

PROPAGANDA ANTECIPADA

Luis Sérgio Langowski *

Determina o art. 36 da Lei nº 9.504/97 que a propaganda eleitoral apenas poderá ser realizada após o dia 05 de julho do ano de eleições pelo que, eventual propaganda produzida antes desta data deverá ser considerada irregular e seu responsável, bem como, eventualmente, seu beneficiário, sofrer penalização de 20.000 a 50.000 UFIRs ou equivalente ao custo da propaganda, quando esta for superior ao limite cominado para a multa, tudo de acordo com o parágrafo 3º do já mencionado dispositivo legal.

Referida proibição é genérica, abrangendo qualquer meio de divulgação ou tipo de realização de propaganda eleitoral (televisão, rádio, jornais, impressos, cartazes, etc.). O texto legal também não discrimina entre propaganda paga ou gratuita, estando ambas, a princípio, incluídas dentro da proibição de propaganda eleitoral antes do dia 05 de julho. A questão que se coloca é se mencionada proibição seria ofensiva a garantia constitucional da livre expressão do pensamento, bem como eventualmente à liberdade de imprensa e de inexistência de censura prévia.

Tal questão é suscitada em virtude de recente decisão do eg. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná que entendeu que ao mencionado art. 36 deve-se dar uma interpretação restritiva de modo que a proibição nele contida apenas se refira às propagandas pagas e não às gratuitas, estando esta últimas albergadas pelos princípios constitucionais da liberdade de expressão e liberdade de imprensa.

A DECISÃO DO EG. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PARANÁ

A decisão do eg. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná que considerou a proibição contida no art. 36 da Lei nº 9.504/97 relativa apenas à propaganda eleitoral "paga" teve a seguinte ementa:

" recurso Eleitoral Provimento Constitucionalidade do art. 36 da Lei nº 9.504/97 Interpretação conforme Proibição de interpretação extensiva de normas restritivas de direito Atipicidade de condutas.

Através de interpretação conforme à Constituição, mostra-se legítimo o comando do art. 36 da Lei nº 9.504/97, desde que o conceito de propaganda eleitoral seja tomado restritivamente. Eventual interpretação extensiva contraria a definição de propaganda no próprio âmbito da legislação eleitoral, desprestigia a garantia constitucional do art. 5º, IV e o comando do art. 220, caput da Constituição Federal. Uma vez que, em consonância com a interpretação conforme, as declarações dos Representados não podem ser tomadas como "propaganda", não há que se falar em tipicidade da conduta."

(Acórdão nº 22.539, de 23 de setembro de 1998)

Afirma o mencionado acórdão que ao se dar ao conceito de "propaganda" um sentido lato, abrangente de qualquer ato de promoção ou crítica, haveria clara ofensa ao direito constitucional de livre manifestação do pensamento e crítica. Exatamente para não incorrer nesta inconstitucionalidade, o acórdão visualiza uma alternativa hermenêutica capaz de conciliar o texto do art. 36 aos princípios constitucionais da liberdade de expressão, utilizando-se para isto da técnica da interpretação conforme a Constituição.

Assim, embora reconheça o poder de conformação do legislador ordinário, entende que a uma norma de natureza restritiva de direitos como a do art. 36 da Lei nº 9.504/97 deve-se dar uma interpretação igualmente restritiva para que ela possa encontrar sustentação constitucional. Fixada tal premissa, o acórdão procura, então, examinar dentro do próprio ordenamento jurídico o conceito de "propaganda eleitoral", concluindo que apenas aquela que é "paga" pode ser considerada como a propaganda proibida pelo art. 36 da já mencionada lei.

Tal conclusão fundamentou-se na circunstância do mesmo art. 36, em seu parágrafo 2º, impedir qualquer propaganda "paga" no rádio e na televisão no segundo semestre do ano de eleição, assim como no parágrafo 3º do mesmo artigo ao limitar a multa ao valor de vinte mil a cinquenta mil UFIRs ou equivalente ao "custo da propaganda", se este for maior. Menciona ainda os arts. 43 e 44 da Lei nº 9.504/97 que igualmente se referem a propaganda "paga". Afirma então o acórdão:

" Ora, se é assim, não há como falsear a interpretação do art. 36, da Lei Eleitoral em vigor, para afirmar-se que antes de 5 de julho estava proibida qualquer espécie de manifestação da liberdade de expressão e pensamento, ainda que vinculada ao processo eleitoral. A proibição restringe-se à propaganda, que não se confunde com a programação normal desta ou daquela emissora. Logo, se a "propaganda" subliminar, não paga, em programas de índole jornalística, poderia eventualmente ser censurada moralmente, não pode, entretanto, se censurada juridicamente, ao menos com base no art. 36."

