de comunicação.

Antes da internet, as campanhas eleitorais eram baseadas em dados demográficos, sociais e econômicos, generalistas e, muitas vezes, imprecisos (BARTOLOMEU, 2018).

No entanto, atualmente, o *big data*, a fluidez das redes sociais e a análise de perfil do eleitor possibilitam que as campanhas sejam focadas em pontos de interesse de cada arquétipo, trazendo à tona uma minuciosa análise do perfil dos eleitores, pois são inegáveis as características pessoais que deixamos transparecer com nossas pegadas

³ Nos dois lados do Atlântico, a visão *mainstream* entre os pensadores políticos setecentistas era a de que o governo representativo se opunha à democracia. No final do século XVIII, contudo, uma visão concorrente da representação despontou no plano constitucional que, em fevereiro de 1793, Condorcet apresentou perante a Convenção Nacional.

⁴ “A propaganda política se diferencia dos demais tipos de propaganda, como, por exemplo, da mercadológica – voltada para o consumo –, porque tem finalidade diversa, consistente no objetivo de interferir nas decisões tomadas pela organização política institucionalizada, atinge todas as classes sociais, independente de nível cultural ou econômico, encontra-se, minudentemente, regulamentada por legislação específica e é veiculada, gratuitamente, pelo rádio e pela televisão. Ela se subdivide em propaganda eleitoral, partidária e institucional” (VELLOSO; AGRA, 2020).

digitais (BARTOLOMEU, 2018). Renda, tendência política, número de filhos, estado civil, lugares em que a pessoa costuma ir, valores que costuma gastar, onde e com o que se gasta, tudo isso são informações que algoritmos têm em mãos, de fato, em relação à vida de muitos brasileiros.

A chegada de computadores domésticos, *tablets*, celulares e tecnologia *wi-fi* trouxe a personalização do uso da internet. Assim, tudo isso possibilita que o cidadão viva em sua “bolha”, ou seja, naquilo que compreende como adequado ou que reforce suas crenças, o que é plenamente registrado:

Tal fenômeno é amplificado pela atual estruturação das aplicações de Internet, especialmente as redes sociais, cujos provedores se valem da profusa coleta de dados dos usuários para sua remuneração, a demandar que mantenham seu interesse e engajamento de forma acentuada, o que passa pela criação de mecanismos de personalização e massificação de uso, baseados nos mesmos dados, e que acabam por disponibilizar aos usuários, de forma predominante, os materiais inferidos como de seu interesse (BIOLCATI, 2022, p. 21).

Dentro da Comunicação Social, diversos estudos foram realizados, sempre atrelados a outras áreas (ciência política, antropologia, economia ou psicologia), para averiguar o papel, o poder e a influência da mídia na construção da opinião pública e da cultura da sociedade, dentro do pleito eleitoral e também fora dele. Contudo, apenas com o advento da lei n. 12.034/2009 é que se iniciou a regulamentação do uso da internet na propaganda eleitoral brasileira.

Desde a popularização da internet até o uso de algoritmos no processamento de dados, percebe-se que a forma como escolhemos nossos representantes na democracia transforma-se e é influenciada por refinados elementos de persuasão e convencimento.

Para além de balizar as *fake news*, outros desafios se impõem ao Direito Eleitoral frente a uma sociedade digital: regular a atuação dos responsáveis por uma campanha eleitoral em um espaço sem fronteiras.

Distanciando-se da possibilidade de ponderação e, em certa medida, perdendo o seu juízo crítico, o eleitor pode passar por fase de alienação, manipulação. Para a democracia representativa, a alienação e a manipulação são conceitos que se apresentam com o emprego de técnicas inadequadas de propaganda que podem macular todo o pleito eleitoral.

O desafio de estabelecer regras para as propagandas eleitorais na internet é uma verdadeira corrida contra o tempo, sem garantias de que, na próxima eleição, as mesmas regras surtam efeitos. O direito, portanto, é instrumento a serviço da manutenção do Estado Democrático e do respeito à democracia representativa para coibir as distorções no pleito eleitoral.

