



ISSN 2447-9403

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA
DEMOCRÁTICA

VOLUME 3 • 2017



Escola Judiciária
ELEITORAL

Coordenadora Palmyra Pimenta
TRE-MT

PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA (ANTECIPADA) E SUA CONFIGURAÇÃO

Paulo Cezar Alves Sodré¹

RESUMO

A propaganda eleitoral é o gênero, das quais são espécies as propagandas eleitorais intrapartidária, partidária e eleitoral, e ainda, a antecipada ou extemporânea, a negativa ou subliminar, é dizer, implícita. Por muito tempo o conceito de propaganda antecipada construída a partir de uma interpretação judicial se manteve estável. Contudo, com o advento da Lei nº 13.165/2015, que fez parte da Minirreforma Eleitoral daquele ano, importantes e profundas modificações no que diz respeito à propaganda antecipada foram implementadas pelo legislador, exigindo do intérprete e aplicador do direito eleitoral um novo olhar sobre o tema, eis que ainda existem importantes questões a serem apreciadas pelo Tribunal Superior Eleitoral em relação ao alcance da nova lei.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Propaganda eleitoral extemporânea
2. Minirreforma Eleitoral

¹ Juiz Federal em Mato Grosso e Juiz Membro Substituto do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso (2017/2019). Especialista em Direito Público e Ciências Penais pela Universidade de Cuiabá (Unic). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi Juiz Auxiliar da Propaganda nas Eleições Gerais de 2014 no TRE/MT e Juiz Membro efetivo do TR/MT no biênio de 2015/2017 e Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso de abril de 2016 a agosto de 2017.

1 Definição de propaganda eleitoral

Doutrina e jurisprudência reconhecem a existência da propaganda política como gênero, e como espécies a (i) propaganda eleitoral, (ii) a propaganda partidária e (iii) e a propaganda intrapartidária (JORGE et al., 2016). Tem a propaganda política por objetivo divulgar e disseminar no público de uma determinada comunidade, no caso do Brasil, no âmbito nacional, estadual ou municipal as ideias, valores, propostas e projetos políticos de um determinado grupo político, representados por um ou mais partidos políticos e seus candidatos.

Esse é o conceito no sentido *lato* da propaganda política. Mas, como já dito, a referida propaganda se subdivide em intrapartidária, partidária e eleitoral, e em cada uma delas, embora às vezes abrangendo o mesmo público, total ou parcialmente, os objetivos são diferenciados, ou deveriam ser diferenciados.

1.1 Propaganda intrapartidária

Como o próprio nome está a dizer, a propaganda intrapartidária é voltada para “dentro do partido”, ou em outras palavras, visa alcançar a parte interna do partido, é dizer, os filiados. É utilizada às vésperas da convenção partidária, quando são tomadas as grandes decisões sobre o (i) lançamento de candidaturas proporcionais (vereador, deputado estadual ou federal) ou majoritárias (prefeito, governador, senador e presidente da república, e seus respectivos vices e suplentes - no caso de senador) ou ainda (ii) sobre decisões que deliberem sobre coligações.

É regulada pela Lei nº 9.504/97, a qual no artigo 36, § 1º prevê que a propaganda pode ser realizada na quinzena anterior à convenção partidária. Nas últimas eleições (2016), o prazo limite para as

convenções foi o dia 05/08/2016, logo, a propaganda intrapartidária teve como limite o dia 04/08/2016. Nessa espécie de propaganda não se admite a utilização de rádio ou televisão (§ 1º do art. 36, da Lei nº 9.504/97). Admite-se a fixação de placas e faixas no local da convenção, bem como em lugares próximos onde será realizada a convenção. Como a única finalidade da propaganda partidária é convencer os filiados para a indicação do candidato a candidato, não se admite que a propaganda seja estendida por toda a cidade, bem assim a utilização dos meios de comunicação sociais já mencionados (rádio ou televisão).

1.2 Propaganda partidária

Por seu turno, a propaganda partidária, ao contrário da propaganda intrapartidária, tem por objetivo o público externo. É direcionada ao conjunto de cidadãos e tem por objetivo divulgar o projeto político da grei partidária. Não visa apenas aos seus filiados, mas também não está direcionada a um determinado pleito eleitoral. Pelo contrário, como forma de fortalecer a imagem do partido perante o seu eleitorado, a legislação admite, preenchidos determinados requisitos que anualmente, tenham ou não eleições, sejam veiculadas uma série de propaganda com a finalidade de consolidar ou fortalecer a imagem do partido perante os seus filiados, bem como permitindo que alcance novos filiados (CONEGLIAN, 2008).

