

O NOVO CONCEITO DE PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA: UMA LEITURA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE E DA LEGALIDADE¹

THE NEW CONCEPT OF EARLY ELECTORAL PROPAGANDA: A READING UNDER THE LIGHT OF THE PRINCIPLES OF FREEDOM AND LEGALITY

ANNA PAULA OLIVEIRA MENDES²

RESUMO

A propaganda eleitoral no Brasil apenas é considerada lícita se ocorrer dentro do lapso temporal estabelecido em lei, e a prática de propaganda antecipada é capaz de ensejar multa pecuniária. A vedação temporal para a prática da propaganda busca garantir a igualdade entre os candidatos, mas a isonomia não é direito absoluto e não pode cercear a liberdade de expressão e informação. A Lei nº 13.165/2015 buscou equalizar os princípios da liberdade e da isonomia e ampliou o rol de condutas que configuram promoção pessoal. O objetivo do presente trabalho é contribuir com a discussão acerca dos novos limites da propaganda antecipada, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, e conclui que as leituras de pontos controversos devem se dar à luz dos princípios da liberdade e da legalidade.

Palavras-chave: Propaganda eleitoral. Propaganda antecipada. Liberdade de propaganda.

ABSTRACT

The electoral propaganda is only legal whether it takes place within the period pre-established by this law, and the early propaganda practice may give rise to a monetary penalty. The temporal prohibition on the propaganda practice seeks to ensure equality between candidates, but equality is not an absolute right, and shall not restrict freedom of speech and information. The law 13.165/2015 tempted to equalize the principles of freedom and equality and expanded the list of behaviors that constitute personal promotion. The objective of this study is to contribute to the doctrinal discussion about the new limits of early propaganda, through doctrinal and jurisprudential research, and conclude that the readings of controversial points should be given under the light of the principles of freedom and legality.

Keywords: Electoral Propaganda. Early Propaganda. Freedom of Propaganda.

1 Introdução

A propaganda político-eleitoral está intrinsecamente ligada ao ideal do Estado democrático de direito. A verdadeira observância à pluralidade de opiniões políticas e à

¹ Artigo recebido em 21 de maio de 2017 e aprovado para publicação em 8 de outubro de 2017.

² Mestranda em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), bacharel em Direito também pela UERJ e advogada pública.

legitimidade de um governo representativo pressupõe o enriquecimento do debate eleitoral e a participação consciente dos cidadãos, o que se conquista também mediante propaganda política, que fará, por sua vez, com que o eleitor tenha acesso às ideologias e propostas do candidato. Em contrapartida, o candidato depende da propaganda para se tornar conhecido e, conseqüentemente, conquistar votos; assim, as capacidades eleitorais ativa e passiva dependem da propaganda política para serem plenamente exercidas (ROLLO, 2012).

Não é por outra razão que a propaganda política goza de tempo gratuito na televisão e no rádio e é custeada, também, pelo dinheiro público. Portanto, o pressuposto de que a propaganda política é elemento caro ao Estado democrático de direito revela que ela merece ser lida sob a ótica dos princípios da liberdade e da legalidade, não o contrário.

O presente trabalho tem como escopo explicar o novo modelo de propaganda eleitoral antecipada inaugurado pela lei minirreforma eleitoral de 2015, a Lei nº 13.165, e o significado de uma verdadeira ruptura em relação ao modelo anteriormente adotado, representando uma opção legislativa pelas liberdades constitucionais de propaganda, expressão e comunicação.

2 Propaganda eleitoral

2.1 Fundamentos e princípios da propaganda política

A propaganda política deriva dos princípios constitucionais da liberdade de expressão, de informação e do ideal republicano, bem como advém da ideia da soberania popular e do pluralismo político, fundamentos da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 1º, V e parágrafo único da Constituição Federal.

Para Neves Filho, a propaganda política é o desdobramento do direito fundamental de liberdade de expressão na esfera política e, por isso, impõe a “abstenção dos destinatários passivos (Estado e particulares), inclusive em editar normas legais e infralegais que a limitem; como também autoriza a busca pelo cumprimento efetivo dos direitos a prestações” (FILHO, 2012, p. 22). Entre essas prestações, pode-se citar o direito de antena, consistente na propaganda política gratuita no rádio e na televisão.

Fávila Ribeiro, por sua vez, entende que, quanto às eleições, a liberdade de propaganda se tornou “condição básica do processo eleitoral, garantindo a persistência de seguro esquema para funcionamento da competição democrática” (RIBEIRO, 1986, p. 294).