A Lei n. 9.504/97, alterada em 2017, estabelece que o TSE regulamentará o uso de propagandas na internet conforme as novas ferramentas tecnológicas de cada momento eleitoral⁵. A medida foi compreendida como adequada, pois inserir regras sobre ferramentas tecnológicas em lei ordinária certamente ocasionaria a obsolescência legal.

Dentre os temas relevantes das eleições, na era digital, pode-se mencionar o impulsionamento de mensagens. De acordo com regras de 2018, o candidato poderia impulsionar postagens nas redes sociais, mas não poderia terceirizar esse impulsionamento⁶. Em 2022, essa proibição é a mesma: pessoas naturais não podem contratar impulsionamento de conteúdo de candidatos.

Quanto à análise de perfil do eleitor na internet, cabe questionar até que ponto a tecnologia pode prever como cada eleitor vota e, assim, preannunciar o vencedor de uma eleição. É possível, assim, antever qual o candidato mais apto a vencer, dentre os disponíveis no partido ou na coligação? Como eleitor, até que ponto estou convencido e até que ponto fui manipulado?

Assim como influenciadores podem ser pagos para divulgar um produto, outras pessoas que não se intitulem *digital influencers* podem ser imersas em um conteúdo que use técnicas avançadas para convencer não apenas a votar em um candidato, mas a fazer divulgação deste. Pode-se dizer que há uma fase de transição, talvez de crise, em que devemos buscar o equilíbrio entre o que seja liberdade e o que seja abuso de poder ou desrespeito à privacidade.

Enfim, a tecnologia modificou o comportamento dos eleitores, o que se reflete, explicitamente, no comportamento dos candidatos e na forma como a campanha eleitoral é desenhada, causando impacto inegável na escolha dos representantes que representarão o povo no regime democrático. Com base nisso, é nítida a influência das

⁵ Art. 57-J. O Tribunal Superior Eleitoral regulamentará o disposto nos arts. 57-A a 57-I desta Lei de acordo com o cenário e as ferramentas tecnológicas existentes em cada momento eleitoral e promoverá, para os veículos, partidos e demais entidades interessadas, a formulação e a ampla divulgação de regras de boas práticas relativas a campanhas eleitorais na internet.

⁶ O empresário Luciano Hang, dono das lojas Havan, foi multado, nesta época, por divulgar vídeos que foram considerados com propaganda eleitoral (BRASIL, 2018).

redes sociais na opinião e nas ideologias dos eleitores, embora ainda sejam cerca de quarenta milhões de brasileiros sem acesso à internet⁷.

A força da internet pode ser ilustrada com o fato de que, em fevereiro de 2022, os cartórios eleitorais registravam recordes negativos de registros de novos títulos. Porém, a partir do momento em que vários artistas iniciaram uma campanha para o alistamento eleitoral desse segmento, houve recorde positivo (BBC, 2022).

Comparando-se os meses de fevereiro e março, momento em que houve o pedido de alistamento elaborado por artistas, o crescimento da emissão de novos títulos foi de 27,6% (BRASIL, 2022a).

No entanto, a propaganda política, inserida nesta a partidária, a institucional e a eleitoral, vem adquirindo limites e contornos cada vez mais claros.

Portanto, não se pode comparar a propaganda eleitoral na internet com as propagandas eleitorais da década de 1990, por exemplo. Pensando-se que cada eleitor pode receber a propaganda que mais convença ou influencie, de modo oculto, subliminar, por exemplo, pode-se imaginar a facilidade com que a internet consegue ultrapassar os limites da privacidade, de modo que sequer percebemos conscientemente. Qualquer que seja a inovação, desse modo, sempre há quem encontre um meio de abusar dela (FRIEDMAN, 2014, p. 523).

Sob o aspecto jurídico-constitucional, a propaganda eleitoral na internet está pautada em princípios, dentre os quais se destacam a liberdade de expressão e a isonomia entre os candidatos, muito mencionados em diversos julgados da justiça eleitoral. Contudo, esses princípios não são aplicáveis indistintamente e em absoluto.

A Resolução n. 23.610/2019, que dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral, ora alterada pela n. 23.671/2021, estabelece que a livre manifestação do pensamento de pessoa eleitora na internet somente é passível de limitação quando ofender a honra ou a imagem de candidatos, partidos, federações ou coligações, ou quando divulgar fatos sabidamente inverídicos, gravemente descontextualizados e que atinjam a integridade do processo eleitoral⁸.

