

Anna Mendes: Novo conceito de propaganda eleitoral antecipada

16/04/2018

A questão da propaganda eleitoral antecipada sempre foi um ponto tormentoso no Direito Eleitoral brasileiro, por representar uma limitação à liberdade de expressão dos pretensos candidatos e, por via indireta, uma limitação ao direito à informação dos eleitores. Entretanto, justifica-se a existência de um marco temporal para a veiculação da propaganda eleitoral como uma forma de observar a igualdade de condições entre os postulantes aos cargos eletivos.

No caso brasileiro, a legislação nunca definiu o que seria uma “propaganda eleitoral”, mas tão somente fixou o termo a partir do qual sua veiculação seria permitida, de modo que a definição coube ao Tribunal Superior Eleitoral (PECCININ, 2013).

Assim, nos termos do Acórdão 15.372, de 15.04.1999, de relatoria do ministro Eduardo Alckmin, que é o paradigma do tema (ROLLO, 2004), adotou-se um conceito tripartite de propaganda eleitoral, que passou a ser entendida como “aquela que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou as razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício da função pública”.

O relator pontuou ainda que, “sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal, apta, em determinadas circunstâncias a configurar abuso de poder econômico, mas não propaganda eleitoral”.

Esse conceito tripartite, apesar de bastante abrangente, foi ainda mais dilatado pela jurisprudência do TSE, que evoluiu para entender que também seria possível uma *propaganda eleitoral antecipada subliminar*, de modo que, para que fosse configurada, não deveria ser observado tão somente o texto dessa propaganda, “mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance de divulgação [...]”[1].

Assim, observou-se que um conceito demasiadamente abrangente de propaganda eleitoral antecipada, somado à possibilidade de configuração de propaganda implícita ou subliminar, praticamente engessou o rol de ações permitidas aos políticos fora do marco temporal fixado.

O professor Olivar Coneglian chegou a afirmar que o tema da propaganda eleitoral antecipada estaria “coberto pelo manto da insensatez”. Para ele “é certo que existe um tempo legal para se fazer propaganda, mas também é certo que o político precisa se expor, deve se mostrar aos eleitores para se fazer conhecido. Proibir isso é como proibir o político de existir” (CONEGLIAN, 2014).

Sendo assim, a consequência de tantas restrições ao tema da propaganda eleitoral antecipada foi reservar qualquer debate sobre a política e as eleições para o antigo período de apenas três meses antes do pleito. Não parece crível que o sujeito decida o futuro da sua nação, estado ou

município em três meses. E tampouco seria crível que o fizesse em 45 dias, com a atual mudança legislativa (art. 36, Lei 9.504/97, com redação dada pela Lei 13.165/2015).

Diante deste cenário restritivo, o legislador começou a flexibilizar o tema da propaganda eleitoral extemporânea já com a Lei 12.034 de 2009, que incluiu o art. 36-A na Lei das Eleições, a fim de indicar condutas que, ainda que praticadas antes do termo legal, não caracterizariam propaganda eleitoral antecipada. Entretanto, as alterações introduzidas ainda foram insuficientes frente à necessidade de ampliação do debate político.

Dessa forma, a Lei 13.165 de 2015 veio lapidar o raciocínio inaugurado pela 12.034/2009, ampliando ainda mais as condutas específicas que não configuram propaganda extemporânea e aumentando o leque de possibilidades dos pré-candidatos, representando um verdadeiro rompimento com o conceito tripartite de propaganda trazido pela jurisprudência.

Conceito inaugurado pela Lei 13.165/2015

A Lei 13.165, promulgada pela então presidente Dilma Roussef em agosto de 2015, alterou diversos institutos do Direito Eleitoral e, especialmente, o art. 36-A da Lei 9.054/97, para afirmar categoricamente que a *menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais do pré-candidato não configuram propaganda antecipada, desde que não envolva pedido explícito de votos*.

Ainda, o seu parágrafo 2º afirma ser permitido, nas ações das hipóteses dos incisos I a IV, “o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver”.

Há posicionamento doutrinário no sentido de que essa ampliação nas formas de expressão permitidas antes do marco legal se deve à redução do prazo da campanha em 40 dias[2], o que se mostra perfeitamente razoável dentro do ideário de que a propaganda eleitoral e a pluralidade de ideias no debate eleitoral são essenciais para o processo democrático.

Assim, uma redução tão considerável no tempo de campanha e, conseqüentemente, de propaganda, não poderia deixar de vir acompanhada de medidas que promovessem o debate e a ampla circulação de ideias.

De todo modo, com a nova redação do *caput* do art. 36-A e parágrafos, parece correto entender que toda a jurisprudência dos tribunais acerca do conceito de propaganda extemporânea está superada. A lei, ao afirmar que a menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais não configuram propaganda antecipada, conseqüentemente entende que tais práticas caracterizam, portanto, atos de promoção pessoal.