Revisados os fundamentos da propaganda política, deve-se ater aos princípios pertinentes ao tema. Com o advento da doutrina do neoconstitucionalismo, entendeu-se que a Constituição possui força normativa e que os seus princípios devem irradiar para todos os ramos do ordenamento (BARROSO, 2010), os quais, por essa razão, também se observam na disciplina do Direito Eleitoral.

Utilizando a classificação de José Jairo Gomes, são apontados os seguintes princípios específicos da propaganda política: a legalidade, a liberdade de expressão e de informação, a veracidade, a isonomia, a responsabilidade e o controle judicial (GOMES, 2016). A aplicação dos princípios de liberdade no âmbito da propaganda é essencial para a melhor leitura deste instituto.

O princípio da legalidade da propaganda significa que a propaganda eleitoral é regulada exclusivamente por lei federal. São consequências desses princípios, ainda, que “se determinado tipo de propaganda não possui regulamentação nem se enquadra em qualquer dispositivo legal vigente, é propaganda lícita” e o fato de que “qualquer vedação a determinado tipo ou determinada forma de propaganda deve ser expressa” (CONEGLIAN, 2014, p. 68).

Em relação ao princípio da liberdade de expressão e de informação, ensina Coneglian (2014, p. 68): “a propaganda é livre, na forma disposta na lei. Entende-se que tudo que a lei não veda é livre”. No mesmo diapasão, Jairo Gomes afirma que, “desde que se respeitem os limites legais, há liberdade quanto à criação da mensagem a ser veiculada na propaganda” (GOMES, 2016, p. 416).

2.2 A Propaganda eleitoral como subespécie da propaganda política

Fávila Ribeiro conceitua propaganda como “um conjunto de técnicas empregadas para suggestionar pessoas na tomada de decisão” (RIBEIRO, 1986, p. 289). Assim, o objeto da propaganda é amplo – a tomada de decisão –, razão pela qual se observa nas diversas esferas da vida humana, desde os atos mais cotidianos, como a propaganda destinada à venda de um alimento, até os atos mais singulares, tal qual a propaganda das indústrias automotiva e imobiliária, destinadas à compra de um carro ou de uma casa.

Ademais, a propaganda não visa tão somente à tomada de uma decisão de viés econômico, podendo ainda estimular comportamentos, como a prática de atividades físicas, ou até mesmo inspirar fins solidários, sendo a hipótese das propagandas de campanhas de

doações de agasalhos em épocas de inverno³. Portanto, é numa sociedade cercada por propaganda que esta também encontra espaço na atividade política.

A doutrina costuma entender a propaganda política como gênero cujas espécies são quatro: a propaganda partidária, a propaganda intrapartidária, a propaganda institucional e propaganda eleitoral propriamente dita.

2.2.1 A Propaganda partidária

A propaganda partidária tem expressa previsão constitucional (art. 17, § 3º, Constituição Federal)⁴ e recebeu regulamentação no art. 45, I a IV, da Lei nº 9.096/1995, a chamada Lei dos Partidos Políticos, cujo conteúdo taxativamente deve: i) difundir os programas partidários; ii) transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com este relacionados e das atividades congressuais do partido; iii) divulgar a opinião do partido em relação a temas político-comunitários; e iv) promover e difundir a participação feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% do programa e das inserções.

Segundo Olivar Coneglian (2014, p. 418),

A propaganda político-partidária busca discutir temas sociais, programas ou metas do partido e tem o objetivo de conquistar simpatias para as cores partidárias ou para posições tomadas pelo partido em relação a questões sociais, políticas, filosóficas, econômicas, trabalhistas.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB) e a Lei nº 9.096/1995 apenas fazem referência à propaganda partidária na televisão e rádio (direito de antena), mas a jurisprudência já firmou entendimento da permissibilidade da propaganda partidária em outros meios de comunicação, por observância ao princípio da liberdade de expressão (GOMES, 2016). José Jairo Gomes menciona que, ante a ausência de norma específica que discipline a propaganda partidária nesses veículos, ela é lícita, desde que observe “as vedações previstas para a propaganda nas leis que disciplinam o Direito Eleitoral” (GOMES, 2016, p. 418).

As transmissões da propaganda partidária no rádio e na televisão se dão em âmbito nacional e estadual, nas formas de *cadeia* e de *inserção*. A cadeia suspende as transmissões

³ José Jairo Gomes e Olivar Coneglian fazem distinção entre o conceito de publicidade e propaganda. Enquanto a publicidade, para eles, sempre tem viés econômico, a propaganda tem uma finalidade mais ampla.