⁷ O número faz parte da Pnad Contínua, divulgado pelo IBGE em 2019.

⁸ E, ainda, o § 2º dispõe: "As manifestações de apoio ou crítica a partido político ou a candidata ou candidato ocorridas antes da data prevista no caput deste artigo, próprias do debate democrático, são regidas pela liberdade de manifestação (BRASIL, 2019)". Art. 57-D, § 2º, da Lei 9.504/97: "é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores – internet", sujeitando-se o infrator à multa de R\$ 5.000,00 a R\$ 30.000,00

O Código Eleitoral – Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 – traz artigos que estão se tornando inaplicáveis ante sua obsolescência. Em agosto de 2021, um grupo de trabalho na Câmara dos Deputados consolidou todas as normativas eleitorais coerentes para um novo Código Eleitoral em uma só proposta – o Projeto de Lei Complementar n. 112 de 2021, que, caso seja aprovada dentro dos trâmites do processo legislativo, disporá sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras (BRASIL, 2021a).

O Brasil apresenta também proposta em andamento para regulamentar a Inteligência Artificial: o Projeto de Lei (PL) n. 21/2020 segue em tramitação e trará princípios, direitos e deveres para o uso dessa tecnologia, constituindo-se o marco legal do desenvolvimento e do uso da IA pelo poder público, pelas empresas, por entidades diversas e por pessoas físicas.

Cabe indagar, no entanto, se as leis ordinárias e complementares protegerão os bens jurídicos na internet de modo adequado. O Supremo Tribunal Federal, pensando na desinformação e nas notícias falsas espalhadas nas eleições, ao longo dos últimos anos, criou o Programa de Combate à Desinformação, em agosto de 2021, que conta com a participação dos setores público e privado no combate a *fake news*⁹.

Para as eleições de 2022, as resoluções aprovadas pelo TSE não ignoram o avanço da IA. A Resolução n. 23.671/2021 pune quem veicular notícias falsas que contenham injúria, calúnias ou difamações com o intuito de beneficiar candidatos, podendo haver prisão e multa (BRASIL, 2021a).

A norma ainda presume que candidatos verifiquem a veracidade do que é publicado em seu nome. O uso de telemarketing e o disparo de mensagens em massa, em aplicativos de comunicação instantânea, a pessoas que não se inscreveram para recebê-las está proibido (BRASIL, 2021a).

Sabe-se que a propaganda é estratégia de persuasão, mas ela não pode distorcer fatos a ponto de existir manipulação. O art. 10 da Resolução n. 23.610/19 estabelece:

Art. 10. A propaganda, qualquer que seja sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.

⁹ Art. 3º: Poderão ser convidadas a participar da execução das ações, mediante acordos de cooperação técnica não oneroso ao STF, instituições públicas e privadas, entidades e empresas com atuação no ramo.

Desse modo, assim como influenciadores são remunerados para divulgar uma ideia, outros, que não vivem profissionalmente de sua atuação em redes sociais e outras mídias, podem ser imersos em um conteúdo que use artifícios para convencê-los. Esse convencimento está voltado não apenas a votar em um candidato, mas a recrutar seguidores em prol da campanha de um candidato, mesmo que inconscientemente.

3 A PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA E AS DECISÕES DO TSE NAS ELEIÇÕES DE 2020

As técnicas publicitárias, nas relações de consumo, são importantes ferramentas para a economia, o comércio e a prestação de serviços. Estas migram em fluxo constante para as propagandas eleitorais e adquirem facetas novas com o uso da internet. Porém, há um limite ético, do qual o direito também cuida, para que a persuasão não esteja, em verdade, ocupando-se como manipulação. A limitação jurídica visa assegurar que pode haver escolha livre dos representantes políticos e que o marketing não tome decisões com base em premissas falsas¹⁰.

A lei eleitoral, assim, coíbe propaganda eleitoral negativa, sem especificar detalhes sobre as técnicas de persuasão do marketing digital que seriam proibidas.

Nos casos analisados para este artigo científico, os julgados foram retirados do sítio eletrônico do TSE (<https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoess/>), em que se buscaram decisões com a expressão “propaganda irregular negativa”. Após tal ação, foi realizada a leitura destes para verificar se se enquadravam no pleito de 2020, marco temporal da pesquisa.