Há, entretanto, uma vedação à propaganda partidária. No segundo semestre do ano da eleição não se veicula a propaganda política partidária gratuita (no rádio e na TV), e muito menos se admite esse tipo de propaganda mediante pagamento (art. 36, § 2º da Lei nº 9.504/97).

1.3 Propaganda eleitoral

Por fim, além da propaganda intrapartidária e da partidária, temos a propaganda eleitoral. Essa, por sua vez, não tem por objeto direto o fortalecimento da imagem do partido, e também não busca apenas os filiados de um determinado partido. É a verdadeira propaganda política, uma vez que tem por objetivo fazer com que o eleitorado vote neste ou naquele candidato. Fonte de acirradas disputas é o instrumento utilizado pelos partidos e candidatos para a conquista do exercício dos cargos públicos que dependam do voto popular tais quais os do legislativo e do executivo.

O conceito de propaganda eleitoral vigente até a edição da Lei nº 13.165/2015 era bastante elástico e não se vinculava ou se restringia ao pedido explícito de votos. Com efeito, colhe-se dos antigos julgados do TSE que bastava levar ao conhecimento geral da população, ainda que de forma subliminar, determinados aspectos que incutisse na mente do eleitor aspectos favoráveis ao postulante ao cargo eletivo.

Nesse sentido, julgados do TSE:

[...] Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas 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. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal, apta, em determinadas circunstâncias a configurar abuso de poder econômico, mas não propaganda eleitoral [...].” (Ac. Nº 16.183, de 17.2.2000, rel. Min. Eduardo Alckmin; no mesmo sentido Ac. de 27.2.2007 no ARESPE nº 26.202, rel. Min. Gerardo

Grossi; Ac. de 28.11.2006 no ARESPE nº 26.196, rel. Min. Gerardo Grossi; Ac. nº 15.732, de 15.4.99, rel. Min. Eduardo Alckmin; e Ac. nº 16.426, de 28.11.2000, rel. Min. Fernando Neves) (grifo do autor).

O entendimento acima, repita, foi relativizado após o advento da Lei nº 13.165/2015, a qual será, na sequência, devidamente apreciada.

2 Classificações da propaganda eleitoral

Além da definição da propaganda eleitoral em intrapartidária, partidária e política, os doutrinadores classificam ainda a propaganda em relação à sua forma (expressa ou subliminar) e ao seu sentido (positiva ou negativa).

2.1 Propaganda expressa

A propaganda expressa é aquela explícita, ostensiva, direta na qual o candidato “expressamente” promove a propaganda, levando ao conhecimento do eleitor de que ele é candidato a este ou àquele cargo. Como exemplo, temos a propaganda gratuita no rádio ou na televisão, na qual o candidato se apresenta ao eleitor dizendo o seu nome, número, partido político e apresenta a sua proposta e pede o voto.

2.2 Propaganda subliminar

Propaganda subliminar assume o conceito contrário ao de propaganda expressa, é dizer, trata-se daquela propaganda implícita. Ao se praticar o ato não há o pedido expresso de voto, mas criam-se

condições para que o eleitor perceba, de forma inconsciente que determinada pessoa é candidata a algum cargo. Como exemplo, tem-se o caso citado por Andrade Neto (2012 apud ALVIM, 2014, p. 294) de um político que:

[...] enviou à população um cartão de Natal que dizia: ‘25 é natal. No ano que se aproxima, não se esqueça de Jesus’. A mensagem aparentemente inocente, revela-se [...] quando contextualizada: Jesus era o nome do político; e 25, o número do seu partido”. Dentre os vários exemplos levados ao conhecimento do judiciário, tem-se o julgado do TSE no *Ac. De 6.5.2014 no AgR-Respe nº 2661*, rel. Min. Laurita Vaz. No caso que deu origem ao julgado, houve a afixação de adesivos em vários veículos do município de Varjota/CE, com os dizeres: “Eu amo Varjota” e *com a figura de uma rosa*. Referido julgamento, confirmou o acórdão do TRE/CE, o qual concluiu pela existência da propaganda extemporânea subliminar, pois o ato fez referência à pré-candidatura da então prefeita municipal, *Rosa* Cândia de Oliveira Ximenes (grifos do autor).

