



Tribunal Superior Eleitoral

Estudos Eleitorais



Volume 7
Número 2
maio/ago. 2012

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA DE CASSAÇÃO DO DIREITO DE TRANSMISSÃO DA PROPAGANDA PARTIDÁRIA

Carlos Francisco Costa¹

Resumo

Aborda tema importante tratado pelos tribunais eleitorais relacionado a um viés possível, visando tornar efetiva a pena de cassação do direito de transmissão da propaganda partidária que pode ser cumulada com a multa prevista no art. 36 da Lei nº 9.504/1997, quando a violação ao art. 45, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.096/1995 ocorrer no semestre anterior a uma eleição. A solução proposta busca dar efetividade ao comando normativo para, no plano prático, fazer com que a sensação de impunidade se esvaia e que o poder de intimidação geral pela aplicação da pena crie força para impedir a banalização da norma pelo seu descumprimento.

Palavras-chave: Propaganda partidária. Utilização indevida. Propaganda eleitoral. Norma iníqua. Modulação dos efeitos da sentença.

Abstract

This article discusses an important theme treated by the electoral courts related to a possible bias that aims at making effective the penalty of forfeiture of the right of broadcasting of party propaganda, which can be combined with the fine of art. 36 of the Law Nº 9.504/97, when the violation of art. 45 *caput*, § 1 of the Law Nº 9.096/1995 occurs in the semester prior to an election. The proposed solution seeks to give effectiveness to the legislative control, to fade away the sense of impunity and to strengthen the power of intimidation of the penalty, creating a force to prevent the trivialization of the law for its noncompliance.

Keywords: Party propaganda. Unlawful use. Unfairness law. Electoral propaganda. Control of the judicial decision effects.

¹ Pós-graduado em Direito Eleitoral pela Faculdade Uniderp/Anhanguera, analista judiciário do Tribunal Superior Eleitoral, onde exerceu a chefia da Seção de Seleção e Divulgação de Jurisprudência (Sedjur/Cojur). Atualmente, lotado no Gabinete do Ministro Arnaldo Versiani.

I Introdução

É cediço que os partidos políticos são ou deveriam ser os guardiões da boa prática no exercício da atividade política do Estado. Assim, no exercício desse mister, por meio de representantes eleitos em suas fileiras e como fruto maior a coroar-lhes o trabalho, encontra-se o privilégio de produzir as leis – o poder legiferante.

Previsto constitucionalmente (Constituição Federal de 1988, art. 59 e seguintes), esse poder coloca nas mãos daqueles representantes, juntamente com o mandato que lhes é outorgado pelas urnas, a liderança na condução dos destinos de uma nação.

Ocorre que há momentos em que esse poder se volta para normatizar a própria atividade e os seus interesses diretos, afetando tanto os parlamentares quanto os interesses partidários. Nessas ocasiões, o corporativismo grassa, acaba por prevalecer e, ainda que disfarçadamente, produz o que, neste artigo, pode-se chamar de norma iníqua.

Plenamente encaixada nessa realidade, encontra-se a norma do § 2º do art. 45 da Lei nº 9.096/1995, que determina a cassação da veiculação da propaganda partidária, a que faria jus no semestre seguinte, do partido que contrariar as previsões do *caput* e § 1º dessa mesma lei.

Essa norma, muito embora afete determinado comportamento e preveja uma sanção, traz em seu bojo a sensação de impunidade, descaso e indiferença em função dos resultados pífios produzidos pela condenação. Além disso, mantém e incentiva a continuidade da prática contrária à lei na razão exata dos benefícios que traz ao infrator, principalmente quando comparados aos resultados que a sanção produz, ainda que tal sanção seja aplicada pelos órgãos competentes do Poder Judiciário.

A proposta deste trabalho abre caminho para que os tribunais eleitorais apliquem analogicamente a solução engendrada pelo STF no sentido de modular os efeitos da sentença de declaração de inconstitucionalidade de lei; não apenas para solucionar o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que possam eventualmente ser sacrificados devido à declaração, mas também para ampliar o leque de interesses à sociedade na razão direta em que ela deseje que as sanções da lei sejam efetivas para inibir a prática de

uma conduta delitiva e produzir, em consequência, a pacificação social pelo poder de intimidação geral causado pela eficácia da sanção.

2 Contextualização do problema

A redação original do art. 45, § 2º, da Lei nº 9.096/1995 determinava, após elencar a conduta proibida no § 1º, que:

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 (BRASIL. Lei nº 9.096/1995, art. 45, § 2º).