Foram encontradas 14 decisões nesses moldes e que adentravam no mérito das questões suscitadas. Percebeu-se que os dois grandes fundamentos para discussões sobre a propaganda eleitoral negativa no TSE são, além do descumprimento das regras eleitorais, o desrespeito a dois princípios jurídicos: o princípio da liberdade de expressão, livre manifestação do pensamento, e o princípio da igualdade entre candidatos no pleito eleitoral.

Conforme julgado de 2017 do TSE:

¹⁰ Sobre o assunto, na seara consumerista, vide: HAWKINS (2018).

[o] caráter dialético imanente às disputas político-eleitorais exige maior deferência à liberdade de expressão e de pensamento, razão pela qual se recomenda a intervenção mínima do Judiciário nas manifestações e críticas próprias do embate eleitoral, sob pena de se tolher substancialmente o conteúdo da liberdade de expressão.

Inspirada na lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 – o Marco Civil da Internet – e com escopo de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, a Resolução n. 23.610 de 2019 do TSE estabeleceu que “as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral”.

Clara está a preocupação de não mais se admitir a censura. Não há permissão, no entanto, de excessos nesse exercício de liberdade de expressão. Dessa forma, se o uso de tal liberdade colide com outros princípios fundamentais, como o da isonomia entre os candidatos, por exemplo, ele será relativizado.

Essa liberdade, como todo direito fundamental, encontra limites:

a garantia da livre manifestação de pensamento não possui caráter absoluto, afigurando-se possível a condenação por propaganda eleitoral negativa, no caso de a mensagem divulgada ofender a honra ou a imagem do candidato, dos partidos ou coligações, ou divulgar fatos sabidamente inverídicos (BRASIL, 2022d).

Assim, as propagandas eleitorais devem respeitar a principiologia do direito eleitoral, já desenvolvida pelos estudiosos desse ramo, quais sejam, princípios como o da legalidade, da liberdade de expressão, da responsabilidade, da disponibilidade e da isonomia, por exemplo.

Além do destaque a esses princípios, as decisões analisadas abordam, conjuntamente, a propaganda irregular negativa na internet, aquilo que seriam meras críticas e o que seriam ofensas capazes de caracterizar descumprimento de normas eleitorais.

Ponto que dificulta a clareza nas atividades, em período de propaganda eleitoral, é a palavra “sabidamente”. As regras expõem que não se pode divulgar conteúdo “sabidamente inverídico”, porém essa expressão pode ensejar interpretações diversas e muito fadadas ao subjetivismo.

Os julgados analisados diferenciam a “crítica política com observância dos limites constitucionais” (BRASIL, 2022c) das ofensas sabidamente inverídicas. Isso para

que se privilegie “a livre circulação de pensamentos, opiniões e críticas” (BRASIL, 2022b). Não seria razoável um pleito eleitoral sem poder haver a discussão acerca de atitudes e atividades políticas já realizadas pelos candidatos, pois essas opiniões “visam a fortalecer o Estado Democrático de Direito e à democratização do debate no ambiente eleitoral, de modo que a intervenção desta JUSTIÇA ESPECIALIZADA deve ser mínima em preponderância ao direito à liberdade de expressão”¹¹ (BRASIL, 2022b, grifos do autor).

Na linha da jurisprudência desse Tribunal Superior, “os fatos sabidamente inverídicos que ensejariam a ação repressiva da Justiça Eleitoral seriam aqueles verificáveis de plano (BRASIL, 2018)”. Verificou-se, no entanto, que os julgados ainda são divergentes ao analisar os casos concretos, ora considerando que as críticas atingem a honra dos candidatos e devem ser coibidas para não se ferir o princípio da isonomia, ora que essas “fazem parte do jogo democrático e estão albergadas pelo pluralismo de ideias e pensamentos imanente à seara político-eleitoral” (BRASIL, 2022a)¹².