2.3 Propaganda positiva

Propaganda positiva é a propaganda ideal, a propaganda por excelência, na qual o candidato ao estabelecer um contato com o eleitor procura enaltecer os seus pontos positivos, e de forma positiva tenta demonstrar que possui ideias e projetos políticos que o tornam merecedor do voto do eleitor.

2.4 Propaganda negativa

Propaganda negativa é aquela em que o candidato ou seus apoiadores deixam de falar de seus projetos e propostas, para tecer críticas ao candidato contrário. Pode ser apenas uma crítica desconstruindo o projeto político adversário, o que é normal e aceitável. Mas podem ser também meros ataques pessoais, chegando às vezes às ofensas pessoais.

3 Propaganda antecipada ou extemporânea

Efetuada uma breve síntese das espécies de propaganda existentes, bem como apontadas algumas classificações, cumpre a análise da denominada propaganda antecipada ou extemporânea à luz dos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral.

Por primeiro, cumpre responder a uma indagação. Afinal em que consiste a propaganda antecipada?

O conceito de propaganda se consolidou no tempo e, após ter sido sedimentado na jurisprudência do TSE e dos Tribunais Regionais Eleitorais, sofreu uma profunda modificação no cenário legislativo representada pelo advento da Lei nº 13.165/2015. A referida lei ao alterar o art. 36 da Lei nº 9.504/97 deu novos contornos à propaganda eleitoral.

3.1 Do marco inicial da propaganda antecipada

Por propaganda eleitoral antecipada sempre se entendeu aquela efetuada antes do início do período permitido no ano de eleição para a realização da propaganda eleitoral. No ano de 2016, a propaganda eleitoral foi admitida a partir de 16 de agosto. Logo, em tese,

toda e qualquer propaganda praticada antes desta data se caracterizaria como antecipada.

Mas o dia 15 de agosto de 2016, nas últimas eleições, foi o marco final para a propaganda extemporânea ou antecipada. Questão instigante é saber desde quando se considera um determinado ato como de propaganda antecipada. Afinal, um ato praticado há mais de um ano antes da eleição e que se enquadre no conceito de propaganda antecipada pode assim ser considerado para fins de responsabilização do candidato ou de terceiros? Há quem defenda que não. Uns defendem que o marco inicial deveria ser o primeiro dia do ano em que se realiza a eleição. Outros admitem um período mais elástico, indo inclusive ao ano anterior ao das eleições, desde que possível estabelecer um vínculo entre a conduta e o período eleitoral que se avizinha.

Fato é que a jurisprudência do TSE já admitiu a existência de propaganda extemporânea tanto no ano anterior ao da eleição, quanto no mês de janeiro do ano das eleições.

No julgamento da *RRp nº 1406/DF, DJe 10.05.2010, p. 28*, concluiu-se que houve propaganda extemporânea praticada no *dia 29.05.2009* em relação às *eleições presidenciais de 2010*, que só vieram a ocorrer em outubro deste último ano. Na oportunidade, o TSE entendeu que houve propaganda extemporânea praticada pelo então Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, o qual, em discurso realizado na inauguração de uma obra em Manginhos, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, teria ao encampar em seu discurso, o coro vindo dos manifestantes presentes, propaganda extemporânea implícita em favor da então candidata a presidência da República Dilma Rousseff. No voto ficou expressamente consignado que “[...] a configuração de propaganda eleitoral antecipada independe da distância temporal entre o ato impugnado e a data das eleições ou das convenções partidárias de escolha dos candidatos [...].”

Já na *Rp nº 875/DF – Dj 12-9-2006, p. 148*, reconheceu-se a

existência de propaganda eleitoral antecipada praticada em relação às eleições presidenciais de outubro de 2006, por ter sido divulgado em janeiro de 2006 cartilha produzida sob a responsabilidade da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério do Planejamento, de Orçamento e Gestão e da Secretaria Geral da Presidência da República. Tratava-se de uma cartilha que continha 36 (trinta e seis) páginas distribuídas a mais de um milhão de pessoas. Entendeu-se que em referida cartilha havia “[...] louvores às realizações do Governo Federal, sem objetivo de orientação educacional, informação ou comunicação social. [...]”.

