

PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA:

A propaganda eleitoral extemporânea e a liberdade de expressão

Rogério Takayassu Lemos*

RESUMO:

A presente Monografia buscou demonstrar que na proporção geométrica em que proliferam profissionais de propaganda política, a legislação eleitoral evolui em progressão aritmética aperfeiçoando seus institutos jurídicos para que a legislação não se torne obsoleta, cabendo ao Magistrado no empenho muitas vezes solitário do ativismo judicial, da Justiça Eleitoral preventiva, corretiva e inovadora deve defender a todo custo o princípio de igualdade de condições e oportunidades entre todos os candidatos, para que não resulte em contaminação de todo o pleito antes mesmo do registro da candidatura.

Procuramos estabelecer alguns conceitos sobre as diversas formas de propaganda eleitoral subliminar da qual é espécie do gênero propaganda política, comentamos uma classificação simplificada das diversas formas de propaganda eleitoral. Buscamos frisar de maneira singela alguns elementos mais constantes da propaganda eleitoral subliminar, como a pré-candidatura, o prévio conhecimento e o registro definitivo da candidatura na aplicação da multa cível eleitoral. Citamos alguns acórdãos em que se pode verificar toda criatividade do consultor de marketing eleitoral para projetar a imagem de seu candidato, para convencer o eleitor e conquistar o seu voto. Finalizamos com propaganda eleitoral na internet e as lacunas na legislação eleitoral.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral, preventiva, corretiva e inovadora, Propaganda política, propaganda eleitoral subliminar. Projeção da imagem do candidato sobre o eleitorado. Liberdade de expressão. A internet e a legislação eleitoral.

1. INTRODUÇÃO

A propaganda política no Brasil, atravessou o regime militar, o processo de redemocratização do país e atualmente com a liberdade de expressão, consolida-se no Estado Democrático de Direito.

A mordaza da censura prévia antes a serviço do regime militar, foi ao longo do processo de redemocratização sendo substituída pela fiscalização do cidadão- eleitor através do poder de polícia do Magistrado, proporcionalmente aplicado com os princípios da legalidade e da liberdade de expressão, e demais garantias constitucionais como os direitos da pessoa humana e o direito de reunião, associação.

Com a revolução industrial surge em todo o mundo, um novo tipo de mercado abstrato, com alto grau de convencimento do destinatário final (o povo) denominado marketing político. Considerando que o acesso aos cargos políticos é marcado pela alternância de determinados grupos no poder, também vislumbrou na propaganda política e no marketing eleitoral uma forte ferramenta de convencimento do principal destinatário do poder : o eleitor.

O bombardeio de informações diárias com o rompimento da fronteira final da internet, e a evolução crescente em escala de progressão geométrica dos meios de comunicações, situações ocorrerão em que a propaganda eleitoral atingirá a lacuna da lei, cabendo ao Juiz Eleitoral e ao Promotor de Justiça para suprir tal falta agir de ofício, dentro da legalidade no exercício do poder de polícia (poder geral de cautela) “ em escala da progressão aritmética” que permitem o ordenamento jurídico restaurar a ordem e tranquilidade públicas violadas na supremacia do interesse público e da democracia.

Se por um lado, todo o aparato legal dos princípios da propaganda eleitoral (da legalidade, da liberdade, da proibição da pré-candidatura, da responsabilidade, da igualdade formal, da disponibilidade e do controle judicial), bem como de leis ordinárias, Resoluções dos Tribunais Eleitorais se prestam a autorizar que candidatos e partidos políticos se utilizem a liberdade de expressão da maneira mais ampla possível, por outra vertente os eleitores tem o direito à informação à respeito das idéias defendidas por cada um dos candidatos sem terem seus direitos adquiridos atingidos.

A informação tem seus limites não devendo atingir a intimidade (vida particular) dos candidatos, servindo muitas vezes como instrumento para ataques pessoais, durante a campanha eleitoral, pois “a imprensa cria monstros e vestais” segundo o Professor Thales Tácito, citando a escritora Anna Lee uma vez que tais fatos quando propagados na mídia é quase impossível de restauração pelo direito de resposta. (no livro “O beijo da morte”. RJ Objetiva, 2.003).

Abordamos neste trabalho monográfico os conceitos de propaganda política bem como mencionamos uma classificação com as espécies de propaganda eleitoral; o registro definitivo da candidatura como forma para aplicação da multa eleitoral. Os elementos caracterizadores da propaganda eleitoral extemporânea, as características básicas do poder de polícia, as proporções que se apresentam na prática com a citação de alguns acórdãos do TSE e o tema polêmico da propaganda eleitoral na internet pouca ou nenhuma regulamentação, com a posição do TSE de se atender a cada caso concreto que lhe for apresentado, durante as eleições municipais de 2.008, não conhecendo da Consulta nº. 1.477/DF.

Constatamos que cabe ao aplicador do direito ficar atento quando o pré-candidato com o claro intuito de quebrar o princípio igualitário e de equilíbrio das eleições, tentar utilizar a propaganda subliminar com forte apelo eleitoral, tomar as providências jurisdicionais de que dispõe no ordenamento jurídico ou na lacuna da lei agir até mesmo de ofício.

2. CONCEITO DE PROPAGANDA ELEITORAL

Este capítulo em linhas gerais procura explicitar da melhor maneira o conceito de propaganda eleitoral propriamente dita, distinguindo-a da propaganda partidária, intra-partidária, e institucional que são todas espécies do gênero propaganda política, uma vez que não há diversidade de conceitos sobre o que seja propaganda eleitoral a nível jurisprudencial principalmente dada a evolução dos julgados.

Dentre os conceitos mais indicados na jurisprudência temos o Acórdão 16.183 do TSE, relator Ministro Eduardo Alckmin praticamente consolidado na legislação eleitoral.

“Propaganda eleitoral é o ato que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo ainda que postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública”.

Segundo o Professor Thales Tácito , em aula ministrada na rede satelitária LFG em 2/5/2008 da obra Tratado de Direito Eleitoral, editora Premier Máxima Editora, tomo II, tendo como convidado o eminente Ministro José Augusto Delgado, ex Ministro do TSE, sintetizou em enunciados o conceito de propaganda eleitoral :

‘(1) o seu conceito é restrito : mensagem que visa a captação de votos, ainda que de forma dissimulada. Fora disto, poderá haver mera promoção pessoal – apta em determinadas circunstâncias a configurar o abuso de poder econômico no Direito Eleitoral, ou até mesmo improbidade administrativa na Justiça Comum (violação do art. 37 da CF/88 c/c lei nº 8.429/92 no caso de “publicidade institucional desvirtuada”) – mas não propaganda eleitoral;

(2) o objetivo da propaganda eleitoral é levar ao conhecimento dos eleitores a ação política que o candidato pretende executar, caso eleito (propaganda eleitoral no sentido de proposta);

(3) distinção a “propaganda eleitoral” (extemporânea/antecipada/sub-reptícia/sibilina ou , ainda na forma irregular) deve ser diferenciada da “propaganda partidária”, “propaganda intra-partidária”, da “promoção pessoal” e da “propaganda institucional”, pois são institutos diversos;

(4) classificação: a propaganda eleitoral é uma espécie do gênero “propaganda política”, da qual são espécies também a propaganda partidária e intra-partidária;

(5) elemento temporal da licitude: somente pode ser considerada lícita a propaganda eleitoral, feita em período permitido (início – a lei fala “após 5 de julho”, logo a partir de 6 de julho. Antes disto a propaganda é lícita e chamada antecipada ou extemporânea; término – em geral, a lei veda a partir das 48 horas antes do pleito diversas propagandas eleitorais, permitindo apenas passeata e carreatas na véspera e vedando, todas no dia da eleição). Portanto, fora do período a propaganda eleitoral “pode ter roupagem de lícita”, mas é sancionada por lei por sua ilicitude;

(6) a legitimidade das propagandas eleitorais se estende a partidos políticos, candidatos, coligação e adeptos a candidatos (desde que com os direitos políticos regulares e desde que não filiado a outro partido) devem observar dois binômios : a ampla liberdade da propaganda eleitoral (a mensagem que deve chegar ao eleitor deve lastrear-se na legislação vigente ou Resoluções do TSE); ausência de desvios no convencimento do eleitor (a mensagem deve desenvolver sem vícios que produza um desvio no conhecimento do eleitor), em suma deve se pautar na legalidade para ser legítima;

2.1. DIFERENÇAS ENTRE PROPAGANDA PARTIDÁRIA E INTRA-PARTIDÁRIA

Propaganda partidária é a realizada pelo Partido Político em âmbito administrativo para os seus eleitores e não eleitores, que tem como objetivo divulgar idéias, publicidade institucional do programa partidário e transmitir mensagens aos seus filiados.