⁴ Art. 17, § 3º: “Os partidos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”.

das emissoras e vai ao ar simultaneamente em todos os canais; já a inserção pressupõe a intercalação feita na programação normal, sem a necessária simultaneidade na transmissão nos diversos veículos. Ademais, o tempo da propaganda partidária varia em função da representação parlamentar do partido, tendo como parâmetro o número de deputados federais eleitos pelo partido, segundo disciplina o art. 49 da Lei nº 9.096/1995⁵.

O art. 45, § 1º, da Lei nº 9.096/1995 engloba as vedações à propaganda partidária, sendo proibida: i) a participação de pessoa filiada a partido que não o responsável pelo programa; ii) a divulgação de propaganda de candidatos a cargos eletivos e a defesa de interesses pessoais ou de outros partidos; e iii) a utilização de imagens ou cenas incorretas ou incompletas, efeitos ou quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem os fatos ou a sua comunicação.

O desvirtuamento da propaganda partidária ou a infração aos dispositivos citados acarreta a cassação do direito de transmissão, no semestre seguinte à decisão, de tempo proporcional à gravidade da falta (art. 45, § 2º, da Lei nº 9.096/1995). Além disso, se o desvirtuamento se der em razão de veiculação de promoção pessoal de pré-candidatos ou filiados, além da punição consistente na cassação do tempo, poderá ser aplicada a multa pecuniária prevista no art. 36 da Lei nº 9.054/1997, se presentes os requisitos para a caracterização da propaganda eleitoral extemporânea. Segundo Jairo Gomes (2016, p. 422), “a dupla punição à agremiação decorre da violação de regras diversas, cada qual visando à proteção de diferentes bens jurídicos”.

2.2.3 A Propaganda intrapartidária

É aquela voltada exclusivamente para os filiados do partido político e recebe previsão no art. 36, § 1º, da Lei nº 9.054/1997, de onde se extraem as suas balizas, notadamente: a i) realização na quinzena anterior à data da convenção; ii) feita por pré-candidato com vistas à escolha do seu nome; sendo iii) vedado o uso de rádio, televisão e *outdoor*. Ainda, o art. 36-

⁵ Lei nº 9.096/1995, art. 49: Os partidos com *pele menos um representante em qualquer das casas do Congresso Nacional* têm assegurados os seguintes direitos relacionados à propaganda partidária:

I – a realização de um programa a cada semestre, em cadeia nacional, com duração de:

a) cinco minutos cada, para os partidos que tenham eleito até quatro deputados federais; b) dez minutos cada, para os partidos que tenham eleito cinco ou mais deputados federais; II – a utilização, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais, do tempo total de:

a) dez minutos, para os partidos que tenham eleito até nove deputados federais;

b) vinte minutos, para os partidos que tenham eleito dez ou mais deputados federais.

A, III, da mesma lei engloba a hipótese de “realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária”.

Como essa propaganda não se dirige aos eleitores em geral, senão aos filiados à agremiação que participarão da convenção de escolha dos candidatos que disputarão os cargos eletivos, tem-se, conseqüentemente, a vedação do uso de meios de comunicação de massa, como rádio, televisão e *outdoor* (referido art. 36). Em resposta à Consulta nº 1.673, o TSE analisou as balizas da propaganda intrapartidária, tecendo importantes considerações, como a vedação à divulgação por meio da Internet e a proibição de participação de não filiados.

No tocante às prévias partidárias para a escolha dos candidatos, a lei proíbe “a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias”, sendo, porém, permitida “a cobertura dos meios de comunicação social” (art. 36-A, § 1º, da Lei das Eleições).

2.2.4 A Propaganda institucional

Alguns importantes doutrinadores do Direito Eleitoral não entendem a propaganda institucional como espécie da propaganda política. Contudo, seguindo o entendimento de Luiz Márcio Pereira e Rodrigo Molinaro, parece coerente caracterizar a propaganda institucional como espécie da propaganda política:

Cabe observar que, geralmente, a propaganda institucional – regida pelo art. 37, § 1º, da CRFB – não é considerada, pela doutrina tradicional, espécie da propaganda política. De fato, concebida em reverência ao princípio da publicidade, tem em mira o direito de informação o qual a sociedade detém, a que corresponde o dever do Estado de informar. Entretanto, a realidade das práticas políticas reclama o reconhecimento da propaganda institucional como modalidade da propaganda política em sentido amplo, para que seja, inclusive, devidamente apartada e distinguida da propaganda eleitoral, coibindo-se os abusos que se têm verificado nos diversos níveis de governo, com o uso da máquina pública em benefício pessoal (PEREIRA e MOLINARO, 2014, p. 5).

