

A Natureza Jurídica da Propaganda Eleitoral Extemporânea

Cristiane Tomaz Buosi¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo expor e desenvolver a ideia apresentada em uma das palestras ministradas no **1º Seminário de Direito Eleitoral: Temas Relevantes para as Eleições de 2012**, promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

O tema escolhido para ser abordado refere-se à Palestra **Propaganda Eleitoral**, ministrada pelo Dr. Rodrigo Molinaro Zacharias em 11 de maio de 2012.

APRESENTAÇÃO

O objeto do presente estudo é analisar a natureza jurídica de conceitos relacionados à propaganda eleitoral realizada fora do período legalmente permitido, bem como sua delimitação jurisdicional, fundado em princípios jurídicos e sistematizações legais e infralegal, com o intuito premente de se alcançar a moralização do processo eletivo e o maior alcance do ideal democrático, e no intuito de buscar a efetiva e justa democratização do processo eletivo.

Trata-se a normatização eleitoral de um complexo de normas voltado, especialmente, para o processo eletivo, cujo sistema legal é aplicado antes, durante e após as eleições. Para Fávila Ribeiro, citado por Joel J. Cândido, “o Direito Eleitoral, precisamente, dedica-se ao estudo das nor-

¹ Juíza de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra Mansa e 94ª Zona Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro.

mas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental” (Cândido, p. 25).

Busca, assim, através da *mens legis* contida nos artigos 36 e seguintes da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (“Lei das Eleições”), impedir a quebra da isonomia entre os candidatos com a realização de propaganda irregular, a fim de garantir o ideal democrático.

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O PROCESSO ELEITORAL

É certo que um dos mais importantes valores tutelados pelo direito eleitoral é a *pars conditio*, assim entendida a igualdade de condições entre os candidatos concorrentes. Para o direito eleitoral, não é permitido o tratamento privilegiado a candidato, partido político ou coligação, com fulcro no princípio da igualdade, preconizado no artigo 5º da nossa Lei Maior.

Conforme lição de José Jairo Gomes, *in verbis*:

“O princípio em tela adquire especial relevo nos domínios do Direito Eleitoral, já que rege diversas situações. Basta lembrar que os concorrentes a cargos políticos-eletivos devem contar com as mesmas oportunidades, ressalvadas as situações previstas em lei – que têm em vista o resguardo de outros valores – e as naturais desigualdades que entre eles se verificam” (Gomes, p. 44-45).

Ao primar pela igualdade como seu princípio fundamental, está o Direito Eleitoral nada mais que priorizando o ideal democrático, fundamento da sua existência, uma vez que, desde Aristóteles, citado por José Afonso da Silva, “a igualdade (...) é o primeiro atributo que os democratas põem como fundamento e fim da democracia” (Silva, p. 133). Conclui o filósofo ainda que “toda democracia se funda no direito à igualdade, e tanto mais pronunciada será a democracia quanto mais se avança na igualdade” (Silva, p. 133).

Outrossim, como corolário da garantia à efetivação do primado da igualdade material entre os candidatos, partidos políticos e coligações, toda a atuação da Justiça Eleitoral, do Ministério Público, dos partidos políticos e candidatos, inclusive o eleitor, deve pautar-se na preservação do princípio da lisura das eleições.

Conforme defendido por Marcos Ramayana, “as eleições (...) usadas como campo fértil da proliferação de crimes e abusos do poder econômico e/ou político atingem diretamente a soberania popular tutelada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal” (Ramayana, p. 14).

A proibição da propaganda eleitoral, fora do lapso tolerado pelo sistema normativo, não ofende a liberdade de expressão constitucionalmente consagrada, uma vez que a liberdade de expressão representada, neste estudo, pela propaganda eleitoral há de ser harmonizada com os demais princípios basilares do texto constitucional, sobretudo a busca do equilíbrio na disputa eleitoral, através do primado da igualdade de oportunidades entre candidatos, partidos políticos e coligações.

Na defesa dessa linha de pensamento, Alexandre de Moraes, aprofundando o estudo acerca da amplitude do direito constitucional à liberdade de comunicação social, admite que, “apesar da vedação constitucional da censura prévia, há necessidade de compatibilizar a comunicação social com os demais preceitos constitucionais” (Moraes, p. 747).

Deve-se, assim, harmonizar os conceitos, na busca à democracia, fundada em um pleito igualitário, justo e pautada na legalidade.

Conforme ensina ainda o citado mestre, “quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua” (Moraes, p. 28).

Nessa linha de análise, “o princípio da harmonização permite que o legislador crie restrições ao direito de manifestação do pensamento, sem

que com isso fira esse direito constitucional, pois deverá ponderar sobre os bens jurídicos em jogo: combinando os princípios da lisura do pleito e da igualdade entre os candidatos com o direito de livre expressão do pensamento” (Luz e Souza, p. 01).