Em recente julgado, o TSE determinou a retirada de conteúdo do Facebook e do Instagram, o qual correspondia à “imagem de um rato sobreposta à fotografia de agente político”. Verificou-se que a mensagem possuía, de fato, natureza eleitoral, mas que não passou de mera “crítica ácida”, não tendo o condão, assim, de ensejar aplicação de multa, pois “nem toda crítica ou ofensa à honra é suficiente para caracterização de tal ilícito, sob pena de violação à liberdade de expressão”¹³ (BRASIL, 2021c).

¹¹ No caso, “a pretexto de divulgar matéria jornalística, houve flagrante excesso ao limite da crítica e da liberdade de manifestação do pensamento, assim como indisfarçado propósito de prejudicar a candidatura do adversário político, imputando-lhe a prática de crime, em evidente propaganda eleitoral negativa. Tal circunstância afronta a isonomia e não atende à finalidade social das emissoras de rádio”. (BRASIL, 2022b).

¹² No processo eleitoral, a difusão de informações sobre os candidatos – enquanto dirigidas a suas condutas pretéritas e na condição de homens públicos, ainda que referentes a fato objeto de investigação, denúncia ou decisão judicial não definitiva – e sua discussão pelos cidadãos evidenciam-se essenciais para ampliar a fiscalização que deve recair sobre as ações do aspirante a cargos políticos e favorecer a propagação do exercício do voto consciente. 7. A postagem consistente em mera reprodução de matéria jornalística que informa decisão judicial de bloqueio de bens e renda de prefeito e candidato à reeleição devido à condenação por improbidade administrativa não caracteriza propaganda eleitoral antecipada negativa, visto que albergada pelas liberdades de expressão e de informação, garantidas no texto constitucional. 8. Quanto às publicações elaboradas pelo usuário da rede social, a correlação com o conteúdo da referida matéria jornalística inviabiliza a percepção, de plano, de que as informações constituem divulgação de fato sabidamente inverídico. (BRASIL, 2022a).

¹³ “Na espécie, as críticas veiculadas por meio da imagem divulgada devem ser admitidas no processo democrático, pois estimulam o debate, entre os eleitores, sobre eventuais características negativas dos integrantes da disputa eleitoral e de seus planos de governo. 11. A crítica em questão, ainda que ácida, extrapola a esfera eleitoral, devendo o candidato, caso assim entenda, buscar eventual reparação de danos morais na esfera cível da Justiça Comum, também competente para, na esfera criminal, analisar eventual prática de crimes contra a honra”. (BRASIL, 2021c).

Tem-se que:

as manifestações de indivíduos em redes sociais estão fora do escopo da figura típica descrita no art. 323, do Código Eleitoral, que criminaliza a divulgação, em propagandas eleitorais, de fatos inverídicos, uma vez que tais manifestações de acordo com o TSE, não se constituem em propaganda, nos termos da legislação. (BRANCO, et al., 2022, p. 187).

Assim, o cidadão que não seja candidato ou não esteja na página institucional de partido político, e sim em sua página pessoal, mesmo que tenha milhões de seguidores e até que tenha, de forma ilícita, recebido dinheiro pela postagem. Nesse caso, seu julgamento não será de acordo com a justiça eleitoral. Este será julgado pelos crimes previstos no Código Penal, dentre as hipóteses dos crimes contra a honra (arts. 138, 139 e 140), assim como em outros tipos penais que a justiça eleitoral não possui competência para julgar.

A grande problemática, além da diferença nos trâmites processuais diferentes entre crimes da justiça comum e da justiça eleitoral, é a manutenção de grandes influenciadores como atores alheios às consequências desta. Influencers e demais pessoas públicas inseridas nas redes sociais podem transformar seu poder de persuasão em poder de manipulação por meio das técnicas de marketing¹⁴.