A Lei nº 12.034/2009 acresceu o inciso IV ao *caput* do referido artigo e deu nova redação ao § 2º, adicionando os incisos I e II para separar o objeto de incidência da proibição contida no § 1º do art. 45, determinando a aplicação de penas diversas nos seguintes casos: a) quando a infração ocorrer nas transmissões em bloco, cassando o direito de transmissão no semestre seguinte; ou b) quando a infração ocorrer nas transmissões em inserções, com a cassação de tempo equivalente a cinco vezes ao da inserção ilícita, também no semestre seguinte. Assim, eis a redação completa do art. 45, §§ 1º e 2º (BRASIL. Lei nº 12.034/2009), com destaque para as alterações referidas:

Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade:

I – difundir os programas partidários;

II – transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com estes relacionados e das atividades congressuais do partido;

III – divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários;

IV – *promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento).*

§ 1º Fica vedada, nos programas de que trata este título:

I – a participação de pessoa filiada a partido que não o responsável pelo programa;

II – a divulgação de propaganda de candidatos a cargos eletivos e a defesa de interesses pessoais ou de outros partidos;

III – a utilização de imagens ou cenas incorretas ou incompletas, efeitos ou quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem os fatos ou a sua comunicação.

§ 2º *O partido que contrariar o disposto neste artigo será punido:*

I – quando a infração ocorrer nas transmissões em bloco, com a cassação do direito de transmissão no semestre seguinte;

II – quando a infração ocorrer nas transmissões em inserções, com a cassação de tempo equivalente a 5 (cinco) vezes ao da inserção ilícita, no semestre seguinte.

Em que pese o agravamento da pena quando se tratar de infração nas transmissões em inserções, a nova redação do § 2º não trouxe alteração alguma quanto ao momento em que a penalidade deva ser aplicada. Foram mantidos os exatos termos da redação original, ou seja, a aplicação da sanção somente ocorrerá no semestre seguinte ao do ato infracional.

Pela força do § 2º do art. 36 da Lei nº 9.504/1997², que veda a veiculação da propaganda partidária gratuita – prevista em lei – no segundo semestre do ano da eleição, e por entendimento jurisprudencial (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Rp nº 4199135/2010, Rp nº 898/2007, Rp nº 891/2006, Ag-Rp nº 911/2006), a pena será aplicada no semestre seguinte ao da eleição em curso, salvo se o julgamento da representação assim proposta ocorrer após o semestre referido, fato que, dentro dos moldes atuais, pode retardar em até um ano a aplicação da sanção.

Ocorre que, aproveitando a lacuna deixada pela lei, os partidos políticos – invariável, contumaz e generalizadamente –, no semestre anterior a uma eleição, utilizam indevidamente o espaço da propaganda

² § 2º No segundo semestre do ano da eleição, não será veiculada a propaganda partidária gratuita prevista em lei nem permitido qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão.

partidária para divulgação de propaganda eleitoral de candidatos a cargos eletivos, buscando fixar sua imagem junto ao eleitorado em flagrante violação ao disposto no art. 45, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.096/1995.

Essa prática contribui para o abarrotamento de demanda nos tribunais eleitorais que aplicam a pena de cassação do direito de transmissão da propaganda partidária, normalmente, no semestre seguinte à eleição. A pena é aplicada em conformidade com a previsão legal, mas não gera eficácia capaz de impedir a reincidência da conduta nem o poder de intimidação geral para que outros não repitam a violação.

Em suma, a prática é vantajosa para os partidos que infringem a lei, posto que fazem propaganda eleitoral do seu pré-candidato em momento próximo de uma eleição (semestre anterior). A pena, que será aplicada em momento posterior a essa eleição, ocorre quando o interesse do eleitor não mais estará voltado para a eleição nem para os candidatos.

3 Da iniquidade da norma

No caso em questão, a iniquidade da norma está correlacionada à sua incapacidade de coibir a conduta ilícita, especialmente quando a ocorrência da propaganda partidária se der no semestre anterior a uma eleição. Outro aspecto a ressaltar tal qualificação deve-se ao fato de a norma ter sido produzida por aqueles que seriam os objetos de aplicação da lei. Normatizando a atividade e os interesses que lhes são próprios, a regra afeta diretamente os parlamentares, bem como os interesses partidários.

Nessa situação, o corporativismo grassa e acaba por prevalecer, impedindo a justeza da norma e mantendo os resultados pífios quando é aplicado no sentido de que a norma coíba a conduta indesejada. Um exemplo que embasa essa assertiva é a recente minirreforma eleitoral – Lei nº 12.034/2009 –, que, oferecendo oportunidade para corrigir tal distorção, em nada modificou o aspecto aqui abordado.