Por fim menciona o art.; 45, inciso V, ainda da Lei nº 9.504/97 que excepciona os programas jornalísticos e debates políticos da proibição de fazer alusão ou crítica a candidatos ou partido político de forma a demonstrar que apenas aquelas manifestações pagas é que encontrariam obstáculo legal.

A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 36 DA LEI Nº 9.504/97

Não procede a alegação de inconstitucionalidade do art. 36 por suposto cerceamento da liberdade de expressão e de informação jornalística e tal entendimento não necessita da restrição do conceito de propaganda eleitoral de modo a circunscrevê-la apenas àquela que seja "paga". A liberdade de expressão e de informação, como, aliás todos os demais direitos constitucionais, não são garantidos de forma irrestrita e absoluta, devendo se adequar de maneira que seu exercício não atinja outros direitos igualmente garantidos pela Constituição Federal. No presente caso é verdade que a lei eleitoral criou certas limitações ao pleno exercício da liberdade de expressão com o fim de resguardar, dentro do possível, a isonomia no pleito eleitoral de modo que determinados candidatos não se utilizem de eventuais facilidades de acesso aos meios de comunicação para fazer propaganda em seu proveito ou mesmo iniciarem com antecedência uma campanha política que outros candidatos não teriam condições econômicas de acompanhar. Dentro deste enfoque afirma FÁVILA RIBEIRO:

" Pelo que foi verificado, o problema da liberdade de propaganda eleitoral não pode ser tratado por ótica eminentemente individualista, tende de encontrar compatível projeção social, interligando e compondo-se com a igualdade, para que a proteção concedida pela ordem jurídica possa ser responsabilmente desfrutada por todos, com a erradicação de privilégios." (1)

Assim, tal restrição à liberdade de expressão e de imprensa, parece-nos perfeitamente compatível com nosso ordenamento constitucional, principalmente se considerarmos o caso da propaganda eleitoral ser realizada através de um serviço público concedido (radiodifusão de sons ou de sons e imagens).

É verdade que o examinado artigo 36 se refere a qualquer tipo de propaganda realizada antes de 05 de julho do ano de eleições. Mas, se tal proibição não encontra qualquer óbice constitucional em relação aos demais meios de comunicação e de propaganda (jornais, revistas, etc.), com mais razão assim se deve entender em relação àqueles meios de comunicação que constituem serviço público (rádio e televisão) pois não é concebível que um serviço público seja apropriado por alguns para utilizá-lo, de forma favorecida, em seu proveito e em detrimento dos demais candidatos ao pleito eleitoral em clara ofensa ao preceito constitucional da isonomia que deve presidir tal certame e que cabe à Justiça Eleitoral, dentro das possibilidades humanas e materiais, garantir.

Assim em que pese o profundo respeito que temos ao brilhantismo intelectual do ilustre prolator do voto vencedor e ao eg. TRE/PR, não cremos que a decisão adotada seja o

melhor entendimento. Afigura-nos que o art. 36 veda qualquer tipo de propaganda, paga ou gratuita, realizada antes da data nele prevista e sem que, com isto, incida em qualquer inconstitucionalidade. Como reconheceu o voto condutor do acórdão, as restrições aos direitos garantidos na Constituição Federal são imanentes ao poder de conformação do legislador ordinário, de modo que restrições ao direito de livre expressão do pensamento pelo legislador eleitoral não encontram empecilho constitucional

PROPAGANDA ELEITORAL

Temos de reconhecer que o acórdão tem razão quando adverte que as normas limitativas de direito devem receber uma interpretação restritiva. No entanto, a propaganda eleitoral pode ser classificada, genericamente, em dois grandes tipos: aquela diretamente eleitoral pela qual alguém se coloca como candidato, apresenta seu programa e pede votos; ou a chamada propaganda indireta ou implícita, onde embora não se coloque como candidato, a pessoa faz promoção de sua imagem e de suas realizações anteriores, tudo de modo a ganhar a simpatia a uma futura candidatura. É claro que ambos os tipos de propaganda, uma direta e outra dissimulada, possuem eficácia no sentido de granjear ao seu beneficiário dividendos eleitorais.

A intenção da legislação eleitoral ao regular a propaganda é, como já dito, a de proporcionar, na medida do possível, algum equilíbrio entre os concorrentes aos cargos públicos. Desta forma, numa visão utópica, poderíamos até apregoar que todos os tipos de propaganda realizada antes da data prevista em lei para o início da campanha eleitoral estariam proibidos, inclusive a dissimulada, que medida em que, também neste caso, alguns candidatos seriam privilegiados já que teriam se utilizado da propaganda eleitoral por um período maior do que o permitido aos demais.