Já se provado o impulsionamento de propaganda eleitoral negativa, aplica-se multa constante no art. 57-C, § 2º, da Lei 9.504/97. Ademais, tal ação só pode ser contratada para promover candidato ou partido e não criticar ou macular adversário em sua honra¹⁵. As decisões analisadas aclaram que o impulsionamento de críticas a candidatos causaria desigualdade ao pleito, trazendo um indesejado desequilíbrio entre os candidatos:

¹⁴ Dentre os tipos de propaganda considerada antiética, mencione-se o *stealth marketing* (em tradução livre, propaganda furtiva), que pode ser definido como: uma espécie de publicidade invisível, furtiva, clandestina, cujo intuito refere-se à captura da atenção do consumidor e ao despertar de novas necessidades no seu inconsciente. Ou seja, a publicidade disfarçada possibilita que o fornecedor consiga consumidores específicos e, por vezes, em massa para a ascensão da sua marca (SOUSA; ALVES, 2021). Os mesmos autores, ainda, ao mencionar esse tipo de estratégia, citam a publicidade subliminar, o *product placement* ou *merchandising* (inserção de um objeto anunciado em uma comunicação de natureza diferente da publicitária) e a publicidade redacional (anúncio veiculado em forma de reportagem jornalística). Há, ainda, conforme os autores, como espécies de propaganda furtiva:(...) o *buzz marketing* verifica-se quando o anunciante contrata um ator vendedor para se inserir no cotidiano dos consumidores supostamente sem fins publicitários. Por último, o *astroturfing* consiste na manipulação indevida das informações nos sistemas de reputação utilizados nas plataformas de comércio eletrônico (2021).

¹⁵ (...) A regra permissiva do art. 36-A da Lei 9.504/97 não admite que, no período de pré-campanha, seja veiculada propaganda por meios que são considerados proscritos durante o período eleitoral, como o impulsionamento de conteúdo com a finalidade de tecer críticas a adversário. Precedente: AI 77-86, rel. Min. Og Fernandes, DJE de 25.6.2019.8. (BRASIL, 2021b).

(...) ofensas pessoais direcionadas a atingir a imagem dos candidatos e a comprometer a disputa eleitoral devem ser coibidas, cabendo à Justiça Eleitoral intervir para o restabelecimento da igualdade e normalidade do pleito ou, ainda, para a correção de eventuais condutas que ofendam a legislação eleitoral. (BRASIL, 2021d).

No entanto, o TSE entendeu, nessas decisões, que a disputa eleitoral concebe “críticas ácidas, cáusticas e contundentes dirigidas aos cidadãos que ingressam, ou buscam ingressar, na vida pública”. Assim, o eleitor analisa diversas facetas da vida dos postulantes aos cargos, visando, nessa permissão, “a construção de uma decisão eleitoral melhor informada pelos eleitores brasileiros” (BRASIL, 2021d).

O desafio dos tribunais eleitorais, portanto, é compreender e aplicar os limites entre privacidade, vida privada, liberdade de expressão, honra, livre-arbítrio e técnicas de marketing, o que é, ainda, nebuloso para o Direito, tudo isto considerando, igualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste ponto, portanto, destaca-se a relevância das Resoluções do TSE, que refletem com maior rapidez a necessidade de cada momento para o pleito eleitoral¹⁶.

Conforme Santos (2021, p. 04):

Existe um debate nas ciências sociais sobre ser possível conhecer melhor a verdade e a qualidade das instituições de dada sociedade em situações de normalidade, de funcionamento corrente, ou em situações excepcionais, de crise. Talvez os dois tipos de situação sejam igualmente indutores de conhecimento, mas certamente nos permitem conhecer ou ressaltar coisas diferentes.

Com a propaganda eleitoral negativa, os meandros que as estratégias de manipulação podem alcançar são ainda maiores:

Ainda que com olhos e ouvidos abertos, as pessoas estão entorpecidas e carecem de uma educação dos sentidos que lhes possibilitem sair do recôndito subsolo da psique, com seus sedimentos reprimidos pelo ego fraco, cujas escolhas abstratas pouco podem ser justificadas pela razão. (LOUREIRO; GONÇALVES, 2021, p. 03).

¹⁶ Mas há que se observar a acurada discussão que deve preceder a elaboração destas resoluções e qualquer norma, eis que “se assim não forem, em vez de impedir que o exercício da liberdade seja instrumento de opressão e de injustiça, elas próprias legalizam e moralizam o mal e a injustiça”. (WEYNE, 2013).

A colisão de direitos fundamentais é, assim, ponto relevante trazido pelos julgados, momento em que o esforço hermenêutico para cada julgamento é percebido, pelo que há que ser considerada a integração das lacunas da construção constitucional, buscando a interpretação construtiva da Lei Maior¹⁷.