A Lei 13.195/2015 propõe ampla flexibilidade da promoção pessoal na fase da pré-campanha, cuja única vedação passa a ser o pedido *expresso de votos*. Por sua vez, a figura do pedido implícito de votos deixa de ser observada para a caracterização de propaganda extemporânea, uma vez a legislação passa a permitir o pedido de apoio político e, como bem definiu Arthur Rollo (2016), “o pedido de apoio político acaba sendo um pedido implícito de voto”.

Esse, inclusive, foi o entendimento adotado pelo TSE recentemente, quando da análise da representação por propaganda eleitoral antecipada 11541 (julgada em 5 de dezembro de 2017). Segundo o acórdão, a temática da propaganda tida por implícita foi substancialmente mitigada, “ante a vedação apenas ao pedido explícito de votos e com permissão da menção à pré-candidatura, exposição de qualidades pessoais e até mesmo alusão a plataforma e projetos políticos (art. 36-A, I)”[3]. Ultrapassada a caracterização de propaganda eleitoral antecipada, ainda devem ser respondidas outras questões fundamentais.

Os atos de promoção pessoal podem ter custos?

Como dito, a Lei 13.165/2015 aumentou consideravelmente o leque de ações que, realizadas no período pré-eleitoral, não caracterizam a prática de propaganda eleitoral extemporânea, mas sim atos de mera promoção pessoal. Diante de tamanha inovação, surge na academia o questionamento acerca dos custos que esses atos de promoção pessoal poderiam importar e se deles caberia algum controle por parte da Justiça Eleitoral, vez que, como não são atos de campanha, não estão sujeitos à prestação de contas eleitoral.

Notadamente, houve apenas uma hipótese em que o legislador da minirreforma de 2015 se referiu aos custos de atos do período pré-eleitoral (art. 36-A, VI), na qual prevê a possibilidade do pré-candidato participar “de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias”, e delimita que estas devem ser “*a expensas de partido político*” (grifo nosso).

Desse modo, em relação a este ponto, é certo que tais reuniões devem ingressar na prestação de contas do partido. Por um lado, a problemática desses gastos recebeu uma solução, mas, por outro, pode continuar a engessar a atividade do pré-candidato, principalmente daquele que disputa o pleito por meio do sistema proporcional, vez que a verba partidária raramente o contempla.

Teme-se que a ausência de previsão legal sobre o custeio dos atos em fase de pré-campanha faça com a jurisprudência caminhe no sentido de entender que só seriam permitidos os atos de promoção pessoal que não importem em custos, o que se mostraria bastante perigoso, pois é difícil enumerar uma atividade da vida moderna que não represente um custo.

A omissão legislativa não pode significar proibição, mas, ao contrário, é permissão, conforme se extrai do princípio da legalidade (art. 5º, II, CRFB).

Ora, se o legislador entende que os atos de promoção pessoal são legais, não são atos de propaganda extemporânea e não tem o condão de ferir a isonomia entre os postulantes a cargo público, estes não podem ser punidos e proibidos apenas por possuírem um custo.

O homem público pode escolher gastar os seus recursos como bem entender, desde que não sejam atividades ilícitas, inclusive com atos para promover e projetar a sua imagem. Entender de maneira diversa é esvaziar o conteúdo da norma e, mais uma vez, trazer para o âmbito da propaganda eleitoral um ativismo judicial infundado e que o legislador vem, sucessivamente, rechaçando.

Não se propõe aqui que os atos de promoção pessoal sejam alheios ao controle jurisdicional. Acredita-se, apenas, que os atos de promoção pessoal são livres, em todas as suas formas, desde que não contenham pedido explícito de voto.

Por outro lado, caso se constate que recursos financeiros foram gastos em abundância, de modo a verdadeiramente desequilibrar o pleito, caberá a intervenção da justiça eleitoral para coibir, aí sim, o abuso do poder econômico, devidamente apurado no bojo de uma ação de investigação judicial eleitoral (art. 22, LC 64/90).

O que não deve ser tolerado é que qualquer conduta do pré-candidato que implique um aporte financeiro seja proibida. Isso é o que o legislador não proibiu e, por óbvio, não caberá ao poder judiciário proibir.

As vedações à propaganda em geral são aplicáveis aos atos de promoção pessoal?

Outro ponto controvertido diz respeito à incidência na fase da pré-campanha das vedações impostas à propaganda eleitoral em geral. Em suma, questiona-se a possibilidade de veiculação de promoção pessoal através dos meios e formas que são proibidos na época de campanha eleitoral.