A norma proibitiva, apesar de boa e de índole educativa, não traz consigo penalidade capaz de coibir a conduta ilícita, especialmente quando a ocorrência da propaganda partidária se der em semestre anterior à eleição.

Exatamente aí aflora a iniquidade da norma em questão. Vejamos: a conduta proibida significa vantagem eleitoral para os partidos que descumprem a lei, tanto é assim que, nos semestres anteriores às eleições, tornou-se prática generalizada entre os partidos que lançam ou pretendem lançar candidatos (próprios ou em coligações), a utilização do espaço de propaganda partidária – não para atender às determinações do *caput* do art. 45, mas, em flagrante desrespeito às normas criadas por seus próprios correligionários – para fazer autênticas propagandas eleitorais dos seus filiados ou não, a depender do interesse eleitoral e das composições/coligações para o pleito que se avizinha.

Tais práticas, em termos de resultados traduzidos em voto, são de difícil mensuração e, apesar disso, continuam sendo repetidas, eleição após eleição, quando não muito, para fixar a imagem dos pré-candidatos aos cargos executivos majoritários, que são normalmente os beneficiários dessas práticas. Prova disso são as diversas representações ajuizadas nos tribunais regionais eleitorais, quando se trata de programas em bloco ou inserções transmitidas nos estados; ou causas originárias no Tribunal Superior Eleitoral, quando se trata de programa em bloco ou inserções nacionais (BRASIL. Lei nº 9.096/1995, art. 45, § 3º).

Em que pese a impossibilidade daquela mensuração, a lógica perversa da iniquidade ínsita a essa norma se traduz na reiterada prática dos partidos de acionarem a Justiça para vê-la cumprida, ao mesmo tempo em que se conduzem em flagrante desrespeito a ela. Geram, portanto, ações mútuas em que, ora arguem o seu descumprimento, ora se defendem, senão dos mesmos, pelo menos de fatos similares, sempre sob o manto da certeza de impunidade e ineficácia que a pena, posto sua insignificância, traduz-se naqueles que deveriam se portar de acordo com as leis por si mesmos criadas.

4 Da evolução do entendimento jurisprudencial

A jurisprudência das cortes eleitorais, especialmente do Tribunal Superior Eleitoral, ainda sob o manto da redação original do § 2º, entendia que a utilização do espaço da propaganda partidária para simples promoção pessoal de possível candidato – com explícito propósito de preannunciar, nos períodos que antecedem as eleições, candidatura iminente, dissociada das finalidades da propaganda partidária – atraía a

sanção prevista no § 2º do art. 45 da Lei nº 9.096/1995, oscilando quanto à possibilidade da aplicação da pena de multa prevista no § 3º do art. 36 da Lei nº 9.504/1997 (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão na Rp nº 366, de 17.12.2002)³.

Com o julgamento da Questão de Ordem na Representação nº 994, o Tribunal Superior Eleitoral firma-se e passa a admitir o cúmulo objetivo para entender possível a dualidade de exames – tanto sob a ótica da Lei dos Partidos Políticos quanto da Lei das Eleições, atraindo a competência do corregedor-geral eleitoral e passando a punir a prática de propaganda eleitoral antecipada em espaço reservado à propaganda partidária, cumulativamente com a cassação do direito de transmissão e multa prevista no art. 36, § 3º da Lei nº 9.504/1997⁴ –, movido pela assertiva do relator Ministro César Asfor Rocha (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. QO na Rp nº 994, p. 3-4), que, provavelmente indignado com os resultados pífios que a pena produzia na situação, se pronunciou nos seguintes termos:

Ocorre que, nessas propagandas partidárias, pela orientação atual, o partido sofre apenas a penalidade de perder o período seguinte. Parece-me isso muito pouco, porque o partido prefere fazer a propaganda no ano da eleição, mesmo sabendo que vai, depois, perder o tempo no semestre seguinte, quando o aspecto eleitoral não está tão vivo quanto neste ano das eleições.

Com o advento das alterações legislativas decorrentes da Lei nº 12.034/2009, embora separando o objeto de incidência da norma para alcançar tanto as transmissões em bloco quanto as transmissões por inserções e aplicar penas diferenciadas em cada situação, o entendimento permanece o mesmo. E no sentido de possibilidade de aplicação do cúmulo objetivo, cassando o direito de transmissão no semestre seguinte e aplicando a multa por propaganda antecipada, conforme destaque da ementa da Representação nº 4199135, de 13.5.2010, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior:

³ Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira pela não aplicação da pena de multa. Em sentido contrário, o Acórdão no REspe nº 19.937, de 12.9.2002, relator Ministro Fernando Neves da Silva.