3.2 Das espécies de propaganda eleitoral antecipada

A propaganda eleitoral antecipada, antes da Lei nº 13.165/2015 poderia ser praticada não só de forma expressa e positiva, mas também de forma negativa e, principalmente, de forma subliminar, ou ainda, travestida de propaganda partidária ou intrapartidária (GOMES, 2016). Incontáveis são os julgados do TSE em que foram abordados a propaganda antecipada em suas mais diversas vertentes. Em alguns julgados, a Corte reconheceu a propaganda antecipada e em outros não. Eis, na sequência, a sinopse de alguns julgados.

Propaganda Negativa:

Jornal de entidade sindical que adverte o eleitor a não confiar em pré-candidato à Presidência da República e sugere que sua eleição pode resultar em caos no setor da segurança. Jornal que, de forma geral, faz propaganda contra pré-candidatos de partido. Propaganda eleitoral antecipada negativa. Aplicação da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97. Representação que se julga procedente. Recurso a que se nega provimento.

(RP - Agravo Regimental em Representação nº 897/DF, PSESS - Publicado em Sessão, Data 09/05/2006.).

[...] Propaganda eleitoral antecipada. Recurso especial [...] 1. A Corte Regional, com base na apreciação do conjunto probatório dos autos, assentou que o Agravante, em programa de rádio, antes do período permitido para propaganda eleitoral, emitiu opiniões favoráveis à futura candidata e críticas a grupo político oponente. 2. Para reformar a conclusão do Tribunal Regional Eleitoral de que houve a realização de propaganda eleitoral antecipada, seria necessário o reexame das provas carreadas aos autos, o que encontra óbice nas Súmulas 7 do Superior Tribunal de Justiça e 279 do Supremo Tribunal Federal. 3. [...].

(Ac. de 10.12.2013 no AgR-REspe nº 16394, rel. Min. Laurita Vaz.).

Propaganda Partidária:

[...] Representação. Propaganda eleitoral antecipada. **Programa partidário** [...] Promoção pessoal. Tema político-comunitário. Abordagem. Conotação eleitoral. Caráter implícito. Caracterização. Procedência. Recurso. Desprovemento. [...] 6. A fim de se verificar a existência de propaganda eleitoral antecipada, especialmente em sua forma dissimulada, é necessário examinar todo o contexto em que se deram os fatos, não devendo ser observado tão somente o texto da mensagem, mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação [...].

(Ac. de 5.4.2011 no R-Rp nº 189711, rel. Min. Joelson Costa Dias.) (grifo do autor).

[...] Eleições 2010. Propaganda eleitoral. **Propaganda partidária**. Exclusiva promoção pessoal com finalidade eleitoral. Desvirtuamento. Caracterização. [...]

1. Para a configuração de propaganda eleitoral antecipada na propaganda partidária, é suficiente a divulgação, ainda que subliminar, de determinada candidatura, o que se verifica com a promoção pessoal de filiado com exclusiva finalidade de obter o apoio do eleitor em pleito futuro. Precedentes. 2. O Tribunal Superior Eleitoral tem autorizado, durante a propaganda partidária, a divulgação de informações sobre o desempenho de filiado no exercício de mandato eletivo, levando ao conhecimento da população as ideias defendidas pelo partido político responsável pelo programa, desde que não haja explícita publicidade de teor eleitoral ou exclusiva promoção pessoal. Precedente. [...].

(Ac. de 24.3.2011 no AgR-REspe nº 155116, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior.) (grifo do autor).

Propaganda Intrapartidária:

[...] 2. No caso sub examine, o Regional concluiu pela “realização de propaganda eleitoral extemporânea na data de 30 de junho de 2012, antes do período permitido no art. 36 da Lei nº 9.504/97, com a apresentação de bandas artísticas, em desrespeito ao art. 39, § 7º da referida Lei, contando com a presença de não filiados aos partidos participantes da convenção partidária, conforme foi demonstrado no auto de constatação de fls.

19/20, que tomaram conhecimento do evento através de panfletagem e redes sociais, extrapolando, assim, os limites da propaganda intrapartidária” (fls. 276-277). (REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 18243 - TIANGUÁ – CE, Acórdão de 02/08/2016, DJe, T 191, 04.10.2016, p. 144/14).