A propaganda institucional não tem caráter eleitoral e, portanto, independe de partido político, candidato ou pré-candidato; é aquela autorizada por agente público, custeada por recursos dos entes da administração direta e indireta e destinada a divulgar, em caráter informativo e educativo, atos, programas, serviços e campanhas governamentais.

A Constituição veda que, na propaganda institucional, constem “nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos” (art. 37, § 1º, CRFB/1988), bem como a sua veiculação dentro “dos três meses que antecedem o pleito”,

exceto “em caso de grave e urgente necessidade pública, assim como reconhecida pela Justiça Eleitoral” (art. 73, VI, *b*, da Lei nº 9.504/1997).

2.2.5 A Propaganda eleitoral

A propaganda eleitoral propriamente dita é permitida após o dia 15 de agosto do ano eleitoral⁶. A lei não propõe uma definição de propaganda eleitoral, apenas fixa o seu termo inicial e regulamenta os meios, formas e possibilidades de divulgação. Logo, a conceituação cabe à vasta doutrina acerca do tema.

Djalma Pinto (2008, p. 242) deste modo sintetiza o conceito:

Propaganda eleitoral é aquela feita por candidatos e partidos políticos, que objetiva a captação de voto para investidura na representação popular. Está intimamente ligada a processo eletivo, sendo direcionada para captar a simpatia do eleitor por ocasião da escolha de seus representantes.

Dessa definição constam os dois conceitos que estão na essência da ideia de propaganda eleitoral: processo eletivo e voto. Em apertada síntese, pontua Olivar Coneglian (2014, p. 29): “a propaganda eleitoral é aquela dirigida diretamente à conquista do sufrágio para determinada e precisa eleição”.

A propaganda eleitoral pode ser classificada em relação à forma de realização, ao sentido e ao momento em que é levada a efeito. A forma de realização pode ser expressa ou subliminar. Em relação ao sentido, pode ser positiva ou negativa: enquanto na negativa busca-se a desqualificação dos candidatos oponentes, na positiva exalta-se o candidato. Quanto ao momento, a propaganda pode ser tempestiva, quando ocorrer dentro do período legalmente demarcado, ou extemporânea, se feita fora desse período, deste modo, sujeitando o beneficiário, quando demonstrado seu prévio conhecimento, à sanção pecuniária prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/1997⁷.

O foco deste trabalho é a propaganda eleitoral extemporânea e suas novas balizas inauguradas pela minirreforma eleitoral de 2015 (Lei nº 13.165).

⁶ Art. 36, Lei nº 9.054/1997: a propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição.

⁷ Art. 36, § 3º, da Lei nº 9.054/1997: a violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado o seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

2.3 O *iter* de transformação na caracterização conceitual da propaganda eleitoral antecipada

Conforme exposto, a propaganda se classifica, em relação ao momento em que é veiculada, como tempestiva ou extemporânea, no caso de se dar fora do marco temporal legal. Entretanto, a observância de um marco temporal nem sempre existiu no ordenamento brasileiro, pois trata-se de uma figura relativamente recente, da época da ditadura militar brasileira, que teve fim em 1985.

O art. 240 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) instituiu o conceito de propaganda antecipada, tendo sido votado no Congresso Nacional sob a égide do Ato Institucional nº 1 (ROLLO, 2004). Segundo Alberto Rollo, a vedação à propaganda fora do marco temporal teve o escopo de “subordinar o candidato aos ditames do partido, impedindo-o de projetar-se como candidato” (ROLLO, 2004, p. 48).

Ainda nesse diapasão, ensina o professor Alberto Rollo (2004, p. 48):

Essa é a razão, no dizer do prof. Francisco Prado, pela qual “o texto legal abrigou apenas o preceito – a vedação da conduta, deixando o seu sancionamento às normas internas de cada partido. No fundo, o que se pretendeu foi conter a irradiação dos prestígios individuais contrários ao regime, por via do controle partidário, razão pela qual a instauração do sistema bipartidário foi o passo seguinte na trilha desse propósito”.

O bem jurídico consagrado no preceito foi, em verdade, o da autoridade partidária, então reforçado. O legislador pós-Constituição de 1988 estabeleceu o mesmo preceito, somente com sanções administrativas, nas leis nºs 8.713/1993, 9.100/1995 e 9.054/1997, todas de natureza eleitoral.

Dessa forma, parece claro que o intuito de regular a propaganda para proibi-la durante determinado período teve caráter eminentemente censurador e violador das liberdades de expressão, de manifestação e de pensamento, a fim de coibir o surgimento de lideranças contrárias ao regime ditatorial. Por óbvio, se a censura que perseguiu a música e as artes em geral durante o regime militar tinha caráter político, a política tampouco escaparia.