Disciplinada pela lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) em seu art. 45, deve ser realizada somente nos semestres onde não houver eleição, ou seja, até o dia 30 de junho, sendo vedado no segundo semestre do ano eleitoral.

O tempo de distribuição da propaganda eleitoral gratuita no rádio e televisão é distribuído entre os Partidos Políticos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, sendo observado o critério de acesso universal de todos os partidos, ou seja, de 1/3 (um terço) igualmente, e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de cadeiras na Câmara dos Deputados, qual seja o de maior representatividade; maior número de deputados federais eleitos na Câmara de Deputados.

Havendo transgressão à norma legal, para remoção ou paralisação da propaganda, a competência para decidir sobre irregularidades na propaganda eleitoral, o critério utilizado é o da inserção, ou seja se for no âmbito nacional: compete ao Procurador Geral Eleitoral junto ao Corregedor Geral Eleitoral no TSE.; em âmbito Estadual: por iniciativa do Procurador Regional Eleitoral junto ao Corregedor Regional Eleitoral nos TREs – (Tribunal Regionais Eleitorais); em âmbito Municipal: o Ministério Público designado pelo TRE dirigir-se-á ao Juiz Eleitoral da Zona, ou no caso de mais de uma Zona Eleitoral o Promotor de Justiça peticionará ao Juiz Eleitoral designado para auxiliar na Comissão de Propaganda eleitoral.

Propaganda intrapartidária, é a efetuada internamente no âmbito adstrito das convenções para persuadir os correligionários a eleger o candidato que irá concorrer à eleição e também definir eventuais coligações.

Sobre propaganda intrapartidária comenta o autor Alberto Rollo

“No período de 10 a 30 de junho do ano do pleito acontecem as convenções para a escolha dos candidatos. A propaganda dirigida ao público interno é permitida para propiciar a escolha do candidato como tal na convenção. A Lei nº 9.504/97 permite tal tipo de propaganda nos 15 dias que antecedem a convenção. Mas é expressamente vedada propaganda com esse escopo feita através de rádio, TV ou outdoor . “

No caso de transgressão da norma legal para remoção ou paralisação da propaganda eleitoral considerada irregular é adotado o critério da eleição. Se for eleição presidencial, o candidato, Partido Político ou coligação e Procurador Geral Eleitoral deverão dirigir-se ao TSE. Se a eleição for a nível estadual, o candidato, Partido Político ou coligação e o Procurador Regional Eleitoral deverão dirigir-se ao TRE de cada Estado da Federação onde tiver ocorrido a transgressão à norma, e finalmente se a eleição for municipal, os legitimados já descritos poderão dirigir-se ao Juiz Eleitoral da Zona responsável.

Segundo o Professor Edson Resende de Castro, citando o autor Alberto Rollo registra que

“Doutrinadores há que entendem haver propaganda eleitoral se, da mensagem passada pelo cidadão, político militante ou possível candidato, puder-se intuir a intenção da disputa eleitoral ao mesmo tempo que exigem deva existir, na mensagem, condições de influir na vontade do eleitor”.

Pela legislação eleitoral brasileira vigente, somente é permitida a propaganda eleitoral após o dia 6 de julho do ano das eleições, sendo livre em bens particulares, havendo várias restrições quanto à bens públicos ou de uso comum, compreendendo o período de 45 (quarenta e cinco) dias até a antevéspera da eleição.

Os candidatos a cargo eletivos mais precipitados, não se contentando apenas com o período permitido da propaganda eleitoral acabam lançando sua imagem, plataforma política e seus símbolos (slogan, jingles, etc.), tentando disfarçar o apelo eleitoral em mensagens subliminares, sub-reptícias, sibilinas, que na maioria das vezes resultará em representação eleitoral com aplicação imediata da penalidade de multa, conforme se verá adiante (final do item 4.1 desta monografia), além da remoção ou paralisação da respectiva propaganda eleitoral antecipada.

Ocorrendo violação da norma legal, a competência jurisdicional para realizar a remoção ou paralisação da propaganda considerada irregular, o critério é o da eleição. Se for eleição presidencial, o candidato, Partido Político ou coligação e o Procurador Geral Eleitoral poderão dirigir-se ao Corregedor Geral do TSE, a nível de eleição nacional; em âmbito Estadual: por iniciativa do Procurador Regional Eleitoral junto ao Corregedor Regional Eleitoral dos respectivos TREs – (Tribunal Regionais Eleitorais); em âmbito Municipal: o Ministério Público designado pelo TRE dirigirá-se ao Juiz Eleitoral da Zona, ou no caso de mais de uma Zona Eleitoral o Promotor de Justiça peticionará ao Juiz Eleitoral designado para auxiliar na Comissão de Propaganda eleitoral de determinado Município.

2.2. PROPAGANDA POLÍTICA E PROPAGANDA INSTITUCIONAL

Propaganda política é o gênero do qual são espécies a propaganda eleitoral, partidária, a intra-partidária e a institucional.

É uma atividade de livre expressão e divulgação de princípios de um homem público, com o intuito de atrair interesse às suas teses; busca-se um adepto para uma idéia, enquanto que a propaganda eleitoral busca a conquista do eleitor e seu voto.

A propaganda política se faz presente desde a antiguidade conforme comenta o autor José Jairo Gomes

“(…) Na Grécia e em Roma, era usada largamente em festas populares e ações estatais. Reiteradas vezes, a Igreja dela lançou mão para difundir a doutrina e a fé cristãs, e, ainda, condicionar o comportamento dos fiéis. No plano sociopolítico, foi instrumento decisivo da burguesia liberal na peleja contra a monarquia absolutista, bem assim dos regimes autocráticos que marcharam o século XX”.

Para o intelectual francês Jean-Marie Domenach sem a propaganda política seria inconcebível a revolução comunista e o fascismo asseverando que

“Foi em grande parte devido a ela que Lenin logrou instaurar o bolchevismo; Hitler deve-lhe essencialmente suas vitórias, desde a tomada do poder até a invasão de 1.940. Mais que estadistas e líderes guerreiros, esses dois homens, que de maneira, sem dúvida, bem diferente vincaram profundamente a história contemporânea, são dois gênios da propaganda e ambos proclamaram a supremacia dessa moderna arma: ‘ O principal – asseverou Lênin – é a agitação e a propaganda em todas as camadas do povo’; Hitler disse: ‘ A propaganda permitiu-nos conservar o poder, a propaganda nos possibilitará a conquista do mundo’ “.

Propaganda institucional presta-se a divulgar os feitos e ações realizadas pela Administração Pública, de maneira informativa, conforme estabelece o art. 37 da Constituição Federal :

“ Art 37 (...)

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”

Em contraposição o art. 73 da Lei nº 9.504/97, inciso VI, letra “b” proíbe que nos três meses que antecedem o pleito eleitoral os agentes públicos autorizem publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais sob pena de afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais.

“ Art. 73 (...)

IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados e subvencionados pelo Poder Público;

VI - nos 3 (três) meses que antecedem o pleito:

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços, e campanhas dos órgãos públicos, federais, estaduais ou municipais, (...), salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;”

Comentando a norma a respeito, afirma o Professor Olivar Coneglian que :

“O verbo autorizar do texto legal: O texto fala em proibição para ‘autorizar’ publicidade oficial. Pode parecer, na primeira leitura, que a autorização não pode ser dada nos três meses que antecedem a eleição, mas a própria publicidade poderia ser feita nesse período, desde que a autorização tivesse ocorrido antes disso. Engano. O objetivo da lei foi coibir a propaganda institucional ou oficial no período de três meses anterior à eleição. Dessa forma, nem a autorização nem a própria propaganda podem ocorrer nesse período. Proceder à autorização com antecedência, para propaganda a se realizar na véspera ou às portas do pleito, é burlar a lei e ofender o objetivo proibitivo da norma proibitiva.”