Ao se considerar a interpretação axiológica do Direito tarefa de difícil consecução plena, somando-se aos fatos as categorias de omissão legislativa inconstitucional, os vácuos normativos e os questionamentos sobre o ativismo judicial e suas consequências¹⁸, tem-se que integrar os princípios constitucionais com vias a fornecer o resultado mais adequado ao caso concreto leva o julgador a um caminho fluido que não é isento de contradições.

Do mesmo modo, o desenvolvimento de um juízo crítico e atento às manipulações está em construção no Brasil, tarefa que, entre outras consequências, traria solidez e estabilidade à teoria da democracia representativa.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou a questão da propaganda irregular negativa nas eleições por meio da internet, com a análise das decisões do TSE sobre as eleições de 2020. Em uma democracia representativa, faz-se necessário que haja o mínimo de distorções no processo de escolha dos governantes, para que os escolhidos possam exercer suas atividades sob a base dos fatos e das ideias que os elegeram.

A tecnologia modificou o comportamento dos eleitores, o que se reflete no comportamento dos candidatos e na forma como a campanha eleitoral é desenhada, causando impacto na escolha dos que representarão o povo no regime democrático.

¹⁷ Sobre lacunas constitucionais, vide artigo de Daniel Sarmento, que, entre outros tópicos, destaca: “A construção constitucional, ou interpretação construtiva da Constituição, ocorre naquelas hipóteses em que a hermenêutica constitucional assume uma postura mais ousada, buscando, para além do texto, novas figuras ou incidências não previstas expressamente” (2012, p. 35).

¹⁸ Sobre o entrelaçamento entre política e direito na atualidade, mencione-se o estudo de Ademar Borges de Souza Filho sobre sentenças aditivas, em que expõe: “Se a modernidade buscava soluções para garantir a autonomia do direito em face da política, atualmente o constitucionalismo contemporâneo exige mais: além de evitar invasões totais da esfera política na jurídica, deve cuidar para que o contrário não aconteça, assim como também aperfeiçoar a comunicação entre essas esferas fortalecendo a autonomia de cada uma e, ao mesmo tempo, incrementando a capacidade de aprendizagem recíproca. Em outras palavras, deve garantir que o direito sobreviva à política e que a política sobreviva ao direito, não pela estratégia do isolamento – que pode levar à morte por inanição –, mas pela abertura às influências recíprocas que animem tanto a política como o direito a realizarem de modo cooperativo os objetivos da nossa Constituição” (2016, p. 76).

O direito como forma de regular a atuação de candidatos, partidos políticos e eleitores é válido para que a pré-campanha e a campanha eleitoral sejam etapas de escolha que reflitam a intenção e a necessidade dos governados. As propagandas eleitorais devem respeitar a principiologia do direito eleitoral.

Ao distanciar-se da possibilidade de ponderação e, em certa medida, perder o seu juízo crítico, o eleitor pode passar por fase de alienação. Para a democracia representativa, a alienação ou a manipulação são conceitos perigosos, podendo o emprego de técnicas inadequadas de propaganda macular, inclusive, a escolha popular de seus candidatos.

As decisões do TSE que foram analisadas demonstram que o princípio da liberdade de expressão é a baliza mais importante no contexto jurídico da propaganda eleitoral. Uma série de regras infralegais adaptam as condutas permitidas quanto ao uso das novidades tecnológicas inseridas em cada período eleitoral.

Em contraponto ao princípio da liberdade de expressão, tem-se o arcabouço principiológico também estabelecido. Destaca-se deste, nos julgados analisados, o princípio da isonomia entre os candidatos, de modo que o uso indiscriminado dos meios de comunicação e das técnicas de persuasão não excedam o limite legal estabelecido em cada período permitido para a divulgação de propaganda eleitoral.

REFERÊNCIAS

ABRANET. **IBGE**: 40 milhões de brasileiros não têm acesso à Internet. Disponível em: https://www.abranet.org.br/Noticias/IBGE%3A-40-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-Internet-3345.html?UserActiveTemplate=site#.Yb5uLllv_IU. Acesso em: 18.12.2021.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência”. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. N.17. Jan/mar 2009.