⁴ § 3º A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado o seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

A utilização de parte da propaganda para exclusiva promoção pessoal de filiada, com explícita conotação eleitoral, atrai, a um só tempo, a aplicação da penalidade da cassação do direito de transmissão no semestre seguinte ao do ato ilícito, salvo quando o julgamento se der em momento posterior, consideradas a gravidade e a extensão da falta, e da pena de multa por violação ao art. 36 da Lei das Eleições (BRASIL. *DJE*, 1º.7.2010, p. 5).

Percebe-se que as penalidades são aplicadas pelos tribunais, porém essa aplicação não significa repressão ao comportamento ilícito, pois não gera prejuízo significativo aos partidos infratores, que preferem descumprir os ditames da lei e divulgar seu pré-candidato, arcando com a cassação da propaganda partidária em semestre em que ela já não será tão relevante, ainda que venha cumulada com a pena de multa.

5 Modulação dos efeitos da sentença no Supremo Tribunal Federal – breves considerações

No Brasil, desde a Constituição de 1891, influenciada por Ruy Barbosa, passou-se a adotar o modelo americano de controle incidental de normas com a consequente decretação de nulidade *ab initio* ou de pleno direito da norma declarada inconstitucional. Com o passar do tempo, esse modelo mostrou-se inapto a garantir os postulados da boa-fé e a segurança jurídica de atos e negócios jurídicos praticados entre o início de vigência da norma e o momento da declaração de inconstitucionalidade, devido à impossibilidade de se desconstituir os efeitos práticos produzidos no período de tempo em que se acreditou que a norma em questão tinha plena validade.

Cappelletti (1992, *apud* FERREIRA, 2011) invoca exemplos clássicos em que os efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade não se mostram passíveis de serem desconstituídos, como, por exemplo, um funcionário, eleito ou nomeado com base em lei declarada inconstitucional muito tempo depois, que tenha longamente atuado em sua função; o Estado que, por muitos anos, tenha arrecadado certo tributo.

A modulação dos efeitos da sentença surgiu em função da necessidade de validar efeitos de leis aprovadas e que posteriormente

foram declaradas inconstitucionais no todo ou em parte, tendo em vista os efeitos deletérios do pronunciamento de nulidade sobre os atos e negócios jurídicos consolidados ao longo do tempo de vigência da referida lei.

A solução começa a ser aventada em decisões do Supremo Tribunal Federal – ADIn nº 513 e 1.116 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 513/DF e ADIn nº 1.116/DF) – citadas por Gilmar Mendes (2004), cujos relatores, em princípio, manifestaram preocupação com o problema, mas devido a particularidades dos casos concretos, que não se mostravam adequados à aplicação no sentido de limitar os efeitos da declaração de nulidade, ficaram impossibilitados de levar a questão adiante. Na ADIn nº 513, apenas se indagou sobre a eventual ocorrência de “excepcional interesse social” apto a afastar o princípio da nulidade e, na ADIn nº 1.116, embora aceitável em tese pelo relator, constatou-se a inadequação em função de que, desde sua concepção, a lei submetida à apreciação de inconstitucionalidade já estava sendo questionada no controle difuso e, até então, sempre com pronunciamentos favoráveis à sua nulidade.

Em outra decisão da Suprema Corte, na qual o recorrente arguia a impossibilidade de o Ministério Público atuar em defesa de interesses individuais disponíveis (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECrIm nº 147.776-8) sob o regime da Constituição de 1988 (art. 127, *caput*), o Tribunal avança no entendimento que conduziu ao atual momento das técnicas de controle de constitucionalidade, de cuja ementa, indicativa do novo rumo, transcreve-se a parte que interessa:

A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

O caminho descrito até aqui, indicativo de que a simples declaração de inconstitucionalidade de lei, sem considerar as nuances

fáticas e temporais que permeiam as relações jurídicas estabelecidas pela lei inconstitucional enquanto assim não declarada, demonstrava a necessidade do afastamento, em determinadas situações, do princípio da nulidade com sustentação no princípio da segurança jurídica.

Com o advento do art. 27 da Lei nº 9.868/1999⁵, inaugura-se a via legislativa apta a possibilitar a declaração de nulidade com temperamentos, no sentido de protrair a eficácia de tal declaração pelo Supremo Tribunal Federal, modulando os efeitos da sentença, desde que atendidos os pressupostos legais.