A propaganda institucional autorizada constitucionalmente deve se revestir de caráter educativo, informativo e de orientação social, que quando desvirtuada pelo pré candidato ou candidato infrator à imposição de multa e a cassação do registro ou mesmo do diploma, conforme ainda preceitua os parágrafos 4º e 5º do art. 73 da Lei nº 9.504/97:

“ Art. 73 (...)

§ 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de 5.000 (cinco mil) a 100.000 (cem mil) UFIR.

§ 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos I,II, III, IV e VI do caput, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou diploma.

2.3. PRINCÍPIOS DA PROPAGANDA ELEITORAL

2.3.1. Princípio da legalidade

As normas eleitorais são de natureza cogente e obrigatória, constituindo-se em leis federais ordinárias, leis complementares, Resoluções do TSE e TREs com força de lei ordinária e a Constituição Federal, ou seja todos os atos e proibições devem estar amparados em lei.

Podem ocorrer hipóteses de propagandas ainda não previstas em lei.

Decorre do princípio da legalidade o da generalidade, ou seja, as normas eleitorais aplicam-se a todas as circunscrições eleitorais em todo território nacional.

2.3.2. Princípio da liberdade

A propaganda eleitoral é livre na forma da lei, de sorte que o direito que têm os candidatos e partidos políticos à propaganda eleitoral deve ser exercido nos limites do direito, na mesma proporção em que possuem os eleitores o direito à informação ., respeitadas a legislação eleitoral e as Resoluções do TSE .

É o princípio da liberdade de expressão contida no texto constitucional em seus arts. 5, inciso IV e 220 respectivamente:

“ É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; “

“A manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

A realização de qualquer ato de propaganda eleitoral independe de licença municipal, licença da polícia, ou de autorização da Justiça Eleitoral, como diz o autor Carlos Eduardo de Oliveira Lula. consistente na:

“... veiculação de propaganda eleitoral pela distribuição de folhetos, volantes e outros impressos, os quais deverão ser editados sob a responsabilidade do partido político, da coligação ou do candidato e conter o número de inscrição no CNPJ da empresa que os confeccionou;”

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 220 §2º proíbe qualquer espécie de censura, seja ela de natureza política, ideológica ou artística, sendo que atos de repreensão (ato retrospectivo) e punição não abrangem o conceito de censura.

Segundo comenta o Professor Thales Tácito Cerqueira o conceito jurídico de censura:

“Para uns é ato de proibição de divulgação de conteúdo, seja ela de forma prévia (sem conhecer o conteúdo do programa ou escrito, seja concomitante (conhecendo o conteúdo no momento da apresentação, antes de torná-lo público), como ocorreu no Brasil na época da ditadura, o que fez com que compositores famosos como Chico Buarque, Caetano Veloso e Gilberto Gil fizessem músicas com metáforas).”

2.3.3. Princípio da proibição da pré-candidatura

Não é admissível que o pré-candidato desvirtue a propaganda partidária apresentando defesa de sua plataforma política, ou a pretexto de auto promoção pessoal para intencionalmente projetar sua imagem sobre o eleitorado criando conforme afirma Edson Resende de Castro: “um ambiente propício para a campanha a ser deflagrada de forma explícita e contundente no momento próprio”.

Não se pode negar que muito antes mesmo das convenções partidárias muitos pré-candidatos, movidos pela especulação política, aparecem na mídia antes do período permitido para a propaganda eleitoral esbarrando na proibição do art. 36 §3º da lei nº 9.504/97 ou art. 3º, §4º da Resolução nº 22.718/08-TSE por propaganda extemporânea podendo sujeitar o infrator à multa no valor de R\$ 21.282,00 (vinte e um mil duzentos e oitenta e dois) reais a R\$ 53.205,00 (cinquenta e três mil, duzentos e cinco) reais ou equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

2.3.4.. Principio da responsabilidade

É atribuída a responsabilidade do conteúdo a quem participa da propaganda ou aquele a quem ela beneficia.

Quanto à responsabilidade dos gastos de tanto candidatos, partidos políticos, e a coligação respondem civil e penalmente pelos excessos da propaganda eleitoral, inclusive por dano moral. Todos são co-responsáveis pelo ato ilícito, a menos que a propaganda tenha sido feita exclusivamente por conta e risco somente do candidato, aí o Partido poderá ficar isento de responsabilidade.

2.3.5. Principio da igualdade formal

É o tratamento da Justiça Eleitoral de forma igualitária a todos os candidatos, partidos políticos e coligações com o intuito de preservar o equilíbrio e a lisura do pleito.

Ao hipossuficiente (termo utilizado amplamente na Justiça do Trabalho, para quem tem insuficiência financeira) deverá ter tratamento em igualdade de condições como os demais candidatos.

Reportamo-nos à Aristóteles, citado pelo Professor Thales Tácito Cerqueira , no sentido de :

“dar tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades.”

Outro princípio que convive com o da igualdade é o da proporcionalidade, complementando e aperfeiçoando o anterior cujo tratamento será, guardadas as devidas proporções, diferente conforme a força de cada Partido Político dentro da Câmara de deputados.

Quando da distribuição do tempo de televisão e rádio para o horário eleitoral gratuito, entre todos os Partidos Políticos ser-lhes-á concedido um terço do tempo que obedecerá ao princípio igualitário.

Dois terços ficará entre os Partidos Políticos que tenham elegido o maior número de deputados federais na Câmara Federal, atraindo o princípio da proporcionalidade.

2.3.6. Principio da disponibilidade

Complementando os princípios da igualdade e liberdade, tanto candidatos, Partidos Políticos e coligações partidárias, dispõe de meios propaganda lícita apoiada ou não pelo Estado.

O Estado coloca à disposição de Partidos Políticos e candidatos os seguintes meios de propaganda: o horário gratuito de rádio e televisão para propaganda partidária e eleitoral.

Num Estado democrático de direito, todos os meios de propaganda lícitos podem ser utilizados pelos Partidos Políticos e candidatos arcando cada qual com os custos dos mesmos para o seu uso.

2.3.7. Princípio do controle judicial da propaganda

Compete a Justiça Eleitoral exercer o controle judicial na esfera administrativa onde invariavelmente atua preventivamente orientando com aplicativos, cronogramas, orientando e expedindo Resoluções com força de lei federal para melhor adaptação à realidade eleitoral vigente.

Deparamo-nos com o fenômeno da Justiça Eleitoral preventiva, corretiva e inovadora na qual em comentários da aula do Ministro José Augusto Delgado na rede satelitária LFG em 2/5/2008 “ o Juiz deve ter o ativismo judicial no exercício da função eleitoral” para resolução profilática e segura das várias questões que forem surgindo no clamor das eleições.

Decorre também da Justiça Eleitoral o princípio da inércia jurisdicional, só atuando o Juiz Eleitoral quando provocado a dirimir uma lide (ação) que persiga a coisa julgada, em sua função fiscalizadora e aplicadora da lei.

Em ambas as funções da atuação judicial administrativa e jurisdicional o controle das eleições compete aos órgãos da Justiça Eleitoral.

3. CLASSIFICAÇÃO DE PROPAGANDA ELEITORAL

Dentre as diversas classificações sobre propaganda eleitoral a adotada pelo eminente Professor Thales Tácito Cerqueira constituindo-se uma das mais simplificadas.

3.1. QUANTO À LICITUDE :

3.1.1 **Lícita** : permitida nos termos da legislação e Resoluções do TSE.

3.1.2 **Ilícita Criminal** : são os crimes eleitorais previstos nos arts. 323 à 335 do Código Eleitoral e 40 da Lei nº 9.504/9, por exemplo; A teor do artigo 243 do Código Eleitoral, permanece em vigor a proibição de propagandas de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes; que provoque animosidade entre as forças armadas ou contra elas ou delas contra as classes e instituições civis; de incitamento de atentado contra pessoa ou bens; de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública; que implique oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza; que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos (salvo as exceções e nos termos do art. 39, § 3º a § 5º, da Lei 9.504/97); por meio de impressos ou de objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda; que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito; que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública, sob as penas das leis criminais, cíveis e sem prejuízo do direito de resposta.

3.1.3 **Ilícita Cível** (irregular – provoca multa) : arts. 243 do CE e 24, VI, e 37 da Lei nº 9.504/97; por força de Resoluções ou decisões do TSE, como em “ Taxi”, eis que este é oriundo de concessão (Acórdão 2890) , em Igreja (lugar aberto ao público- Acórdão 2890), etc.