BARTOLOMEU, Thales. **O uso da big data e algoritmo nas eleições**. 3º Encontro de GTs de Graduação - Comunicon, realizado no dia 10 de outubro de 2018.

BIOLCATI, Fernando. **Internet, fake news e responsabilidade civil nas redes sociais**. São Paulo: Almedina, 2022.

BRANCO, Paulo Gustavo, G. et al. **Eleições e Democracia na Era Digital**. (Coleção IDP). Porto: Grupo Almedina, 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>, acesso em 21.08.2022.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para eleições. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm, acesso em 21.08.2022.

BRASIL. TSE. **Empresário é multado por contratar Facebook para impulsionar conteúdos**. Disponível em <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Setembro/empresario-e-multado-por-contratar-facebook-para-impulsionar-conteudos?SearchableText=LUCIANO%20HANG>, acesso em 18.12.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 21/2020** – Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Disponível em: [prop_mostrarintegra;jsessionid=node0iypbvqvo9f7n10ghmp1um3c5u8177372.node0 \(camara.leg.br\)](https://www.camara.leg.br/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0iypbvqvo9f7n10ghmp1um3c5u8177372.node0(camara.leg.br)), acesso em 18.12.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Grupo de trabalho consolida toda a legislação eleitoral em uma só proposta**. Brasília: Agência Câmara de Notícias, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/797472-grupo-de-trabalho-consolida-toda-a-legislacao-eleitoral-em-uma-so-proposta/>. Acesso em 18.12.2021.

Código de campo alterado

BRASIL. TSE. **Acórdão em Agravo em Recurso Especial eleitoral nº 060022853**, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Tomo 171, Data 16.09.2021.

BRASIL. TSE. **Acórdão em Recurso Especial eleitoral nº 060004534**. Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Tomo 34, Data 04.03.2022.

BRASIL. TSE. **Acórdão em Recurso Especial eleitoral nº 060039674**. Relator(a) Min. Alexandre de Moraes, Publicação: DJE - Tomo 48, Data 21.03.2022.

BRASIL. TSE. **Acórdão em Agravo em Recurso Especial eleitoral nº 060009526**. Relator(a) Min. Carlos Horbach, Publicação: DJE - Tomo 61, Data 05.04.2022.

BRASIL. TSE. **Acórdão em Recurso Especial eleitoral nº 060027662**. Relator(a) Min. Benedito Gonçalves, Publicação: DJE - Tomo 84, Data 10.05.2022.

DAHL, Robert. **Um prefácio à teoria democrática**. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1989.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano: uma breve história do século XXI**. 3ª. ed. Companhia das Letras: São Paulo, 2014.

HAWKINS, Del. **Comportamento do consumidor**. Baueri: Grupo GEN, 2018.

LOUREIRO, Robson; GONÇALVES, Emerson. (Semi)formação no contexto das fake news e da pós-verdade na sociedade excitada – de Adorno a Türcke. **Educação em Revista** |Belo Horizonte, v.37, 2021.

MACEDO DE MEDEIROS, Nayara. Democracia Clássica e moderna: discussões sobre o conceito na teoria democrática. **Revista Eletrônica de Ciência Política**, vol. 6, n.2, 2015, Curitiba: UFPR, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus** (Pandemia Capital) Boitempo Editorial. Edição do Kindle, 2021.

SARLET, Ingo; SARMENTO, Daniel. As lacunas constitucionais e sua exposição. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 29-58, jul./dez. 2012.

SOUSA, Pedro H; ALVES, Fabrício. **Stealth marketing**: captura ilícita do consumidor por meio de estratégias sociopsicológicas. In: Direito, Estado e sociedade. Rio de Janeiro: PUC, 2021.

SOUZA, Ademar Borges de. Pontes de transição entre direito e política: sentenças aditivas na experiência recente do STF. *In*: **Revista Publicum** Rio de Janeiro, Número 2, 2016, p. 74-111.

SOUZA, Felipe. **Anitta apoia Lula: qual é o peso do voto de celebridades na eleição**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-62130784>, acesso em 29.08.2022.

VELLOSO, Carlos Mário da S.; AGRA, Walber de M. **Direito eleitoral** - propaganda eleitoral. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

WEYNE, B. C. **O Princípio da dignidade humana**. São Paulo: Saraiva, 2013.