Ressalte-se que os pressupostos da segurança jurídica e do excepcional interesse público encontram foro constitucional, demonstrados pelo Ministro Gilmar Mendes (2004) ao defender a constitucionalidade desse artigo da lei:

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

Somado a esses dois pressupostos, a lei adicionou requisito procedimental em que a limitação dos efeitos da sentença só poderá ser aplicada por quórum qualificado de dois terços dos votos do Supremo Tribunal Federal.

⁵ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Os fundamentos jurídicos que justificam e tornam evidentes a adoção, no sistema brasileiro, da técnica de declaração do controle de inconstitucionalidade, sem pronúncia da nulidade, extrapolam a finalidade do presente trabalho. Limitamo-nos a extrair de tais decisões e do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 viés apto a ser aplicado quando da sentença que cassa o direito de transmissão da propaganda partidária utilizada indevidamente como propaganda eleitoral de candidatos a cargos eletivos, especialmente quando essa ofensa ocorrer no semestre anterior a uma eleição.

6 Das soluções propostas

6.1 Modulação dos efeitos da sentença de cassação da propaganda partidária

Ainda sob o ponto de vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o princípio da nulidade continua a ser regra no Direito brasileiro e o afastamento de sua incidência depende de severo juízo de ponderação que, com análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de importante interesse social.

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, na dicção do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, visa, obedecidos os seus pressupostos, restringir os efeitos daquela declaração ou, na parte que interessa a este trabalho, decidir que a declaração (ou a sentença que a declara) só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, ou seja, a eficácia da sentença será protraída para aplicação *pro futuro*.

Nesse sentido, indica-se a adoção pelos tribunais eleitorais, em paralelo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, da modulação da eficácia da sentença, protraindo ou fazendo avançar a aplicação da sanção legal, modulando, também, seus efeitos para aplicação *pro futuro*. Explicando: a pena ao partido político que infringir o disposto no art. 45, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.096/1995, quando o ilícito ocorrer no semestre anterior à eleição, não seria aplicada no semestre seguinte nem em momento posterior no caso de não julgamento da

representação com aptidão para alcançar o semestre indicado, por força das disposições do § 2º do art. 36 da Lei das Eleições⁶, mas, modulando-se os efeitos da sentença, sua eficácia seria suspensa, adiando seus efeitos para período correspondente àquele em que a infração foi cometida. Assim, por entendimento jurisprudencial, a pena ficaria suspensa e só seria aplicada no semestre anterior às próximas eleições (municipais ou federais) correspondentes àquelas em que o ato ilícito foi praticado.

A presente proposta encontra apoio nas ideias de Karl Larenz (1969, p. 231), segundo o qual *“a interpretação literal dos textos legais constitui apenas a primeira etapa do processo hermenêutico”*, e de Vicente Ráo (1999, *apud* Ministro Ricardo Lewandowski. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. PA nº 59459), para quem *“há riscos quando se apega ao sentido literal dos textos, abandonando os demais processos hermenêuticos”*, que, somadas às ideias de Maria Helena Diniz (2002, p. 64, *apud* GERA, 2011, p. 24), para quem a hermenêutica, sendo *“teoria científica da arte de interpretar”*, define como uma das funções da interpretação da norma jurídica a de *“temperar o alcance do preceito normativo para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social, ou seja, aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir”*.

Assim, atentos aos termos do voto da Ministra Cármen Lúcia (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 89.417), pronunciando-se no sentido de que: *“Eventualmente, há que se sacrificar a interpretação literal e isolada de uma regra para se assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema [...]”*, busca-se abrir caminhos e indicar fundamentos para esse possível entendimento jurisprudencial, que, apoiado no princípio da proporcionalidade, não ofenda o disposto na lei, mas torne seus comandos efetivos e afaste a zombaria daqueles que, movidos pela impunidade, se colocam em constante desrespeito a esses mesmos comandos.

A seguir, demonstramos que a aplicação que pretendemos dar – indicando aos tribunais eleitorais a possibilidade de modular os efeitos da sentença de cassação do direito de transmissão da propaganda partidária, utilizada indevidamente como propaganda eleitoral em semestre anterior a uma eleição, ou qualquer outra das ofensas do § 1º, para protrair a eficácia dessa sentença para momento adequado apto a

⁶ § 2º No segundo semestre do ano da eleição, não será veiculada a propaganda partidária gratuita prevista em lei nem permitido qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão.

afastar a sensação de impunidade – encontra-se fundada nos mesmos princípios constitucionais que suportam as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, obedecendo aos pressupostos elencados pelo art. 27 da Lei nº 9.868/1999.