Mesmo após o fim do regime ditatorial e a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, a vedação à propaganda extemporânea permaneceu na ordem jurídica. Hodiernamente, justifica-se a ideia de um marco temporal para veiculação da propaganda em observância ao princípio da *pars conditio*.

De acordo com Eduardo Peccinin (2013, p. 332),

Concentrando a propaganda eleitoral para os três meses que antecedem o pleito, garante-se a partidos e candidatos o acesso igualitário ao rádio e a televisão, aos

eleitores o mesmo período de exposição a todas as plataformas, propostas e projetos políticos, e à Justiça Eleitoral a fiscalização da propaganda de forma mais eficaz.

Entretanto, o conceito de propaganda extemporânea nunca foi regulado pelo legislador, que tão somente fixa o termo a partir do qual ela é permitida, de modo que tal definição coube ao Tribunal Superior Eleitoral.

Ainda segundo Peccinin (2013, p. 322),

[...] Mesmo estabelecendo esse marco temporal em prol da isonomia entre os candidatos no pleito, a legislação ordinária jamais procurou conceituar objetivamente o que poderia ser considerado propaganda eleitoral, trabalho este que sempre coube à doutrina e, principalmente, à Justiça Eleitoral, seja por meio de suas decisões perante casos concretos, seja por meio de suas controversas resoluções eleitorais.

Assim, o conceito de propaganda extemporânea que é adotado pela jurisprudência até os mais recentes julgados teve como paradigma o Ac.-TSE nº 15.372, de relatoria do Ministro Eduardo Alckmin, de 15.4.1999 (ROLLO, 2004).

Desde então, adotou-se um conceito tripartite de propaganda antecipada, que a entendia 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 de função pública”. Ainda, o relator pontuou que, “sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal, apta, em determinadas circunstâncias a configurar abuso de poder econômico, mas não propaganda eleitoral”⁸.

O conceito tripartite, apesar de já bastante abrangente, foi ainda mais dilatado pela jurisprudência do TSE, que entendeu também ser possível a propaganda eleitoral antecipada subliminar, que, para ser configurada, “não deve ser observado tão somente o texto dessa propaganda, como também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance de divulgação [...]”⁹.

Essa opção era de tal maneira ampla que concluiu Coneglian (2014, p. 231): “para que uma mensagem anterior seja considerada propaganda eleitoral antecipada deve ela, quer no nível de denotação, quer no nível mais profundo de conotação, levar o eleitor a pensar na eleição”. Tal elasticidade beirava a total insegurança jurídica e dava margem aos mais

⁸ Ac.-TSE nº 15.732, rel. Min. Eduardo Alckmin, 15.4.1999.

⁹ Ac.-TSE nº 19.905, rel. Min. Fernando Neves, 25.2.2003.

diversos entendimentos jurisprudências dos juízes e tribunais regionais, uma vez que tudo em um político, ainda que ele não profira palavras, remete o eleitorado ao pleito eleitoral.

Assim, é possível afirmar que um conceito amplo acerca da caracterização da propaganda eleitoral antecipada somado à ideia da possibilidade da realização de propaganda implícita ou subliminar praticamente engessou o rol de ações permitidas aos políticos fora do marco temporal fixado, restando poucas opções válidas para os homens e mulheres públicas que desejassem manter uma proximidade com os seus eventuais eleitores.

Nas palavras de Olivar Coneglian (2014, p. 237):

O tema da “propaganda eleitoral antecipada” está coberto pelo manto da insensatez. 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. Não se concebe que o político fique em casa, quietinho, até a convenção, onde se lança como candidato, é aprovado, e volta para casa para esperar o cinco de julho.

No mais, restringir demasiadamente a exposição de pré-candidato acabava, na realidade, por ferir direitos fundamentais dos cidadãos eleitores, pois deles era podado o direito de informação e de participação no debate eleitoral, visto que a consequência de tamanho ativismo judicial no tema da propaganda eleitoral antecipada era 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 3 meses, e tampouco seria crível que o fizesse em 45 dias, com a atual mudança legislativa.

Não se questiona aqui a imposição de um termo legal para a veiculação da propaganda, já que ele se coaduna com o ideal da isonomia. O que se deve questionar é o fato de que, devido às amplas restrições e à insegurança gerada pela jurisprudência, todo o debate político seja deixado para o período fixado em lei.

Diante desse cenário, o legislador começou a flexibilizar o tema da propaganda eleitoral extemporânea já com a Lei nº 12.034/2009, que incluiu o art. 36-A na Lei das Eleições, a fim de indicar condutas que, mesmo se praticadas antes do termo legal, não caracterizariam propaganda eleitoral antecipada.