Utiliza-se, para a ponderação dos valores em questão, sobremaneira, o princípio da proporcionalidade “como ferramenta metodológica no controle de validade das restrições aos direitos fundamentais” (Pereira, p. 166). Trata-se, na visão de Jane Reis Gonçalves Pereira, de aplicação do princípio em questão como um “postulado aplicativo – ou seja, como um dever que estrutura a aplicação de outras normas jurídicas” (Pereira, p. 167).

A ponderação dos bens em conflito, bem como da linha interpretativa a ser seguida, baseia-se, segundo Ana Paula de Barcellos, na capacidade de o intérprete “afastar a aplicação de dispositivos válidos em benefício da aplicação de outros, restringir o exercício de direitos fundamentais e até mesmo relativizar regras constitucionais” (Barcellos, p. 261). Segundo esta, a técnica em questão possibilita a “solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (Barcellos, p. 262). Para a autora, acertadamente, “a ponderação é tida como uma técnica de solução de determinados conflitos normativos, a saber, aqueles que envolvem colisões de valores ou de opções político-ideológicas e que não são superáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (Barcellos, p. 264).

E, conforme preconizado por José dos Santos Carvalho Filho, em caso de contrariedade ao princípio da reserva legal, “havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude” (Carvalho Filho, p. 17).

PROPAGANDA ELEITORAL

Propaganda eleitoral é aquela que tem por fim a captação de votos dos eleitores para a investidura em cargo público eletivo em uma eleição,

procurando convencer aquele a quem se destina que determinado candidato é o mais indicado para ocupar o cargo em questão.

Cumpra-se, ainda, qual a natureza jurídica da regulamentação normativo-eleitoral da propaganda eleitoral, ou seja, se está amparada pelo princípio da legalidade geral ou pelo princípio da estrita legalidade ou reserva legal. Para tanto, necessário analisar o diploma legal que regula a propaganda eleitoral, a qual delimita o período permissivo para propaganda eleitoral.

Segundo o artigo 36 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, a propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição.

Em consulta realizada ao Tribunal Superior Eleitoral acerca do prazo para realização de propaganda eleitoral lícita, assim já se decidiu:

“(...) não há marco inicial de proibição. **O que a lei estabelece é um marco inicial de sua permissão** (art. 36, *caput*, da Lei nº 9.504/97)” (Res. nº 20.507-TSE, de 18.11.99, rel. Min. Costa Porto, *grifos nossos*).

Verifica-se assim que, no que concerne às regras regulamentadoras da propaganda eleitoral, aplicável o princípio da estrita legalidade ou da reserva legal, segundo o qual só é lícita a conduta se fundada em expressa previsão legal.

Entende Joel J. Cândido que a propaganda regular termina “com o fechar da última urna” (Cândido, p. 156). Ao aprofundar o tema, sabiamente pondera, contudo, que o período de 48 horas antes e 24 horas após a eleição é um período em que a propaganda em questão é restringida. Segundo ele, “é um período de liberdade restrita da propaganda, dentro de um período de propaganda com liberdade ampla, (...) para garantir a fecundidade dos princípios da propaganda” (Cândido, p. 156).

Propaganda eleitoral extemporânea

Propaganda extemporânea é aquela veiculada de forma e em períodos vedados pelos diplomas normativos reguladores da matéria². Trata-se de “forma ilegal de veiculação de propaganda antes do prazo previsto no art. 36 da Lei nº 9.504/97” (Ramayana, p. 156).

É espécie de propaganda irregular, praticada de forma contrária às regras jurídicas vigentes, baseadas no Poder de Polícia³ da Justiça Eleitoral para controlar a propaganda eleitoral e em clara violação ao princípio do controle judicial da propaganda eleitoral.

O controle realizado pela Justiça Eleitoral sobre a propaganda irregular tem por finalidade promover o princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos e evitar a criação de desigualdade entre estes, além de evitar a camuflagem ao abuso do poder econômico ou político.

Salienta ainda Marcos Ramayana, ao tratar do tema em questão, que “esta propaganda é um exemplo de utilização indevida de recursos e

2 Passível de ser configurada propaganda extemporânea aquela veiculada no dia da eleição, e tipificada como crime de “Boca de Urna”, em interpretação extensiva e teleológica da norma de proibição contida no artigo 39, parágrafo 5º, incisos II e III, da Lei nº 9.504/97, por discriminar prática de propaganda ilícita e vedada, em razão de sua extemporaneidade, a qual traduz propaganda irregular, na modalidade extemporânea, já que praticada em época vedada pelo direito. Em julgamento de recurso interposto em razão da aplicação de multa, pela prática em questão, os ilustres Desembargadores em atuação perante o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, Jacqueline Lima Montenegro e Luiz Márcio Alves Pereira manifestaram-se no Recurso Eleitoral nº 6.670-Classe RE, pelo Tribunal Regional Eleitoral, do Estado do Rio de Janeiro, em 27 de novembro de 2008. A primeira, manifestou-se como “bastante simpática à tese de aplicação de multa com relação à boca-de-urna, classificando-a como uma evolução em propaganda extemporânea (...) desde que haja prova mínima de liame entre aquele que distribui e aquele que se beneficia, por menor que seja”. No mesmo julgamento, o segundo também defendeu a sua aplicação, por ser a “boca-de-urna” uma “afronta a igualdade do processo eleitoral” e como forma de coibir “o abuso do poder econômico enorme traduzido pela boca-de-urna”. Assim, entende-se cabível a sanção administrativo-eleitoral pertinente, relacionada à prática de propaganda extemporânea, pelo candidato que a patrocinou, ou diretamente se beneficia com esta, da mesma forma que ocorre com as demais formas irregulares de propaganda eleitoral, combatidas e sancionadas pela Justiça respectiva, e desde que comprovados os demais requisitos, já que para ser lícita, a propaganda eleitoral tem de ser expressamente permitida pela legislação específica, por aplicação do princípio da reserva legal.