6.1.1 Das razões de segurança jurídica

As razões de segurança jurídica que embasam a aplicação indicada fundamentam-se perfeitamente no princípio do Estado de direito, na medida em que, ao firmá-lo, encontram princípios e valores materiais como a liberdade, a segurança individual e coletiva e o cumprimento das leis por todos os indivíduos, entidades e até pelo Estado que as criam, posto que, em última análise, trata-se do próprio direito positivado.

Para Atahualpa e Marly Fernandez (2011), a segurança jurídica pode ser entendida como:

[...] a segurança do próprio direito, isto é, a garantia de sua possibilidade de conhecimento, de sua operatividade e de sua aplicabilidade. Há segurança por meio do direito, unicamente, quando o direito mesmo oferece certeza. Já na segunda forma – segurança jurídica em sentido próprio ou estrito – trata-se mais propriamente da eficácia do direito que, para que possa ser seguro, requer positividade. E positividade significa, simplesmente, a circunstância de que o direito está fixado; o decisivo é que as características da lei se determinem da maneira mais exata possível e, em consequência, possa ser estabelecida sem arbitrariedade.

O princípio do inciso II do art. 5º da Constituição Federal, no sentido de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, dá pleno suporte ao entendimento jurisprudencial que sugerimos ser aplicado.

Aqui, uma brevíssima digressão: ora, se há lei determinando punição para o descumprimento do disposto no *caput* e § 1º do art. 45 da Lei nº 9.096/1995, inexistente razão para que a pena prevista pela lei seja tão banalizada pelos sujeitos da norma – os partidos políticos. É necessário que os tribunais impeçam tal achaque, lançando mão, por via jurisprudencial, da modulação dos efeitos da sentença que determina a cassação do direito de transmissão da propaganda partidária, não somente na hipótese do

inciso II do § 1º, utilizado neste trabalho apenas por ser emblemático, como também nas demais hipóteses de vedação⁷, no sentido de protraí-la para aplicação *pro futuro*.

6.1.2 Do excepcional interesse social

A eficácia da sanção aplicada pelo Estado-juiz pode ser medida pelo poder de intimidação geral causado no meio social. O risco de sofrer a sanção induz o sujeito da norma a refletir quanto aos riscos de assumir posição que vá de encontro ao que nela está previsto.

O excepcional interesse social é conceito que se extrai do sistema jurídico, conforme Luciano Fernandes (2011),

O que se está a dizer é que, embora não exista definição literal, pode-se retirar do sistema jurídico o conceito de “excepcional interesse social”. A vontade do Estado é a vontade da sociedade, o interesse público é o interesse de cada um, em um conceito puro.

Não resta dúvida que a vontade da sociedade, e, portanto, o interesse social, tenha como principal manifestação a unidade do sistema jurídico. Estando atendida a Constituição da República em sua complexidade, e não em uma regra isolada, estará atendido o excepcional interesse social.

Ainda na opinião de Luiz Felipe Nobre Braga (2011),

O interesse social no controle difuso é a vontade de satisfação daquele conflito, entre aqueles particulares. O Estado almeja a satisfação social, tal satisfação é a pacificação dos conflitos, nós somos e compomos o Estado soberano, logo, nosso interesse enquanto sociedade é a resolução dos conflitos na seara privada e pública. É um querer indireto que se traduz neste silogismo.

Torna-se, então, de excepcional interesse social que as leis sejam cumpridas e, caso contrário, que as penas impostas pelo seu descumprimento sejam suficientes para inibir a reincidência da conduta ilícita e incutir no meio social o poder de intimidação geral, não no sentido de impedir novas ocorrências, mas no sentido de levar o sujeito da norma a ponderar a respeito de sua eventual violação, especialmente

⁷ § 1º Fica vedada, nos programas de que trata este título: I – a participação de pessoa filiada a partido que não o responsável pelo programa; II – [...] III – a utilização de imagens ou cenas incorretas ou incompletas, efeitos ou quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem os fatos ou a sua comunicação.

quando praticada não por indivíduos, como no Direito Penal – aos quais a reincidência se justificaria sob os aspectos de insanidade –, mas por instituições que deveriam funcionar como guardiãs das normas criadas pelos próprios correligionários, como acontece no caso em questão.

A não aplicação da pena pelo descumprimento ao contido no *caput* e § 1º do art. 45 da Lei nº 9.096/1995, no semestre seguinte a uma eleição, torna-se, então, plenamente possível e justificada pelo excepcional interesse social, com base constitucional, no sentido de que tanto à sociedade quanto ao Estado interessa que toda determinação legal seja cumprida e, se assim não for, que a pena seja capaz de assegurar punição adequada ou, pelo menos, impedir a banalização da norma.