O rol de permissibilidade do art. 36-A da Lei nº 9.054/1997, segundo a redação original da Lei nº 12.034/2009, consistia em: i) participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na Internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido explícito de voto, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de

conferir tratamento isonômico; ii) realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas de partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições; iii) realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; ou iv) divulgação de atos parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral.

Citando o artigo de Luiz Eduardo Peccinin publicado na *Revista Paraná Eleitoral*:

Segundo Walber de Moura Agra, a Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, “fora criada em razão da necessidade de reformar o ordenamento eleitoral, evitando insegurança jurídica em virtude de posicionamentos judiciais divergentes e cambiantes”, levando a “um novo direcionamento da legislação eleitoral, no que alterou questões essenciais dos procedimentos adotados nas eleições, fazendo com que mandamentos normativos estabeleçam vetores que antes eram indicados por decisões judiciais” (Agra, 2012, p.56-57). Em outras palavras, ficou claro que, diante das alterações promovidas por essa reforma, o legislador ordinário procurou dar uma resposta legal ao muito criticado “ativismo” da Justiça Eleitoral (PECCININ, 2013, p. 322).

Ainda tecendo comentários à Lei nº 12.034/2009, pontua Peccinin (2013, p. 235):

[...] ao buscar a regulação específica da propaganda pré-eleitoral, o legislador procurou dar mais concretude ao princípio da liberdade da propaganda política em si, excluindo diversas situações materiais daquilo que historicamente a jurisprudência sempre considerou propaganda eleitoral antecipada, quando da análise do caso concreto. Na verdade, o próprio conceito de propaganda eleitoral antecipada é jurisprudencial, o que deixava qualquer caso de exposição pública de supostos pré-candidatos à mercê de decisões nem sempre uniformes e coerentes dos tribunais eleitorais pátrios.

No entanto, as alterações introduzidas pela mencionada lei ainda foram insuficientes frente à necessidade de ampliação do debate político. De certo, houve pontos extremamente positivos, como o reconhecimento da existência dos pré-candidatos (art. 36-A, IV, redação dada pela Lei nº 12.034/2009), o que era um tabu eleitoral¹⁰. Assim, a lei superou qualquer entendimento doutrinário contrário e abraçou a figura da pré-candidatura.

Desta feita, a Lei nº 13.165/2015 veio lapidar o raciocínio inaugurado pela Lei nº 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.

¹⁰Como exemplo, tem-se o pronunciamento do professor Alberto Rollo no sentido de que “não existem pré-candidatos, nem candidatos a candidato” (ROLLO, 2004, p. 58).

3 O modelo de *propaganda eleitoral extemporânea* inaugurado pela minirreforma eleitoral de 2015

3.1 A nova redação do art. 36-A da Lei nº 9.054/1997: regras e exceções

A Lei nº 13.165/2015, promulgada pela presidente Dilma Rousseff, em 29.8.2015, alterou dispositivos da Lei nº 9.504/1997, a chamada Lei das Eleições, da Lei nº 9.906/1995, que versa sobre os partidos políticos, e da Lei nº 4.737/1965, o Código Eleitoral. Desse modo, ficou conhecida pela doutrina como *minirreforma eleitoral de 2015*.

A exposição de motivos indica que a minirreforma tem o fulcro de “reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos partidos e incentivar a participação feminina”. Apesar de as mudanças pontuais impostas, não se deve minimizar os impactos que foram causados nas eleições municipais de 2016, principalmente no tocante à disciplina da propaganda eleitoral.

Como já exposto, no que tange à propaganda eleitoral, o legislador tão somente fixou o marco temporal a partir do qual é permitida, sem nunca conceituá-la, tarefa que coube à Justiça Eleitoral. A mudança legislativa provocada pela minirreforma de 2015, por sua vez, tampouco ousou definir o conceito de propaganda eleitoral, mas acrescentou na redação do *caput* e dos incisos do art. 36-A novas condutas que fogem à regra da vedação à propaganda fora do marco legal. *In verbis*:

Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet:

[...]

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

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

[...]

§ 2º Nas hipóteses dos incisos I a VI do *caput*, são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver.

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica aos profissionais de comunicação social no exercício da profissão.

Desta feita, observa-se que a nova redação do *caput* do art. 36-A da Lei nº 9.054/1997 expressa que a menção à pretensa candidatura e à exaltação das qualidades pessoais do pré-candidato não configura propaganda antecipada, desde que não envolva pedido explícito de votos. Ainda, o § 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 dias¹¹, 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.