3.2. QUANTO À REGULAMENTAÇÃO LEGAL

3.2.1 Propaganda eleitoral Permitida em Lei. ex.: propaganda gratuita no rádio e na TV, outdoors, cartazes, etc.;

3.2.2 Propaganda eleitoral Proibida em Lei: ex.: em árvores localizadas em área pública. A Justiça Eleitoral, usando do poder de polícia, nas eleições de 2.002, resolveu, no Paraná, em Minas Gerais e outros Estados, ao depositar o "lixo", usar uma tarja colocada nas propagandas com os dizeres, que surtiu muito efeito nos candidatos e eleitores : " PROPAGANDA IRREGULAR, NOS TERMOS DA LEI nº 9.504/97 e RESOLUÇÃO nº 20.988/02 do TSE";

3.2.3 Propaganda eleitoral Não Regulamentada em Lei ou sem sanção. Neste caso, o TSE é quem regula, via Resoluções. ex.: propaganda feita com raio-laser; propaganda feita com dirigível; veiculação de propaganda eleitoral em painéis de mídia eletrônica (frontlight e blacklight), pichações em grafite. Restará ao Ministério Público, partidos políticos, candidato requerer ao Juiz Eleitoral o exercício do poder de polícia numa primeira vez. E, em caso de reincidência que o Juiz caracterize o crime de desobediência eleitoral (art. 247 CE).

3.3. QUANTO À AMPLITUDE :

3.3.1 Propaganda eleitoral lato sensu: engloba todas as espécies de propaganda eleitoral vistas anteriormente, exceto a propaganda política e institucional oficial a menos que esteja desviada de seus objetivos.

3.3.2 Propaganda eleitoral strictu sensu: em que comporta três espécies a Propaganda eleitoral propriamente dita, Propaganda Partidária, intrapartidária conforme já descrito alhures.

4. CONCEITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA PROPAGANDA EXTEMPORÂNEA

4.1. PROPAGANDA EXTEMPORÂNEA

O termo extemporâneo reporta a tudo aquilo que está ou vem fora do tempo próprio; que não é próprio do tempo em que se faz ou sucede.

Para caracterizar propaganda eleitoral extemporânea, deve haver por parte do pré-candidato clara intenção de revelar ao eleitorado, ainda que de maneira sutil ou dissimulada, o cargo político a que almeja, a ação política que pretende desenvolver e os méritos que o habilitam como mais apto para o exercício da função pública.

Fixa-se como termo inicial para que Partidos, coligações e os candidatos possam iniciar a propaganda eleitoral o dia 6 de julho do respectivo ano da eleição, bem como o termo final até 48 horas antes da eleição (antevéspera).

A Lei nº 9.504/97 busca reprimir ao máximo a famigerada propaganda eleitoral prematura em seus artigos 36, §3º, caput , e 3º, caput , da Resolução TSE nº 22.718/08 sujeitando o pré-candidato ou candidato transgressor a uma multa que poderá variar a critério do julgador, de R\$ 21.282,00 (vinte e um mil duzentos e oitenta e dois) reais a R\$ 53.205,00 (cinquenta e três mil, duzentos e cinco) reais, ou ainda corresponder ao próprio custo da propaganda, na hipótese deste ser superior, ficando vedada a sua aplicação, para cada representado, no valor inferior ao mínimo legal.

4.2. POSTULAÇÃO ELEITORAL

Não obstante toda a técnica refinada empregada pela publicidade eleitoral aliada à evolução tecnológica da informática para passar despercebida a vinculação da candidatura ao pleito vindouro, existem certos elementos que são característicos da propaganda eleitoral extemporânea.

A postulação da candidatura do pré-candidato com mensagens subliminares (subliminar: imediatamente abaixo do limiar da consciência; subconsciente), disfarçadas, mas

com forte apelo eleitoral, traduzem o desejo projetar aquela “candidatura” tornando-a conhecida antes do tempo legal permitido para a propaganda eleitoral.

A jurisprudência poderia conceituar futuramente e com maior precisão de detalhes a potencialidade da conduta do pré-candidato, dada a notoriedade da postulação do político e sendo o pré-candidato filiado a um Partido Político, projeta a sua imagem ao eleitorado com o claro objetivo de ir persuadindo sua imagem no subconsciente do eleitor de forma não opressiva, na forma de autopromoção e, muito embora não conste qualquer pedido explícito de voto.

O apelo publicitário, seja através de notícias, imagens em outdoors já instalou previamente condições subliminares favoráveis que serão rememoradas exaustivamente durante toda a propaganda eleitoral, proporcionando no eleitor a sensação de que aparentemente já conhecia aquela pessoa, agora candidato, considerando-o como o mais apto a exercer o cargo eletivo. (como exemplo: mensagens natalinas, do dia das mães, do aniversário da cidade, folhinha de calendário).

4.3. QUESTÃO DO PRÉVIO CONHECIMENTO

Entendiam alguns juízes á época da vigência da lei nº 9.504/97, que seria desprezar o conteúdo preventivo do §3º deixar de aplicar a multa ao beneficiário, independentemente do seu consentimento.

Neste sentido, houve a edição da Súmula 17 do TSE/2000, que foi cancelada por decisão em questão de ordem no RESPE nº 19.600./CE

Não é admissível a presunção de que o candidato, por ser beneficiário de propaganda eleitoral irregular, tenha prévio conhecimento de sua veiculação (arts. 36 e 37 da lei nº 9.504 de 30.09.1997. – Publicado no Diário da Justiça de 21.08.2000 – Acórdãos 1.273, de 25.08.1998; 1.442 de 13.04.1999; 15.995 de 17.06.1999; 16.114, de 09.11.1999).

Na prática ocorria litigância de má-fé, quanto à interpretação do prévio conhecimento, conforme comenta o Professor Thales Tácito “ de que foi o candidato ou coligação inimiga que colocou a propaganda dele, retirando do local permitido e deslocando para o local proibido”, visando afastar suas responsabilidades.

Quando usado tal argumento, o ônus da prova se inverte e não será mais do Ministério Público Eleitoral ou demais legitimados da representação e sim, do candidato ou suposto beneficiário, do contrário a representação poderá ser julgada procedente. (CPC art. 333, III) Ex.: deve provar que foi feito boletim de ocorrência, o representado deve provar que comunicou ao Juiz Eleitoral da retirada da propaganda irregular.

Destacando o ativismo da Justiça Eleitoral, tão defendido pelo Ministro José Delgado, sem invadir o poder de polícia próprio do Juiz Eleitoral, cabe ao Ministério Público a sugestão de que informem aos candidatos e coligações, que há propaganda eleitoral em local proibido, recomendando que providenciem a sua retirada em prazo determinado pelo Juiz Eleitoral, na aplicação do art. 6º da lei complementar nº 75/93:

Compete ao Ministério Público da União (...).

XX. expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para adoção das medidas cabíveis.

Afirma ainda o Professor Thales Tácito Cerqueira que :

“Esta notificação feita pessoalmente ou com A/R (aviso de recebimento) ou MP (mãos próprias) servirá para prova do prévio conhecimento em eventual representação eleitoral (art. 24, VI CE) para aplicação de multa e poder de polícia do magistrado de retirada da propaganda do local, caso o candidato, partido ou coligação fiquem inertes.

Para as eleições de 2.008 somente com a prova da autoria e do prévio conhecimento é que poderá levar à multa cível eleitoral :

Art. 65 Para procedência da representação e imposição de penalidade pecuniária por realização de propaganda irregular, é necessário que a representação seja instruída com prova de sua autoria e do prévio conhecimento do beneficiário, caso este não seja por ela responsável.

No parágrafo único especificou quando se demonstra o prévio conhecimento:

Parágrafo único. O prévio conhecimento do candidato estará demonstrado se este, intimado da existência da propaganda irregular, não providenciar, no prazo de 48 horas, sua retirada ou regularização e, ainda, se as circunstâncias e as peculiaridades do caso específico revelarem a impossibilidade de o beneficiário não ter tido conhecimento da propaganda.

4.4. O REGISTRO DEFINITIVO DA CANDIDATURA ACARRETANDO A APLICAÇÃO DA MULTA

Para aplicação da multa cível eleitoral, o TSE exige o registro do pré-candidato como candidato devidamente registrado na Justiça Eleitoral a cargo eletivo, pois do contrário haveria punição por um fato jurídico que ainda não aconteceu. Exemplo: uma pessoa divulga sua empresa ou produto em período eleitoral sem ainda estar filiado a Partido Político.