A busca de simetria na aplicação da pena, de tal forma que ela seja proporcional à gravidade e extensão da falta, corresponde ao anseio da sociedade pela penalização efetiva do infrator, atendendo também aos seus anseios de combate à impunidade, enquanto eleitor ou cidadão.

Além disso, poderá produzir efeito secundário de política judiciária no sentido de impedir que a Justiça se torne alvo de chacota daqueles que insistem em tirar proveito das lacunas apresentadas pela lei, colaborando para reduzir o número de ações impetradas nos tribunais, arguindo tal ofensa.

6.1.3 Do requisito procedimental do quórum especial

No Supremo Tribunal Federal, a partir da Lei nº 9.868/1999, passou-se a exigir quórum qualificado de dois terços de seus membros para que a possibilidade de limitar os efeitos da sentença de nulidade, decorrente da declaração de inconstitucionalidade, pudesse ser aplicada.

Essa questão, nos aspectos aqui tratados, torna-se irrelevante e não se aplica à Justiça Eleitoral, posto que inexistente situação jurídica pendente a ser normatizada. A ideia aqui é apenas no sentido de suspender a aplicação da pena para que, aplicada em momento posterior, corresponda ou coincida com o período em que a ofensa à lei foi cometida.

Então, conforme explicitado, atendidos os pressupostos legais para se modularem os efeitos da sentença de cassação da propaganda partidária nos moldes indicados à Justiça Eleitoral, mesmo que a inexistência de previsão legal surja como óbice à sua aplicação,

salientamos que a Suprema Corte brasileira, antes de lei que lhe desse suporte, já aplicava a modulação dos efeitos de suas decisões, atenta às razões de ponderação da declaração de inconstitucionalidade aliada à necessidade de rigidez da ordem jurídica, prestando significação ao princípio da proporcionalidade para assegurar justeza e atenção aos interesses afetados por ela. Nesse sentido, a inexistência de previsão legal não é óbice para que a Justiça Eleitoral aplique analogicamente o entendimento da Corte Suprema, na medida em que esse princípio está diretamente relacionado não aos interesses das partes, mas aos interesses maiores da sociedade, a quem interessa que as leis sejam cumpridas e que as penas produzam efeitos intimidatórios capazes de impedir o desrespeito premeditado a elas.

6.2 Proposta de alteração legislativa

Como alternativa, propomos *de lege ferenda* a alteração, por via legislativa, do dispositivo sancionatório para cominar que, se a infração ocorrer em semestre anterior a uma eleição, a pena a ser aplicada ao partido – no sentido de cassar o direito de transmitir o programa partidário nas transmissões em bloco, bem como quando a infração for cometida nas transmissões em inserções, cassando o tempo equivalente a cinco vezes ao da inserção ilícita – aconteça não no semestre seguinte às eleições, mas no semestre anterior às próximas eleições correspondentes.

Para tal, bastaria o acréscimo de um novo § 3º, renumerando-se os demais para constar que:

Art. 45.

[...]

§ 2º O partido que contrariar o disposto neste artigo será punido:

I – quando a infração ocorrer nas transmissões em bloco, com a cassação do direito de transmissão no semestre seguinte;

II – quando a infração ocorrer nas transmissões em inserções, com a cassação de tempo equivalente a 5 (cinco) vezes ao da inserção ilícita, no semestre seguinte.

§ 3º Se a infração ocorrer no semestre anterior a uma eleição, as penas previstas nos incisos I e II do parágrafo anterior serão

suspensas e aplicadas no semestre anterior às próximas eleições correspondentes àquelas em que a infração foi cometida.

[...]

7 Considerações finais

Conforme demonstrado, com referência à norma do § 2º do art. 45 da Lei nº 9.096/1995, quando violadas as disposições do *caput* e § 1º em semestre anterior à eleição, a presente reflexão não encontra eco entre os partidos políticos, haja vista o balanço entre o prejuízo efetivo (perda do direito de transmissão da propaganda partidária no semestre seguinte) e os frutos decorrentes da infringência à norma proibitiva (promoção antecipada dos candidatos a cargo eletivo e consequentes vantagens eleitorais para o pleito vindouro).

Assim, a via indicada – modulação dos efeitos da sentença de cassação do direito de transmissão da propaganda partidária quando a violação ao *caput* e § 1º da Lei nº 9.096/1995 ocorrer no semestre anterior a uma eleição, protraindo-se a eficácia da sentença para aplicá-la no semestre anterior à próxima eleição correspondente àquela em que a infração foi cometida, com fundamentos no Estado de direito, traduzido em razões de segurança jurídica e no excepcional interesse social – pode se tornar meio próprio para dar efetividade ao comando legal que veda a utilização do espaço de propaganda partidária como propaganda eleitoral de pré-candidato.