[...] Os limites da propaganda intrapartidária foram ultrapassados, pois foi realizada propaganda eleitoral antecipada por meio de outdoor, fixado em caminhão, estacionado em via pública, em frente ao local designado para a convenção partidária, de forma ostensiva e com potencial para atingir os eleitores.

(AI - Agravo de Instrumento nº 3815 - DUQUE DE CAXIAS – RJ, Acórdão de 04/02/2014 , DJe t. 36, 20.02.2014, p. 47/48).

Propaganda Subliminar:

[...]. Distribuição. Informativo. Ações do parlamentar. Período pré-eleitoral. Propaganda extemporânea e subliminar. [...]. III - Caracteriza propaganda antecipada e subliminar a distribuição, em período pré-eleitoral, de informativos contendo nome, cargo, legenda partidária e fotografia e exaltando as atividades do parlamentar. [...]. (Ac. de 21.5.2009 no ARESPE nº 22494, rel. Min. Ricardo Lewandowski.).

[...] Propaganda subliminar antecipada. Revista. Pré-candidato. Deputado estadual. [...]. - 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’ [...] configura propaganda eleitoral antecipada, a ensejar a aplicação da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97. [...].

(Ac. de 30.10.2007 no ARESPE nº 26221, rel. Min. Marcelo Ribeiro.).

[...] 4. A distribuição de calendários, contendo fotografia de parlamentar e mensagem de felicitações pelo advento do ano novo – semelhante aos que enviara, em anos anteriores, a destinatários de seu relacionamento pessoal – não configura propaganda subliminar. [...].

(Ac. nº 15273, de 17.11.98, rel. Min. Néri da Silveira.).

3.3 Do conceito usual da propaganda antecipada

Dois elementos vinham sendo considerados para a caracterização da propaganda eleitoral antecipada.

Um primeiro, de caráter objetivo era e, é, exatamente o marco temporal, isto é, todo e qualquer ato considerado como propaganda que se realize antes da data permitida. No caso das últimas eleições, o ato praticado antes de 16 de agosto de 2016.

O outro elemento, nada mais é do que a própria conceituação da propaganda antecipada. A partir de uma construção doutrinária e jurisprudencial pode-se afirmar que eram elementos aptos a caracterizar a propaganda antecipada: 1. referência à pretensa candidatura;

2. pedido, expresso, ou implícito, de votos; 3. ações políticas que se pretende desenvolver; ou 4. ideia de que o beneficiário é o mais apto para o desempenho da função pública eletiva. Nesse sentido, vários são os precedentes do TSE.

No julgamento do *AgR-AI nº 152.491/PR, DJe t. 72, 16.4.2015, p. 83-84*, o TSE reafirmou o entendimento de que são elementos que caracterizam a propaganda antecipada “[...] a (I) referência à pretensa candidatura; (II) pedido, expresso, ou implícito, de votos; (III) ações políticas que se pretende desenvolver; ou (IV) ideia de que o beneficiário é o mais apto para o desempenho da função pública eletiva [...]”.

Em verdade, o conceito de propaganda antecipada foi formatado com a intenção de proibir a prática de atos que colocassem em risco o equilíbrio do pleito eleitoral. Enquanto alguns, ou a maioria, respeitam a data limite inicial, outros não a respeitam, e ao praticar a propaganda antecipada passam a levar vantagem em relação aos demais.

A construção doutrinária e jurisprudencial do conceito de propaganda antecipada sempre foi a de manter incólume a higidez do processo eleitoral, resguardando-se a igualdade entre os partícipes do processo eleitoral. Essa vertente sempre foi ressaltada nos julgados do TSE. Nesse sentido decidiu o TSE no *Ac. de 16.4.2015, no AgR-AI nº 26055, rel. Min. Luiz Fux*, que :

[...] A ratio essendi subjacente à vedação do art. 36, caput, da Lei das Eleições, que preconiza que a propaganda eleitoral somente será admitida após [...], é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, o que poderia desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral [...].

Mas esse entendimento vigorou, em sua totalidade, apenas até o advento da Lei nº 13.165/2015, que passou a se constituir em um novo marco na definição no conceito de propaganda antecipada. Contudo, antes mesmo da mencionada lei, outros diplomas legais foram editados, trazendo algumas exceções àquilo que se entendia por propaganda antecipada. Trata-se das Leis nº 12.034/2009 e 12.891/2013.