Deve então o Juiz Eleitoral “suspender “ a representação aplicando o art. 265, inciso IV do CPC até a fase do registro de candidatura. Se houve registro, prossegue a representação, não o havendo perde-se o objeto, uma vez que não haveria fato jurídico para justificar a multa.

São raras as decisões que suspendem a eficácia de aplicação de uma multa, pois vigora a regra da devolutividade (sem suspensão nem mesmo interrupção) dos efeitos das decisões no âmbito da Justiça Eleitoral.

Pode-se considerar mais um caso de exceção da aplicação da pena de multa, ser necessário aguardar a um evento para que o ato jurídico se aperfeiçoe, ou esclarecendo melhor, somente com a implementação do registro de candidatura é que será possível caracterizar a propaganda eleitoral antecipada e aplicar a multa.

Ou se quisermos adotar os elementos de Direito Penal indícios suficientes da autoria e do prévio conhecimento (não sendo admitida a mera presunção do beneficiário não consentido da propaganda irregular), e prova da materialidade da propaganda eleitoral, estabelece o nexo causal da candidatura com o pleito.

4.5. O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELOS JUÍZES ELEITORAIS OU COMISSÃO FISCALIZADORA DA PROPAGANDA ELEITORAL

4.5.1 Definição de poder de polícia

A definição do seja poder de polícia remonta ao art.78 da Lei nº 5.172, de 25/10/1966, o Código Tributário Nacional :

Art. 78 Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou no respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos

§ único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

4.5.2 Características do poder de polícia em direito eleitoral

Quanto ao direito eleitoral, o poder de polícia reveste-se das seguintes características, conforme comentários do Professor Thales Tácito :

“a) É uma atividade administrativa vinculada à Constituição Federal, leis ordinárias, Resoluções dos Pretórios; b) Supremacia do direito público sobre o privado; c) Exercido exclusivamente pelo Juiz Eleitoral, independentemente da eleição em foco, salvo nas Capitais, em face das Comissões de fiscalização das propagandas eleitorais; d) Lastreado nos princípios da proporcionalidade dos meios e razoabilidade no uso (o bom senso do caso concreto, com as peculiaridades da região); e) De regra, serve para limitar direitos (o Direito Eleitoral proíbe a limitação de direitos, restrições a propaganda, etc.,salvo no poder de polícia, em face de transgressões legais); f) Poder vinculado e não discricionário; g) Pode ser decidido de ofício pelo Juiz, exceto aplicação de multa eleitoral; h) Se além do exercício do poder de polícia houver representação para aplicação de multa, esta representação segue as regras de competência do art. 96 da Lei nº 9.504/97, ou seja, será da competência do Juiz Eleitoral nas eleições municipais; dos Tribunais Regionais Eleitorais nas eleições federais, estaduais e distritais; e do Tribunal Superior Eleitoral na eleição presidencial; i) O poder de polícia do Juiz Eleitoral, no período das eleições, afasta o poder de polícia da administração pública;

4.5.3 Possibilidade do TRE estabelecer Comissão Fiscalizadora de Propaganda Eleitoral.

O TRE pode estabelecer em Municípios com mais de um Zona Eleitoral, a Comissão Fiscalizadora da propaganda eleitoral que composta por Juízes, segundo comentários do Professor Thales Tácito competente para:

I. Processar e julgar as reclamações e representações relativas à propaganda eleitoral (art. 96 da Lei nº 9.504/97); II. Exercer o poder de polícia sobre a propaganda eleitoral; III. Convocar os partidos políticos e a representação das emissoras de televisão para elaborarem o plano de mídia, para uso da parcela do horário eleitoral gratuito a que tenham direito (art. 52 da lei nº 9.504/97); IV. Distribuir os horários reservados à propaganda eleitoral gratuita, nas emissoras de rádio e televisão, entre os partidos políticos e as coligações que tenham candidato, observados os termos do art. 47, §2º da Lei nº 9.504/97; V. Proceder ao sorteio para escolha da ordem de veiculação da propaganda eleitoral de cada partido ou coligação, até o primeiro horário eleitoral gratuito, nos termos do art. 50 da Lei nº 9.504/97 e calendário eleitoral; VI. Processar e julgar os pedidos de direito de resposta (art. 58 da lei nº 9.504/97);

Aos demais Juízes Eleitorais, ficarão responsáveis:

I. Pelo processamento e julgamento dos pedidos de registro de candidaturas, questões relativas às convenções para escolha dos candidatos; II. registro de pesquisas eleitorais, bem como processamento e julgamento das representações respectivas; III. Ações que objetivem a perda do mandato, registro, diploma ou declaração de inelegibilidade; Por ex.: ação de impugnação de mandato eletivo, ação de investigação judicial eleitoral, representações pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97. IV. Pelo exame das prestações de contas;

4.5.4 Poder de Polícia e a Democracia

A função da polícia, “polícia do cidadão”, em face da democracia, é a de garantir a segurança pública sempre que possível, sem afrontar a liberdade e a segurança individuais.

O exercício do poder de polícia é usar moderadamente dos meios necessários a serem empregados para garantir a ordem pública e não poderá lesar direito adquirido sem que haja uma verdadeira necessidade e tampouco usar dos meios de forma imoderada.

O Estado tem o dever de preservar e defender a ordem pública de qualquer perturbação que possa advir do exercício isolado dos direitos individuais, repetindo-se o dito popular que “a liberdade de um termina quando começa a liberdade de outrem”.

Se o pré-candidato infrator de veiculação de propaganda extemporânea, cumprir a ordem de poder de polícia expedida pelo Juiz Eleitoral consistente na retirada ou regularização da propaganda irregular, seja em bem público ou particular no prazo de 48 horas, impede a aplicação da multa cível eleitoral, mencionada no item 4.1. desta monografia. a teor do art. 65, § único da Resolução-TSE nº 22.718/08.

5. FORMAS QUE SE APRESENTAM A PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA

Caberá ao aplicador do direito a máxima atenção para perceber a sutileza das técnicas de marketing, a fim da caracterização final da propaganda eleitoral subliminar, uma vez que na maioria das vezes não constará o pedido explícito de voto, bem como tomar as medidas necessárias de imediata retirada e efetivar a aplicação da multa, sempre resguardando o princípio igualitário e o equilíbrio entre os candidatos, sob pena do comprometimento da lisura do certame eleitoral.

Sobre o assunto ainda comenta o Professor Edson Resende de Castro :

“Ninguém gasta significativas importâncias com a veiculação de propaganda de suas qualidades pessoais, ou simplesmente com a divulgação de seu nome, sem que tenha interesse no respectivo retorno. Se esse retorno não é empresarial e se se identifica tendência eleitoral na vida do promovido, fica fácil concluir que se trata de propaganda eleitoral. Pensar diversamente é ser inadmissivelmente ingênuo diante da capacidade de criação do marketing político moderno”.

5.1. PROMOÇÃO PESSOAL DESVIRTUADA EM PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA

Para distinguir a propaganda eleitoral da autopromoção, deve haver naquela a menção do nome do candidato, cargo postulado, partido político e solicitação de voto, as mensagens de mera promoção pessoal que não contiverem pedido explícito de voto não caracterizam propaganda eleitoral extemporânea, tais como: mensagem de felicitação do município pelo seu aniversário em outdoor, publicação em jornal de comunicado parabenizando as mães ou as mulheres pelo seu dia, distribuição de calendários, votos de natal e ano novo, tabela de jogos da copa do mundo sem menção a circunstâncias eleitorais. Passamos a citar 3 julgados em que houve punição para o pré-candidato ou beneficiário da promoção pessoal:

Agravo Regimental em RESPE 26235-TIMOTEO-MG – classe 22^a

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2006. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. INSTALAÇÃO DE OUTDOORS.NOME. FOTOGRAFIA. MENSAGEM SUBLIMINAR.

1. O uso de outdoor, por si só, já caracteriza propaganda ostensiva, pois exposta em local público de intenso fluxo e com forte e imediato apelo visual. Constitui mecanismo de propaganda de importante aproximação do pré-candidato ao eleitor. 2. No período pré-eleitoral, a veiculação de propaganda guarda, no mínimo, forte propósito de o parlamentar ter seu nome lembrado. Afasta-se, assim, a tese de mera promoção pessoal. Evidencia, portanto, propaganda extemporânea, a incidir a sanção do §3º do art. 36 da lei nº 9.504/97. 3. Agravo regimental desprovido. AgRgRESPE nº 2635-MG – Relator Ministro Carlos Augusto Ayres de Britto.