Consideramos que a solução indicada a ser engendrada pelos tribunais eleitorais ou a proposta de alteração legislativa nos termos indicados trarão maior eficácia à norma e à sua correspondente sanção, agindo como fator de desestímulo, repressão e intimidação geral para coibir a conduta ilícita, colaborando na prevenção geral e particular para trazer à baila a necessária reflexão quanto aos riscos possíveis pelo descumprimento da norma.

Demonstrado que a aplicação atende aos pressupostos legais indicados pela Lei nº 9.868/1999 quanto às razões de segurança jurídica e do excepcional interesse social e que, por circunstâncias próprias, dispensa a necessidade de qualificação do quórum, ficam evidenciados os benefícios de sua adoção pela Justiça Eleitoral, mesmo que inexistente dispositivo de lei a dar-lhe suporte, sendo suficiente para tal a analogia

com a modulação dos efeitos da sentença, que já era praticada pelo Supremo Tribunal Federal antes mesmo do advento da lei.

Observe, então, que o leque de interessados em que haja o cumprimento dos ditames legais se estende para toda a sociedade, que, em última hipótese, se torna a maior beneficiada pela justeza da norma no sentido de que a aplicação da pena seja proporcional à ofensa.

A proposta contribuirá, também, com a política judiciária no sentido de desafogar os tribunais eleitorais e, ainda que indiretamente, para a pacificação social, a consolidação da democracia e a formação de uma sociedade mais justa e igualitária, na medida em que fortalece e cria no cidadão, na sociedade e, especialmente, no âmbito político, por meio do poder de intimidação geral, o sentimento de que o cumprimento da lei é dever imposto a todos, impedindo a banalização da norma pelo seu descumprimento como tem ocorrido, até o momento, com a espécie em questão.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

BRAGA, Luiz Felipe Nobre. *A técnica da modulação dos efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade: interpretação extensiva do artigo 27 da lei 9868/99*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6577>. Acesso em: 14 abr. 2011.

BRASIL. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/codigo_eleitoral_2012/TSE-Codigo-Eleitoral-2012-Web.pdf#page=302>. Acesso em: 2 jul. 2012.

_____. *Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009*. Altera as leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm>. Acesso em: 2 jul. 2012.

BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 513/DF. Relator: Ministro Célio Borja. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 141, p. 739.

_____. ADIn nº 1116-DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 160, p. 805.

_____. HC nº 89.417. Relator: Ministra Cármen Lúcia. *DJ*, 15 dez. 2006.

_____. RECrIm nº 147.776-8. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Lex-JSTF*, n. 238, p. 390.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Representação nº 366*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *DJ*, 4 abr. 2003. p. 145.

_____. *Recurso Especial Eleitoral nº 19.937*. Relator: Ministro Fernando Neves. *DJ*, 8 nov. 2002. p. 150.

_____. *Agravo na Representação nº 911*. Relator designado: Ministro Ayres Britto. *DJ*, 7 ago. 2006. p. 137.

_____. *Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 9. ed. Brasília: TSE, 2010.

_____. *PA nº 59459*. Redator designado: Ministro Ricardo Lewandowski. *DJE*, 23 set. 2010.

_____. *Questão de Ordem na Representação nº 994*. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. *DJ*, 13 dez. 2006. p. 168.

_____. *Representação nº 891*. Relator: Ministro José Delgado. *DJ*, 31 ago. 2006. p. 126.

_____. *Representação nº 898*. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. *DJ*, 20 abr. 2007. p. 224.

_____. *Representação nº 4199135*. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. *DJE*, 1º jul. 2010, p. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do Direito Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

FERNANDES, Luciano. *Ação declaratória constitutiva negativa de inconstitucionalidade?* Disponível em: <http://www.advogadobr.com/comentarios-ao-CPC/00_acao_declaratoria_constitutiva_negativa%20_inconstitucionalidade.php>. Acesso em: 13 abr. 2011.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. *Direito natural e positivismo jurídico*: justiça, segurança e interpretação jurídica. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9770/direito-natural-e-positivismo-juridico/1>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso*. BDJur – Biblioteca Digital Jurídica – STJ. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/27784>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

GERA, Renata Padilha Coelho. *Hermenêutica constitucional*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 4, p. 24-28, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/dezembro2006pdf/2HermenuticaConstitucional.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2011.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à Lei nº 9.868, de 10.11.1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RÃO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém, PA: Cejup, 1999.