3.4 Das inovações em relação à propaganda antecipada efetuada pelas Leis nº 12.034/2009 e 12.891/2013

A Lei nº 12.034/2009 inseriu o artigo 36-A na Lei nº 9.504/97. Posteriormente, a Lei nº 12.891/2013 fez pequenas alterações no artigo 36-A e inseriu o artigo 36-B na Lei nº 9.504/97.

A inserção do artigo 36-A apenas explicitou exceções àquilo que pudesse ser considerado como propaganda antecipada:

Art. 36-A Não serão consideradas propaganda antecipada e poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: I - a 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, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico; II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pe-

los instrumentos de comunicação intrapartidária; III - a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária e pelas redes sociais; IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; V - a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais. Parágrafo único. É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias. **(já com a redação da Lei nº12.891/2013)** (grifo do autor).

Essas exceções, embora importantes, não alteraram as premissas jurídicas constantes da jurisprudência do TSE para a caracterização da propaganda antecipada. Isso porque apenas pontuou alguns aspectos em que não se considerava a existência da propaganda extemporânea, sem, contudo, esvaziar o entendimento central consolidado no TSE sobre o assunto, quais sejam:

[...] a (I) referência à pretensa candidatura; (II) pedido, expresso, ou implícito, de votos; (III) ações políticas que se pretende desenvolver; ou (IV) ideia de que o beneficiário é o mais apto para o desempenho da função pública eletiva [...].

Já o art. 36-B, na contramão da reforma legislativa que tinha por intenção reduzir o alcance da propaganda antecipada introduziu *uma nova causa de propaganda* antecipada desvinculada das premissas doutrinárias e jurisprudenciais até então existentes. Assim dispõe o artigo legal:

Art. 36-B. Será considerada propaganda eleitoral antecipada a convocação, por parte do Presidente da Re-

pública, dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições. Parágrafo único. Nos casos permitidos de convocação das redes de radiodifusão, é vedada a utilização de símbolos ou imagens, exceto aqueles previstos no § 1º do art. 13 da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013).

Procurou o legislador blindar os partidos políticos e seus filiados, bem como as demais instituições (públicas ou privadas) de eventuais ataques por parte dos chefes do executivo, legislativo e judiciário, que eventualmente venham a ser praticados em rede nacional de rádio e televisão, bem como evitar a prática de possível propaganda em referidos programas.

Como se vê, há aqui um fato gerador específico (matéria veiculada em rede de radiodifusão) que eventualmente venha a ser praticada pelos chefes dos poderes.

3.5 O novo conceito de propaganda antecipada: inovação da Lei nº 13.165/2015

A Lei nº 13.165/2015 promoveu uma forte redução no período da propaganda eleitoral. Antes se iniciava após 05 de julho do ano das eleições, agora só se inicia após dia 15 de agosto, ou seja, reduziu em 41 dias o período da propaganda eleitoral. Contudo, em contrapartida, reduziu também, de forma acentuada, o conceito de “propaganda antecipada”, permitindo que bem antes do período eleitoral os candidatos pratiquem os atos já denominados de “*pré-campanha*”.

Após anos de uma consolidada jurisprudência no TSE e nos Tribunais Regionais Eleitorais em relação não só ao conceito de propaganda antecipada, bem assim aos fatores que lhe davam ensejo, a Lei nº 13.165/2015 alterou a redação ao artigo 36-A e deu nova roupagem ao instituto, esvaziando por completo o conceito de propaganda antecipada.

Dispõe o referido artigo:

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: ***I*** – [...]; ***III*** - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos; ***IV*** – [...]; ***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. § 1º É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias, sem prejuízo da cobertura dos meios de comunicação social. § 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 (grifos do autor).

Com efeito, os conceitos nucleares que embasavam a propaganda antecipada eram: (I) referência à pretensa candidatura; (II) pedido, expresso, ou implícito, de votos; (III) ações políticas que se pretende desenvolver; e ou (IV) ideia de que o beneficiário é o mais apto para o desempenho da função pública eletiva.