Embargos de Declaração em RO nº 1530- PALHOÇA-SC- classe 27^a

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2006. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. USO INDEVIDO DE MEIO DE COMUNICAÇÃO. JORNAL. PROMOÇÃO PESSOAL. POTENCIALIDADE. INELEGIBILIDADE ART. 22, XIV, LC nº 64/90. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. OBSCURIDADE E/OU ERRO MATERIAL NO ACÓRDÃO EMBARGADO. PRETENSÃO DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. O acórdão embargado não apresenta nenhum vício, sendo claro ao fixar a potencialidade da conduta (veiculação de matérias jornalísticas a favor de candidato, em período vedado), manifesta na ampla tiragem do veículo de comunicação, 1500 (mil e

quinhentos) exemplares, distribuídos gratuitamente nos Municípios catarinenses de Palhoça, Santo Amparo da Imperatriz, Águas Mornas, Rancho Queimado, Angelina e São José. Registra o Acórdão Regional que essa tiragem alcança 98.722 (noventa e oito mil, setecentos e vinte e duas) pessoas. 2. A via aclaratória não se presta para rediscussão de teses desenvolvidas acerca do mérito, que já foram apreciadas por ocasião do julgamento do recurso ordinário. 3. Embargos de declaração rejeitados. EDclRO nº 1.530/SC – Relator Ministro Felix Fischer.

Agravo Regimental em RESPE nº 2.221-SC –FLORIANÓPOLIS-SC –classe 22ª
AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA SUBLIMINAR ANTECIPADA. REVISTA. PRÉ-CANDIDATO. DEPUTADO ESTADUAL. REEXAME. DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

- A publicação de revista, nos meses de abril a junho do ano eleitoral, na qual pré-candidato assina o editorial, contendo várias matérias elogiosas à sua pessoa, com exaltação das suas qualidades pessoais e profissionais, com fotos suas em tamanho grande e, conforme entendeu a Corte Regional, com (...) apelo subliminar no sentido de que é ele necessário para uma Santa Catarina mais segura” (fl.83), configura propaganda eleitoral antecipada, a ensejar a aplicação da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97. 1. É incabível o reexame de provas nesta instância. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.
AgRgRESPE nº 2.221-SC – Relator Ministro Marcelo Ribeiro

Muito embora a Lei nº 11.300/2006 tenha proibido a propaganda por meio de outdoors (art. 39 §8º) é fato que em termos de propaganda eleitoral com o objetivo de auto promoção ainda deverá persistir por parte de alguns pré-candidatos.

5.2. PROPAGANDA PARTIDÁRIA DESVIRTUADA EM PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA

Não será permitido aos Partidos Políticos, durante o horário gratuito no rádio e televisão que seja promovida a divulgação do perfil e idéias pessoais de pré-candidato ou mesmo dar tratamento privilegiado a um membro ou membros do Partido, com o objetivo de destacá-los para futura convenção, onde serão escolhidos candidatos.

Havendo propaganda eleitoral antecipada, poderá acarretar ao pré-candidato além da multa contida no art. 36, §3º da Lei nº 9.504/97, se comprovado o uso indevido dos meios de comunicação social ou abuso do poder político e econômico que poderá ainda ter o seu registro do diploma cassados a teor do art. 22 LC 64/90.

Para o Partido Político que desviar a finalidade no horário eleitoral gratuito, acarretará a perda do direito de transmissão a que faria jus no semestre seguinte ao da condenação “a teor do art. 45 §2º da lei nº 9.096/95 :

§2º O Tribunal Superior Eleitoral, julgando procedente representação de partido, cassará o direito de transmissão a que faria jus, no semestre seguinte, do partido que contrariar o disposto neste artigo.

Colacionamos 3 julgados em que houve punição com aplicação de multa ao pré-candidato :

Agravo Regimental em RESPE 26974 BELO HORIZONTE-MG- classe 22ª
AGRAVO REGIMENTAL.. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO . PROPAGANDA ANTECIPADA NA PROPAGANDA PARTIDÁRIA. MULTA. POSSIBILIDADE. PRAZO DE 48 HORAS. NÃO APLICAÇÃO. JUIZ AUXILIAR. COMPETÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

- É possível a aplicação da multa prevista no art. 36 da Lei nº 9.504/97, no caso de realização de propaganda antecipada veiculada em programa partidário. – Não se aplica o prazo de 48h (quarenta e oito horas) para a propositura da representação por propaganda antecipada. Precedentes. – Cabe aos juízes auxiliares o julgamento das representações ajuizadas com base na lei nº 9.504/97. – Segundo o TER/MG, houve a veiculação de propaganda eleitoral extemporânea de caráter subliminar, no programa partidário, mediante a exaltação das qualidades do candidato, com a divulgação do trabalho por ele realizado, quando

ocupante de cargo público, conclamando o eleitorado jovem a participar com o PTB. – Rever o posicionamento Corte Regional demandaria o reexame de provas, o que é inviável em sede de recurso especial. Agravo Regimental desprovido. AgRgRESPE nº 26974-MG – Relator Ministro José Gerado Grossi.

Agravo Regimental em RESPE 26.199 BELO HORIZONTE-MG – classe 22ª
AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA PARTIDÁRIA CONSIDERADA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. REPRESENTAÇÃO FUNDAMENTADA NO ART. 36 §3º DA LEI Nº 9.504/97. COMPETÊNCIA . JUIZ AUXILIAR.POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA. NÃO-PROVIMENTO.

1. Violação ao art. 275, I e II, do Código Eleitoral não caracterizada. Os arestos regionais apresentam clara fundamentação da tese jurídica adotada. O magistrado não está adstrito aos argumentos apontados pelas partes, nem obrigado a responder, uma a uma, todas as suas alegações, desde que apresente fundamentos suficientes para justificar seu convencimento. 2. A representação proposta pelo parquet é tempestiva, uma vez que o art. 96 §5º da Lei nº 9.504/97 não fixa prazo para o ajuizamento das representações ali previstas. 3. O juiz auxiliar é competente para julgar a representação ajuizada, com fulcro no art. 36, §3º, da Lei nº 9.504/97, a fim de examinar desvirtuamento de propaganda partidária. Também é possível a aplicação da multa prevista no citado artigo. Precedentes: Rp nº 927, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 12.8.2004 e Respe Nº 19.947/MA Rel. Min. Luiz Carlos Lopez Madeira, DJ de 20.3.2003. 4. A Corte Regional entendeu, forte no conjunto fático-probatório carreado aos autos, que a propaganda partidária em discussão ultrapassou os limites do art. 45, I a III, da Lei nº 9.096/95 e a considerou como eleitoral extemporânea. A adoção de entendimento contrário ensejaria o revolvimento de matéria fático-probatória, inadmissível nesta via especial, em razão do óbice da Súmula nº 7/STJ. AgRgRESPE nº 26199-MG – Relator Ministro José Augusto Delgado

Representação nº 997 BELÉM-PA – classe 22ª
PROPAGANDA PARTIDÁRIA. ALEGAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE. EXCLUSIVA PROMOÇÃO PESSOAL. FILIADA E NÃO-FILIADO AO PARTIDO RESPONSÁVEL PELO PROGRAMA. PRÉ-CANDIDATO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. SEMESTRE ANTERIOR AO PLEITO. INFRAÇÃO À LEI Nº 9.504/97. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

1. O Tribunal, ao deliberar sobre questão de ordem no julgamento da Representação nº 994/DF, fixou a competência do Corregedor –Geral para apreciar feito que verse sobre a utilização do espaço destinado ao programa partidário para a realização de propaganda extemporânea, presente o cúmulo objetivo, sendo possível a dualidade de exames, sob a ótica das Leis nº 9.096/95 e 9.504/97.

2. A utilização de parte da propaganda partidária para exclusiva promoção pessoal de filiada e de político não-filiado à agremiação responsável pelo programa, com explícita conotação eleitoral, em semestre anterior ao pleito, impõe a aplicação da pena de multa pela ofensa ao art. 36 da Lei das Eleições, na espécie, em seu grau mínimo.