3.2 A ampla flexibilidade do conceito de promoção pessoal na fase da pré-campanha e a admissibilidade do pedido implícito de voto

O Tribunal Superior Eleitoral, além de conceituar propaganda eleitoral extemporânea, também definiu, casuisticamente, quais práticas eleitorais configuravam meros atos de promoção pessoal e, portanto, excluía o beneficiário da sanção prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.054/1997¹². Em suma, o que não era propaganda extemporânea era mero ato de promoção pessoal e, por conseguinte, conduta legal.

Entre as práticas eleitorais mais comuns que se encontram na linha tênue entre a caracterização de propaganda eleitoral extemporânea e os atos de promoção pessoal, estão: i) as mensagens congratulatórias, festivas e de agradecimento; ii) o caso dos artistas candidatos e candidatos artistas; iii) a divulgação ostensiva acerca de livros de pré-candidatos; e iv) os adesivos em veículos (PEREIRA; MOLINARO, 2014). A depender da situação, os tribunais

¹¹ 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 jun. 2016.

¹² Art. 36, § 3º: A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado o seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior (redação dada pela Lei nº 12.034/2009).

eleitorais sancionavam ou não a conduta, sendo certo que a conduta era considerada legal se inexistisse qualquer possível vinculação ao pleito.

Entretanto, com a nova redação do *caput* do art. 36-A e parágrafos, parece correto afirmar que está superada toda a jurisprudência dos tribunais acerca da diferenciação desses atos e também do conceito de propaganda extemporânea. A lei, ao afirmar que a menção à pretensa candidatura e à exaltação das qualidades pessoais não configura propaganda antecipada, conseqüentemente dá a entender que tais práticas caracterizam, atos de promoção pessoal.

A Lei nº 13.195/2015 propõe, assim, uma ampla flexibilidade da promoção pessoal na fase da pré-campanha, cuja única vedação passa a ser o pedido expresso de votos.

Nesse sentido, conclui Arthur Rollo (2016):

Agora passa a ser permitida inclusive a divulgação da pré-candidatura, acompanhada do pedido de apoio político, das ações políticas pretéritas e futuras, em entrevistas e nas redes sociais, por exemplo. O que não pode acontecer é o pedido de voto. Nesse sentido, cai toda a jurisprudência do TSE a respeito da propaganda antecipada, porque o pedido de apoio político acaba sendo um pedido implícito de voto, e porque a divulgação das ações políticas visa passar ao destinatário a ideia de que o postulante é o mais apto ao exercício do cargo pretendido.

Ainda, posiciona-se José Jairo Gomes (2011, p. 443):

Tão extensas se afiguram as hipóteses arroladas nesse artigo [36-A, Lei nº 9.054/1997] (especialmente as do *caput*, dos incisos I, V e VI e do § 2º), que praticamente resta esmaecido o rigor das restrições impostas pelo art. 36 à propaganda extemporânea.

No que tange ao pedido implícito de votos, a moderníssima doutrina que se manifestou acerca das novas balizas da propaganda eleitoral antecipada pontua que a possibilidade de pedir apoio político, na prática linguística, significa pedir votos. Melhor define Arthur Rollo quando diz que “o pedido de apoio político acaba sendo um pedido implícito de voto” (ROLLO, 2016).

Na realidade, o pedido de apoio político parece ter um viés menos pragmático, no sentido de apresentar aos eleitores ideias, propostas e projetos e conclamá-los para fomentarem tais objetivos. De todo modo, na linha da jurisprudência do TSE, tais ações ou falas significavam, indubitavelmente, pedido implícito de voto.

Assim, parece claro que o legislador, além de prever que a menção à pretensa candidatura e à exaltação das qualidades pessoais não configuraria propaganda antecipada,

desde que não houvesse pedido expresso de votos, também acrescentou a permissibilidade ao pedido de apoio político (art. 36-A, § 2º) para certamente excluir das hipóteses que ensejam sanção por propaganda extemporânea aquelas oriundas de propaganda subliminar ou implícita. Buscou retirar, portanto, a aplicabilidade de sanção com base na ideia de pedido implícito de voto.

José Jairo Gomes sintetizou deste modo (2016, p. 434):

À luz do transcrito artigo 36-A, *caput*, no período anterior a 16 de agosto do ano das eleições, não há óbice à “menção à pretensa candidatura”, tampouco à “exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos”. E mais: nos termos do inciso I, não é vedada a participação de filiados a partidos e pré-candidatos “em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na Internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos”. Também são permitidos “o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver” (§ 2º).

Quanto ao “pedido de voto”, a vedação constante do *caput* do art. 36-A abrange apenas a que ocorre de forma explícita, não, porém, a que se dá de forma implícita, subjacente à comunicação.