A (I) referência à pretensa candidatura e (II) pedido implícito de votos deixou de ser considerado como propaganda antecipada, por expressa disposição contida no caput do art. 36-A. Já as (III) ações políticas que se pretende desenvolver também deixaram de ser consideradas como propaganda antecipada conforme permissivo legal contido no § 2º do mencionado art. 36-A. O item *IV* (ideia de que o beneficiário é o mais apto para o desempenho da função pública eletiva), por decorrência lógica da supressão dos itens anteriores deixou de ser causa da propaganda antecipada.

Restou tão somente o pedido explícito de votos.

Em uma das primeiras manifestações a respeito do tema, já sob a égide das disposições constantes da Lei nº 13.165/2015, o TSE reformou um julgado do TRE-MG, ao argumento de que a nova legislação exige pedido explícito de votos para a configuração da propaganda antecipada.

O TRE-MG manteve a condenação do juízo de primeiro grau (*apenas reduziu a multa ao seu mínimo legal*) por ter entendido que ocorrera a propaganda antecipada. Contudo, o TSE, entendeu que :

[...] 7. A menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015, não configuram propaganda extemporânea, desde que não envolvam pedido explícito de voto. 8. No caso sub examine, [...] c) [...] com o fim das doações empresariais e com o reduzido tempo de campanha eleitoral, impõe-se que os pretensos candidatos,

no afã de difundir suas propostas e de enaltecer suas qualidades pessoais, logrem buscar formas alternativas de conexão com o seu (futuro) eleitorado, de modo que me parece natural que eles se valham de publicações em posts e de mensagens nas mídias sociais (Facebook, Twitter etc.) para tal desiderato. d) **A veiculação de mensagens pelas mídias sociais, dada a modicidade de seus custos, harmoniza-se com a teleologia que presidiu tanto a proscrição de financiamento por pessoas jurídicas quanto a Minirreforma Eleitoral:** o barateamento das campanhas eleitorais, característica que as tornam inaptas a ocasionar interferência indevida do poder econômico no pleito. [...] i) Destarte, a mensagem veiculada não acarretou prejuízo à paridade de armas, pois **qualquer eventual competidor poderia, se assim quisesse, proceder da mesma forma, divulgando mensagens sobre seus posicionamentos, projetos e qualidades, em igualdade de condições, principalmente por tratar-se de propaganda de custo diminuto**, inapta a ocasionar interferência indevida do poder econômico no pleito; 9. Recurso especial provido. **(Recurso Especial Eleitoral nº 5124, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 18/10/2016)** (grifos do autor).

Esse primeiro julgado do TSE lança luzes sobre o eventual entendimento daquela Corte sobre a propaganda antecipada. O julgado minimizou o fato de ter ocorrido custos na veiculação de propaganda na internet (Facebook), por ter tal fato ocorrido no período anterior ao permitido para a propaganda eleitoral, porém, sem pedido explícito de votos.

O julgado em comento desperta algumas indagações e, entre elas, citam-se as seguintes:

- (a)** os meios de propaganda vedados durante o período em que se admite a propaganda eleitoral, atualmente a partir de 16 de agosto do ano das eleições poderão ser utilizados no período anterior ao início da propaganda eleitoral, desde que não haja pedido explícito de votos? Refere-se, por exemplo, à utilização do “*link patrocinado*” no Facebook que é vedado no período legal da propaganda por se constituir em “propaganda paga na internet” (art. 57-C da Lei nº 9.504/97). Ou a utilização de *outdoors*, antes do período eleitoral, mas sem pedido explícito de votos, uma vez que é vedada a utilização de outdoors na propaganda eleitoral (art. 8º, da Lei nº 9.504/97).
- (b)** Teria o julgado sido exauriente nesse aspecto, ou apenas analisado uma particularidade do caso, ou seja, o valor módico dos custos da veiculação de propaganda no Facebook?
- (c)** Esses custos módicos a que se referiu o voto condutor também se aplicam aos casos de *link patrocinado* no Facebook, onde há pagamento por parte do candidato à rede social ?
- (d)** qual o conceito de “*pedido explícito de votos*” constante da Lei nº 13.165/2015, que deu nova redação ao artigo 36-A da Lei nº 9.504/97? Deve ser interpretado de forma literal ou restritivo, ou o pedido explícito de votos deve ser interpretado a partir do contexto da mensagem ou ato praticado pelo postulante ao cargo eleitoral?