3. Aprovada a Res-TSE nº 22.503/2006, a qual alterou os arts. 2º, 3º, 4º e 5º da Res-TSE nº 20.034/97, foram extintos os espaços destinados a divulgação de propaganda partidária em cadeia regional, circunstância superveniente prejudicial à análise da representação, neste ponto, uma vez que seu provimento, na hipótese de eventual acolhimento da tese sustentada na inicial, seria inócuo, ante a evidente perda do objeto. Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em julgar parcialmente procedente a representação, nos termos das notas taquigráficas. RP nº 997/PA – Relator Ministro José Augusto Delgado

5.3. PROPAGANDA INSTITUCIONAL DESVIRTUADA EM PROPAGANDA ELEITORAL

A propaganda ou comunicação institucional deverá ter o caráter informativo e social, segundo a classificação do Professor Olivar Coneglian subdivide-se em :

5.3.1. Comunicação institucional por força de lei

É aquela que a Administração Pública se utiliza para atingir os seus fins e dar efetividade a seus atos. Ex.: publicação de nomeação de secretários, publicação de uma lei, homologação de concurso público, etc.

5.3.2. Comunicação institucional convocatória

Constitui-se em um chamado em uma convocação da Administração Pública para a população em geral para concretização de um serviço público de interesse da coletividade. Por ex.: convocação dos jovens a se alistarem em unidades das forças armadas, convocação da população para a vacinação, intimação de advogados e partes, etc.

5.3.3. Propaganda institucional desvirtuada em propaganda eleitoral

A propaganda institucional em si não faz a publicidade de atos públicos obrigatórios da Administração Pública, mas a propaganda e ou publicidade de um ato, de uma obra, de uma realização do poder público. Por ex.: convite para inauguração de uma ponte.

Deste ponto para a utilização da propaganda institucional em propaganda eleitoral subliminar desvirtuando-se dos fins educativo, informativo e orientação social, caberá também ao órgão julgador apreciar na peça publicitária elementos como a dimensão, intensidade do fluxo de pessoas e o local de maior ou menor impacto visual e horários em que foi veiculada, bem como o meio empregado da mensagem ou imagem.

Muitos pré-candidatos procuram utilizar-se da propaganda institucional ou oficial como subterfúgio de promoção pessoal, ou como ferramenta facilitadora ao caminho de sua reeleição. Por ex.: comparação entre desempenhos de governos da atual administração e a administração anterior, uso indevido dos meios de comunicação social, etc.

Colacionamos 3 julgados do TSE a respeito do assunto :

Representação nº 752 BRASÍLIA-DF – classe 30ª

PROPAGANDA ELEITORAL – TEMPORÁ – Descabe confundir propaganda eleitoral com a publicidade institucional prevista no artigo 37, §1º, da Constituição Federal. A maior valia decorrente da administração exercida, da permanência no cargo, em que pese à potencial caminhada no sentido da reeleição, longe fica de respaldar atos que, em condenável desvio de conduta, impliquem o desequilíbrio de futura disputa, como é exemplo escamoteada propaganda eleitoral fora do lapso temporal revelado no artigo 36 da Lei nº 9.504/97. Vistos, etc. Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, vencidos os Ministros Cesar Asfor Rocha, Luiz Carlos Madeira e Caputo Bastos, em julgar procedente a representação, nos termos das notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante desta decisão. Sala de sessões do Tribunal Superior Eleitoral. Brasília, 1º de dezembro de 2.005.
RP nº 752/PA – Relator Ministro Marco Aurélio Mello

Recurso Ordinário nº 1537 BELO HORIZONTE-MG – classe 27ª

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÃO 2.006. DEPUTADO FEDERAL. USO INDEVIDO DE MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. CARACTERIZAÇÃO. POTENCIALIDADE DA CONDUTA. PROVIMENTO.

1. Publicações em jornais locais: não demonstrado o tratamento privilegiado ou o suposto benefício decorrente de publicações escritas, as matérias impugnadas não são suficientes ao alegado desequilíbrio do pleito. 2. Reprime-se o uso indevido dos meios de comunicação social e o abuso de poder quando o candidato manifesta-se sobre sua candidatura, em entrevista concedida a emissora (de rádio ou TV). Precedente: Respe 16.184, Rel. e. Min. Eduardo Alckmin, DJ de 30.6.2000. Na espécie, a manifestação do recorrido, em entrevista à TV Sudoeste foi contextualizada e não extrapolou os objetivos de seminário sobre Projeto de Lei (Micro e Pequenas Empresas). Além disso, ocorreu apenas uma vez no período vedado. 3. O destaque ao recorrido, na divulgação de resultado de pesquisa, por meio

de programa televisivo, a despeito de não recomendável, não se constitui, por si só, como suficiente a macular a legitimidade do pleito. Ademais, o recorrente não se desobrigou do ônus de demonstrar irregularidades formais na divulgação da pesquisa eleitoral (art. 33 da Lei das Eleições). 4. O e. TSE consagrou o entendimento de que para se reconhecer o uso indevido de meios de comunicação social é necessário verificar sua potencialidade para prejudicar a lisura das eleições e o equilíbrio da disputa eleitoral. (RO 763, Rel. e. Min. Peçanha Martins, DJ de 24.9.2004; RO nº 962, Rel. e. Min. Carlos Madeira, DJ de 4.3.2005). Nesse sentido a potencialidade somente revela quando demonstrado que as dimensões das práticas abusivas são suficientes à quebra do princípio da isonomia, em desfavor dos candidatos que não se utilizam dos mesmos recursos. Na hipótese dos autos, configura-se o potencial prejuízo à lisura e ao equilíbrio entre os candidatos nas eleições 2006. Vinhetas institucionais da TV Sudoeste transmitiram, de 5 (cinco) a 10 (dez) vezes por dia, nos meses que antecederam às eleições (período vedado), a imagem do recorrido, juntamente com outras personalidades locais, em municípios nos quais o beneficiário obteve expressiva votação. O mesmo benefício não foi concedido a outros candidatos. 5. “Em sede de ação de investigação judicial eleitoral não é necessário atribuir ao réu a prática de uma conduta ilegal, sendo suficiente, para a procedência da ação, o mero benefício eleitoral angariado com o ato abusivo, assim como a demonstração da provável influência do ilícito no resultado do pleito” (RO nº 1.350, Rel. e. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 20.4.2007) In casu, mostra-se desnecessário um liame preciso e indene de dúvidas entre o recorrido e os meios de comunicação social para configuração do alegado uso indevido dos meios de comunicação social, especialmente porque a imagem do candidato foi veiculada mediante TV, de modo intenso no período que antecedeu ao certame, tornando-se notória a prática, até mesmo para o candidato ora recorrido. Prevalece, portanto, a culpa in re ipsa. 6. Recurso ordinário provido para declarar a inelegibilidade do recorrido pelo período de três anos, contados a partir das eleições de 2.006. Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em prover o recurso, nos termos das notas taquigráficas. RO nº 1.537/MG – Relator Ministro Felix Fischer

Recurso Especial nº 19.331 – GOIÂNIA –GO – classe 22ª

PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA E SUBLIMINAR EM JORNAL E OUTDOORS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 36, § 3º, DA LEI 9.504/97 E 333 DO CPC: IMPROCEDÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Para a configuração da publicidade institucional é imprescindível a presença dos caracteres educativo, informativo ou de orientação social, previstos na Constituição Federal (Precedente: Acórdão nº 15.749, de 04.03.99, Rel. Min. Costa Porto). 2. Considera-se propaganda eleitoral subliminar a publicidade que traça paralelo entre a Administração atual e a anterior, despertando a lembrança dos eleitores para as qualidades do administrador candidato à reeleição. 3. O simples argumento de que a produção, escolha, supervisão e veiculação da publicidade estão sob a responsabilidade de agente público diverso do titular da Administração não é suficiente para ilidir o prévio conhecimento deste. 4. Recurso não conhecido. Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em não conhecer do recurso, nos termos das notas taquigráficas.

RESPE nº 19.331/GO – Relator Ministro Sepúlveda Pertence

Se tal propaganda institucional descambar para qualquer modalidade de propaganda eleitoral irregular, entre elas a propaganda eleitoral extemporânea, acarretará ao pré-candidato infrator as penalidades já contidas nos parágrafos 4º e 5º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 (item 1.1. desta monografia):

“Art. 73 (...)