Mais uma vez, observa-se que o legislador inovou na disciplina e superou, desse modo, ampla jurisprudência das cortes eleitorais, privilegiando os ideais de liberdade de expressão e informação.

4 Pontos controvertidos da propaganda eleitoral antecipada

4.1 A problemática em relação aos custos dos atos de promoção pessoal

De certo, não restam dúvidas de que Lei nº 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 caberia algum controle desses gastos por parte da Justiça Eleitoral, uma 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, da Lei nº 9.054/1997), na qual prevê a possibilidade de o 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 elas devem ser “*a expensas de partido político*” (grifo nosso).

Desse modo, em relação a tal ponto, é certo que as 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, já 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 que a jurisprudência se encaminhe 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; 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 têm o condão de ferir a isonomia entre os postulantes a cargo público, eles 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, 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, nesse caso, o abuso do poder econômico, devidamente apurado no bojo de uma ação de investigação judicial eleitoral (art. 22, LC nº 64/1990).

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 fazê-lo.

4.2 As vedações à propaganda em geral aplicáveis à pré-campanha: uma análise à luz do princípio da liberdade e legalidade da propaganda

A Lei nº 13.165/2015 traz à discussão outro ponto controvertido, que 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 se utilizando dos meios e formas que são proibidos na época de campanha eleitoral.

Para ilustrar melhor essa problemática, tem-se o caso do Recurso Eleitoral nº 396¹³, em que o Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco condenou uma pré-candidata à multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por ter veiculado mensagem em *outdoor* no período pré-eleitoral.

No caso em tela, 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 a multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.054/1997 por entender que o ato foi praticado em meio proibido pela legislação eleitoral, qual seja, *outdoor*, conforme vedação prevista no art. 39, § 8º, da mesma lei¹⁴.

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 nela acrescentou-se que "tais atos devem seguir as regras da propaganda, com a vedação adicional de pedido explícito de voto".

Para a contribuição ao debate, parece que os pontos levantados neste trabalho auxiliam na elucidação da questão.

O primeiro ponto que deve ser levado em consideração é que o art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/1997 proíbe a *propaganda eleitoral mediante outdoors*. Assim, atos de mera promoção pessoal, dentro das novas balizas do art. 36-A da Lei das Eleições, por não configurarem propaganda eleitoral nem mesmo na modalidade extemporânea, não se sujeitam a esse modal.

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

¹³ TRE/PE. RE nº 3-96.2016.6.17.0135, relator Des. Paulo Victor Vasconcellos de Almeida. Julgado em 8.4.2016 e publicado no DJ 14.4.2016.

¹⁴ Art. 39, § 8º, da Lei nº 9.504/1997: "Na Internet, é vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga".

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 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.

Portanto, a solução do questionamento sobre as 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, por isso, vir a ser respeitada no âmbito jurisprudencial.

5 Conclusão

A propaganda eleitoral, subespécie do gênero propaganda política, difere das outras espécies por visar à obtenção do voto para pleito eleitoral específico. Entretanto, além do objeto imediato da captação do sufrágio, é inegável o seu viés informativo e educacional, que se torna indispensável para o exercício pleno da capacidade eleitoral ativa, pois leva ao eleitor à pluralidade de ideias e de propostas, além de fomentar o debate cívico.

Desde a Lei nº 12.034/2009, o legislador buscou apresentar respostas ao ativismo judicial na caracterização da propaganda extemporânea, cujo conceito se mostrava cada vez mais abrangente e impreciso. Assim, neste primeiro momento, foi definido um rol taxativo de condutas da vida política que não caracterizavam ato de propaganda eleitoral antecipada, bem como foi dada previsão legal à figura do pré-candidato.

Todavia, essa primeira flexibilização não foi suficiente, de modo que a Lei nº 13.165/2015 propôs um conceito totalmente novo do que seria a propaganda eleitoral extemporânea, sendo a proibição ao pedido expresso de voto a única vedação precisa para os atos de promoção pessoal no período pré-eleitoral.

Conclui-se que a minirreforma eleitoral de 2015 propõe uma ampla flexibilidade da 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.

Referências

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral: eleições 2014*. 12. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política*. Belo Horizonte: Fórum: 2012.

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

PEREIRA, Luiz Márcio; MOLINARO, Rodrigo. *Propaganda política: questões práticas relevantes e temas controvertidos da propaganda eleitoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal: noções gerais*. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2010.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

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

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. A importância ambiental da propaganda eleitoral. *Paraná Eleitoral*, v. 1, 2012.

_____. *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 jun. 2016.