Essas questões já foram objeto de apreciação por parte dos Tribunais Regionais Eleitorais e estão à espera de decisões consolidadoras do TSE, as quais ainda não vieram porque ainda não foram julgados os recursos interpostos das decisões dos regionais, sob a égide da Minirreforma Eleitoral promovida pela Lei nº 13.165/2015.

4 A responsabilização pela propaganda eleitoral antecipada

A Lei nº 9.504/97, em seu art. 36, § 3º prevê uma multa de R\$ 5.000,00 a R\$ 25.000,00 ou o valor equivalente ao custo da propaganda se maior do que aquela faixa financeira. A responsabilidade pelo pagamento será do “responsável pela divulgação da propaganda, quando comprovado o seu prévio conhecimento” o próprio beneficiário da propaganda.

Quanto à responsabilização de quem divulgou a propaganda o assunto não gera maiores controvérsias, podendo essa identificação se originar da própria circunstância fática trazida ao conhecimento do judiciário.

Da mesma forma, se o beneficiário foi quem efetuou a divulgação da propaganda antecipada, problemas algum há. Identificando um, identifica-se o outro.

A questão reside em saber se e quando pode o beneficiário ser responsabilizado. O § 3º do art. 36 da Lei nº 9.504/97 expressamente já isenta o beneficiário se não comprovado o “seu prévio conhecimento” sobre a propaganda antecipada. Resta, portanto, saber apenas como se comprova o prévio conhecimento por parte do beneficiário. Essa é a parte controversa.

Consoante José Jairo Gomes (2016, p. 494), três são as hipóteses em se pode afirmar o prévio conhecimento por parte do beneficiário:

[...] o prévio conhecimento pode ser afirmado em situações como as seguintes: (a) sempre que o beneficiário seja o responsável direto pela realização da propaganda ou dela participe; (b) se as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto revelarem a impossibilidade de o beneficiário não ter tido conhecimento da propaganda; (c) se o beneficiário for notificado pela Justiça Eleitoral da existência da propaganda irregular e não providenciar sua retirada ou regularização no prazo especificado na notificação.

Esclareça-se que as hipóteses contida nas alíneas “b” e “c” acima transcritas derivam diretamente do parágrafo único do art. 40-B da Lei nº 9.504/97, que dispõe que

A responsabilidade do candidato estará demonstrada se este, intimado da existência da propaganda irregular, não providenciar, no prazo de quarenta e oito 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.

Nesse sentido, precedentes do TSE:

[...] 1. O Tribunal Regional Eleitoral, ao analisar o conjunto probatório, constatou quanto a um dos representados a prática de propaganda eleitoral antecipada consubstanciada em divulgação de matéria em site da prefeitura sobre a visita ao município de candidato ao pleito, com desvirtuamento de seu conteúdo.

2. É indispensável a comprovação do prévio conhecimento dos beneficiários para aplicação de multa por propaganda eleitoral antecipada. Precedentes. (Ac. 14/04/2015, AgR-AI 24384/MG, DJe, t. 91, 15/05/2015, p,39, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[...] 1. Em ação com pluralidade de representados, a asunção de responsabilidade por qualquer deles pela aventada prática de ilícito deverá ser analisada com cautela, buscando verificar se respaldada pelos elementos constantes dos autos e as circunstâncias do caso concreto.

2. Elementos constantes dos autos que afastam tanto a autoria ou prévio conhecimento daquele que se apon-

ta como beneficiário da propaganda tida por irregular, como a cogitada vinculação da mensagem contida nos outdoors com as eleições que postula. (Ac. 10/08/2010, RP 143639/DF, PSESS - Publicado em Sessão, Data 10/08/2010, rel. Min. Joelson Costa Dias).

5 Conclusão

O estudo da jurisprudência do TSE sobre a configuração da propaganda eleitoral antecipada apresenta diversos aspectos que foram consolidados ao longo de diversas eleições. Essa temática, entretanto, teve o seu alcance reduzido pela Minirreforma promovida pela Lei nº 13.165/2015. Contudo, ainda existem importantes questões a serem apreciadas pelo TSE no que diz respeito ao alcance da nova lei, bem como da subsistência de parte da jurisprudência do próprio TSE em relação a determinados pontos não abrangidos pela reforma.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco. **Manual de direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

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

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de direito eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016.