§ 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de 5.000 (cinco mil) a 100.000 (cem mil) UFIR.

§ 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos I, II, III, IV e VI do caput, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou diploma.

5.4. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA NA INTERNET

Em que pese à legislação eleitoral vir repleta de lacunas, e a cada eleição as regras são adaptadas (alteradas) seja pela evolução tecnológica da Sociedade, seja por que a legislação anterior não tratou com clareza suficiente o processo eleitoral, o fato é que existe um projeto de lei nº 2358/2000 que alteraria a lei das eleições (Lei nº 9.504/97) em que seria dado o mesmo tratamento à internet, o que já possui o rádio, jornal e televisão.

Para as eleições municipais de 2.008, editou a Resolução nº 22.718/08.

Art. 18 A propaganda eleitoral somente será permitida na página do candidato destinada exclusivamente à campanha eleitoral.

Art. 19 Os candidatos poderão manter página na internet com a terminação can.br ou com outras terminações, como mecanismo de propaganda eleitoral até a antevéspera da eleição.

De uma leitura da Resolução nº 22.718-08-TSE chegamos a primeira conclusão que somente poderá ocorrer propaganda na internet nos SITES ESPECÍFICOS DOS CANDIDATOS, vedada qualquer outra subespécie de propaganda.

Para as eleições do ano 2.000 e 2.002, foram publicadas respectivamente as Instruções do TSE números 46 e 57 previa o prévio conhecimento com aplicação de multa ao beneficiário no valor de R\$ 21.282,00 (vinte e um mil duzentos e oitenta e dois reais, a R\$ 53.205,00 (cinquenta e três mil, duzentos e cinco) reais.

Como exposto pelo Professor Thales Tácito no artigo “ A propaganda eleitoral na internet” do aluno André Augusto Lins da Costa Almeida :

“Sendo o anonimato uma das principais características da Internet, será um grande desafio distinguir se o candidato possuía conhecimento antecipado da realização da propaganda eleitoral extemporânea ou se alguém, munido de má-fé, realizou a propaganda com o intuito de que o candidato fosse atingido pela multa prevista na resolução nº 57 do TSE”.

5.4.1. “ Home Pages”

É uma “página eletrônica”, em que o candidato, em sua página oficial de campanha, dispondo de vários mecanismos e recursos audiovisuais pode utilizar por vinte e quatro horas de textos, colocando todo material à disposição do eleitor. Por ex.: textos, músicas, etc.

Em julgados o TSE aplicou a teoria da vontade do internauta, ainda que a “home page” tenha pedido de voto, ainda citando o contido no artigo” A propaganda eleitoral na internet” do aluno André Augusto Lins da Costa Almeida

“ (...) para que o sujeito receba as informações e dos dados que constam da internet, há a necessidade de um ato de vontade do eleitor, qual seja, acessar a home page”. “ (...) O contato depende da vontade do interessado. O candidato apenas fica à disposição”. (...) Logo, não se está impondo ao cidadão o conhecimento de algo que ele não queira, porque ele decidiu fazê-lo “.

De outra forma o TSE proibiu o uso de “ banners”, em que ao acessar um site o eleitor é surpreendido por uma mensagem automática que ele não solicitou, e que lhe foi imposta configurando propaganda eleitoral irregular.

5.4.2. “Chat” ou salas virtuais de bate-papo

Em julgados o TSE aplicou a teoria da vontade do internauta, ainda que tenha a presença do candidato em “salas de bate papo” para responder perguntas dos internautas não caracteriza propaganda extemporânea, impedindo a aplicação da multa prevista no art. 36 §3º, da lei nº 9.504/97.

5.4.3. “E-mail” ou correio eletrônico

O simples envio de e-mail não há previsão na legislação eleitoral, nem foi tratado pelo TSE, cabendo mais uma vez aos Tribunais Regionais a sua regulamentação.

O correto é o candidato enviar mensagens aos seus conhecidos, porém na prática, tendo acesso a várias listas de e-mails propagando-os indiscriminadamente.

Tal espécie de propaganda, o “Spam” fere a privacidade do eleitor, que acaba tendo sua caixa postal eletrônica, cheia de mensagens indesejadas.

O TRE do Mato Grosso do Sul editou a Resolução TRE-MS nº 386/08, tratando do assunto no art. 21 :

“Art. 21. Não será permitido o envio de mensagens não solicitadas pela internet (spams) e por qualquer outro meio eletrônico de comunicação, inclusive por intermédio de telefonia celular (torpedos), telemarketing, e correio de voz .”

Sendo um meio de comunicação relativamente de baixo custo, dispondo de vinte e quatro horas diárias de exposição discutiu-se a respeito de uma regulamentação específica para e-mails, banners, blog, orkut e demais links patrocinados por candidatos e empresas de publicidade, objeto da Consulta nº 1.477/DF proposta pelo Deputado Federal José Fernando Aparecido de Oliveira, que por 4 votos a 2 o TSE decidiu não conhecer da consulta, optando por analisar somente o caso concreto.

Delegando aos Tribunais Regionais, o imenso poder de legislar estadualmente a propaganda na internet, fato que acarretará diversos problemas de interpretações divergentes e conflitantes entre Tribunais, bem como em manifestações futuras do Tribunal Superior Eleitoral.

Espera-se que os legisladores se conscientizem da equiparação da internet aos demais meios legítimos de comunicação e num futuro próximo regulamentem a propaganda eleitoral na internet, a fim de não mais gerar dúvidas e insegurança jurídica a candidatos e operadores do direito e que sejam resguardados o princípio da isonomia, da legalidade e o equilíbrio das eleições.

6. CONCLUSÃO

Com a alternância de poder pelos diversos grupos da Sociedade civilizada, utilizam a eleição e a propaganda eleitoral como o cenário ideal para o debate de idéias e propostas e para apontar problemas que estão atingindo a coletividade e não foram resolvidos na gestão anterior, ou simplesmente para criticar o adversário político.

Sabemos que a democracia só se consolida com as eleições, que sendo a liberdade de expressão é a sua luz refletida no caminho de um Estado Soberano.

Procuramos demonstrar nesta monografia que os conceitos de propaganda política e eleitoral, e os princípios da propaganda eleitoral, até chegarmos ao tema central que é a propaganda eleitoral extemporânea, com seus elementos caracterizadores, e de que formas se apresentam na prática.

Frisamos que um importante e novo meio de comunicação e de mídia se faz presente com a internet, muito embora os legisladores e o próprio TSE preocupados com outros temas,

não tiveram o tempo hábil e necessário para uma regulamentação prévia, colocando em risco a segurança jurídica.

A Justiça Eleitoral deve ficar atenta e reparar proporcionalmente com o exercício do poder de polícia do Juiz Eleitoral toda propaganda irregular, para evitar a quebra do princípio isonômico de oportunidades entre os candidatos a fim de não contaminar e desequilibrar o pleito e a lisura e o resultado final das eleições.

A propaganda eleitoral não pode ser manipulada sob a influência maléfica dos que detêm o poder econômico e político, ou controlam os meios de comunicação social, em prejuízo daqueles hipossuficientes financeiramente que só pretendem fazer sua eleição com idéias e propostas.

Com a evolução tecnológica dos meios de comunicação, dos conceitos jurídicos do resgate da ética e moralidade pública não há mais espaço para o famigerado “jeitinho” brasileiro.

O papel fundamental da Justiça Eleitoral, com base nos princípios da propaganda eleitoral e da isonomia, é assegurar que a vontade do eleitor seja realmente respeitada e livre de influências e tentativas de fraude do poder econômico e político.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alberto Carlos. A Cabeça do Eleitor: estratégia de campanha, pesquisa e vitória eleitoral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – www.tse.gov.br.

CASTRO, Edson de Resende. Teoria e Prática do Direito Eleitoral. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. Tratado de Direito Eleitoral – Tomo II Direto Material Eleitoral. São Paulo: Editora Premier, 2008.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HOLTTHE, Leo Van. Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: Edições Jus Podivm, 2008.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. Direito Eleitoral. 1ª ed. Lemes-SP: Imperium Editora, 2008.

RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 8ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2008.

RIBEIRO, Fávila. Abuso de Poder no Direito Eleitoral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROLLO, Alberto. Direito Eleitoral. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Direito Eleitoral. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. Elementos de Direito Eleitoral. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

* Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Eleitoral, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Especialização em Direito Eleitoral.