Para ilustrar melhor essa problemática, tem-se o caso do Recurso Eleitoral 396[4], em que o Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco condenou uma pré-candidata à multa de R\$ 5.000 por ter veiculado mensagem em *outdoor* no período pré-eleitoral. Neste caso, o *outdoor* exibia a imagem da pré-candidata e mensagem de felicitação, em razão de seu aniversário, assinada por amigos.

A corte regional eleitoral reconheceu tratar-se de ato de pré-campanha e, ainda assim, concluiu por aplicar multa prevista no art. 36, § 3o, por entender que o ato foi praticado em meio proibido pela legislação eleitoral, qual seja, *outdoor*, conforme vedação do artigo 39, § 8o, da lei 9.504/97.

A decisão fundamentou-se na ideia de que deveria existir uma interpretação sistêmica da lei, não se podendo admitir "atos de pré-campanha por meios de publicidade vedados pela legislação no período permitido da propaganda eleitoral", e acrescentou que "tais atos devem seguir as regras da propaganda, com a vedação adicional de pedido explícito de voto". Entretanto, esta não parece a melhor solução para a questão.

Inicialmente, sabe-se que artigo 39, § 8o, da Lei 9.504/1997, proíbe a *propaganda eleitoral mediante outdoors*. Sendo assim, atos de mera promoção pessoal, dentro das novas balizas do art. 36-A, não se sujeitam a esse modal, por não configurarem propaganda eleitoral nem mesmo na modalidade extemporânea.

Assim, conclui-se que apenas são vedados e passíveis de sanção os *outdoors* que veiclem a propaganda eleitoral ainda que antecipada, excluindo, por óbvio, os de promoção pessoal, que não contenham pedido expresso de votos.

Em apertada síntese, a lei não tratou atos de promoção pessoal como se fossem atos de propaganda eleitoral e, por isso, não parece razoável imaginar que o legislador teria imposto as

proibições de uma a outra. Ademais, é incabível admitir qualquer tipo de proibição implícita, o que violaria, novamente, o princípio da legalidade (art. 5º, II, CRFB).

Isso não se aplica apenas ao uso de *outdoors*, mas a todas as vedações que incidem sobre a propaganda eleitoral em geral. Entender de forma diversa do disciplinado pelo legislador seria fazer uso da analogia para punir e ir além da disposição legal, o que não merece ser tolerado. Sendo assim, a solução da questão das vedações à promoção pessoal precisa ser lida sob a ótica da legalidade da propaganda e da liberdade de propaganda e de informação.

O legislador entendeu que a flexibilização dos atos de promoção pessoal não fere a isonomia entre os postulantes a cargo público e fez uma escolha pela liberdade de expressão e manifestação, que deve, portanto, vir a ser respeitada no âmbito jurisprudencial.

Em razão de todo o exposto, conclui-se que a Lei 13.165/2015 propõe ampla flexibilidade dos atos de promoção pessoal na fase da pré-campanha, permitindo, inclusive, o pedido implícito de votos. Entretanto, apesar do avanço legislativo, ainda existem pontos controvertidos que precisam ser lidos à luz dos princípios constitucionais de liberdade e legalidade, sob pena do engessamento do debate político.

Trata-se de uma análise dos principais pontos do artigo “O Novo Conceito da Propaganda Eleitoral Antecipada: Uma leitura à luz dos princípios da Liberdade e da Legalidade”, anteriormente publicado na Revista Estudos Eleitorais, do TSE (v. 12, n. 3., Fls. 23 à 47).

Veja mais em: http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_v12-n3.pdf

Referências

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral: eleições 2014*. 12ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PECCNIN, Luiz Eduardo. *Princípio da liberdade da propaganda política, propaganda eleitoral antecipada e o artigo 36-A da Lei Eleitoral*. Paraná Eleitoral, Paraná, v. 2, n. 3. 2013.

ROLLO, Alberto. *Propaganda eleitoral: teoria e prática* – 2ª ed. rev. e atual – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROLLO, Arthur. Mudanças recentes na lei eleitoral geram inseguranças a operadores do Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-31/mudancas-lei-eleitoral-gera-inseguranca-operadores-direito>>. Acesso em: 14/6/2016.

[1] TSE. Ac 19.905, rel. min Fernando Neves. 25/2/2003.

[2] Veja: ROLLO, Arthur. Mudanças recentes na lei eleitoral geram inseguranças a operadores do Direito. Disponível em :<<http://www.conjur.com.br/2015-out-31/mudancas-lei-eleitoral-gera-inseguranca-operadores-direito>>. Acesso em: 14/6/2016.

[3] Foram vencidos os ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux e Napoleão Nunes Maia Filho.

[4] TRE-PE. RE 3-96.2016.6.17.0135, Relator: des. Paulo Victor Vasconcellos de Almeida. Julg: 8/4/2016.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-abr-16/anna-paula-mendes-conceito-propaganda-eleitoral-antecipada/>