3 Conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho, configura o ‘poder de polícia’ como “verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade” (Carvalho Filho, p. 68), fundada no “interesse público” (Carvalho Filho, p. 74). Com base no conceito supra aduzido, verifica-se, assim, que a Justiça Eleitoral, ao coibir a prática da propaganda extemporânea, e fiscalizar a sua ocorrência, realiza verdadeira atividade de polícia administrativa-eleitoral, uma vez que atua de forma subjacente à lei e, consoante o festejado autor, “esta (o poder de polícia) já preexiste quando os administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos” (Carvalho Filho, p. 68).

arrecadação irregular dos mesmos” (Ramayana, p. 156).

Para jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, confundem-se os conceitos de propaganda extemporânea e propaganda antecipada, já que aquela se reduz à praticada anteriormente ao dia 06 de julho do ano eleitoral⁴.

A fim de se configurar a propaganda fora de época, é necessário ainda que a mensagem veiculada esteja diretamente relacionada à eleição vindoura. Ou, como muito bem colocou Olivar Coneglian, “para que uma mensagem seja considerada eleitoral, há necessidade de que ela esteja enganchada na eleição” (Coneglian, p. 207).

CONCLUSÃO

Ponderando-se, assim, ambos os imperativos normativos – período permissivo para propaganda eleitoral e período em que esta é vedada, é forçoso se concluir que pode a prática de propaganda veiculada em data e da forma diversa daquela permitida pela legislação eleitoral configurar propaganda extemporânea, em face do candidato, partido político ou coligação.

Diante dos princípios e normas expostos, conclui-se que, caso ocorra violação à legislação que regulamenta a propaganda eleitoral, notadamente no que se refere à época de sua viabilidade, é cabível a aplicação de sanção administrativo-eleitoral pertinente, relacionada à prática de propaganda extemporânea pelo candidato que a patrocinou ou que diretamente se beneficia com esta.

⁴ Nesta linha de análise, segundo entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, caracteriza-se propaganda eleitoral extemporânea quando:

(...) 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 da função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal – apta, em determinadas circunstâncias a configurar o abuso de poder econômico – mas não propaganda eleitoral” (Respe nº 15.732/MA, Rel. Min. José Eduardo Rangel de Alckmin, DJ de 7.5.1999).

No mesmo sentido:

“(…) A propaganda extemporânea é caracterizada pela divulgação de que tal ou qual candidato seria o mais apto. (...) O pedido de voto não é requisito essencial para a configuração do ilícito, desde que haja alusão à circunstância associada à eleição. (...) Para a identificação deste trabalho antecipado de captação de votos, é comum que o julgador se depare com atos que, embora tenham a aparência de licitude, podem acabar por ferir a igualdade de oportunidade dos candidatos do pleito” (TSE, Min. Felix Ficher, AgR-Rp nº 205-74.2010.6.00.0000/DF, DJ. 11/05/2010, p. 31-32).

Passível, por conseguinte, nesse caso, ao candidato, partido político ou coligação, a aplicação da multa administrativo-eleitoral, caso comprovado no procedimento existente para tal finalidade o seu patrocínio financeiro ou notoriamente presumido o conhecimento da prática da propaganda irregular que beneficie o candidato, partido político ou coligação, independentemente de comprovação de benefício *in concreto*, decorrente da veiculação daquela propaganda objeto do procedimento em questão. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula. “Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional”, in *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Organizador: Luiz Roberto Barroso, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CÂNDIDO, Joel J., *Direito Eleitoral Brasileiro*, 13ª Ed., Bauru/SP: Edipro, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CONEGLIAN, Olivar, *Propaganda Eleitoral*. 8ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006.

GARCIA, Emerson (organizador). *Código Eleitoral – 2ª Ed.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LUZ, Marcos Caires e Souza, Liliam Cristina Perez Alves de. “Dia da Eleição. A Manifestação Política do Eleitor que não configura o crime de boca de urna. O que pode e o que não pode”. Jus navegandi, Teresina, ano 12, n. 1909, 22/09/2008, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11756>. Acesso em 29.09.2010

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 19ª Ed., São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade”, *in A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Organizador: Luiz Roberto Barroso, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RAMAYANA, Marcos. *Resumo de Direito Eleitoral*. Niterói: Impetus, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.