No entanto, entendemos que realmente deve-se dar ao art. 36 uma interpretação restritiva no sentido de limitar a proibição apenas à chamada propaganda direta, não atingindo aqueles atos de mera promoção pessoal, ainda que se reconheça o efeito eleitoral que tal tipo de "propaganda" dissimulada e constante ao longo do tempo tem no eleitorado.

E assim, entendemos porque tal forma de propaganda em muito se aproxima da mera manifestação de idéias e de convicções, base do exercício da crítica que inerente a qualquer sociedade democrática, de modo que seria impossível ou pelo menos muito difícil discriminar o exercício da crítica e de idéias dos objetivos meramente eleitorais. Mas, de qualquer modo, se tal discriminação puder ser feita de maneira que a Justiça Eleitoral constate pelas circunstâncias que a envolvem (época da veiculação, modo como foi produzida, seu autor, local em que foi apresentada, etc), que possui preponderante motivação eleitoral deve ser considerada como propaganda eleitoral e ser realizada em momento não autorizado por lei, deve ser punida.

No entanto, não entendemos que a interpretação restritiva deva ainda excluir as propagandas diretas gratuitas, como entendeu este Tribunal. Inicialmente porque o r. acórdão considerou que o conceito de propaganda proibida na legislação eleitoral seria apenas aquela que é paga e para isto se socorreu nos §§ 2º e 3º do próprio art. 36, bem como no art. 43 e 44 ainda da Lei nº 9.504/97, já que em todas estas normas fala-se em propaganda paga.

Ora, quando o art. 44 fala que é vedada a veiculação de propaganda paga no rádio e televisão, na realidade está dizendo que nestes meios de comunicação nenhuma outra propaganda, seja paga ou gratuita é veiculada, com exceção do programa eleitoral gratuito autorizado pelo art. 47. Na verdade quando se utilizou apenas a expressão "propaganda paga" subentendeu-se que as rádios e televisões, como empresas que são, não veiculam propagandas gratuitas e por isto, certamente, considerou-se desnecessário mencioná-las na proibição. No entanto, apesar disto, não se pode imaginar que o proprietário de uma concessão de televisão ou rádio possa fazer para si mesmo ou para outrem, propaganda gratuita antes da data prevista na legislação eleitoral apenas sob o argumento de que a mesma não foi paga.

Mais ainda, a permanecer o entendimento do eg. TRE/PR poder-se-ia imaginar a hipótese de que tal candidato poderia ocupar permanentemente os horários do programas jornalísticos de sua rádio e televisão e fazer intensa propaganda de sua futura candidatura sem que fosse atingido pela proibição já que não estaria realizando propaganda paga. Pelo entendimento manifestado por este eg. Tribunal tal procedimento não sofreria nenhuma sanção na medida em que sendo proprietário da rádio ou da televisão não estaria pagando para realizar a propaganda que poderia ser difundida durante toda a programação da emissora, ou ainda, de forma mais engenhosa, na programação jornalística normal da emissora. Percebe-se assim que, proibir-se unicamente as propagandas "pagas" não atinge o desiderato da lei.

LEI Nº 9.100/95

O art. 55 da lei nº 9.100/95, de forma similar à atual lei eleitoral, também estabelecia um momento certo para o início da campanha eleitoral. Diferenciava-se apenas por autorizar a propaganda eleitoral após a realização da convenção partidária para escolha dos candidatos, enquanto a lei atual estabelece uma data determinada (5 de julho do ano das eleições). Apesar desta diferença, a filosofia e o objetivo que inspirou o legislador foi o mesmo: estabelecer um momento certo para que a campanha eleitoral tivesse início, sancionando de igual forma aquelas propagandas que fossem veiculadas antecipadamente.

E em relação a esta questão, a jurisprudência foi pacífica no sentido de entender caracterizada a infração sempre que alguma propaganda eleitoral fosse divulgada antecipadamente ao momento previsto em lei. No acórdão TSE nº 12.868 de 23 de setembro de 1996 o relator Ministro Ilmar Galvão, acatando o pronunciamento do Ministério Público Eleitoral, assim se pronunciou acerca do art. 50 da Lei nº 9.100/95, voto que foi acolhido por unanimidade pelo eg. TSE:

" 20. Por fim também não se vislumbra a indicada violação no estabelecido no art. 5º, IV e XIII da Constituição Federal, considerando que a liberdade de manifestação do pensamento e livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão estão condicionados, é obvio, ao estrito cumprimento do prescrito em lei.

21 .E nem poderia deixar de ser diferente, pois do contrário, estar-se-ia diante de hipóteses de liberdades ilimitadas, o que se apresenta impossível juridicamente "data venia" de eventual entendimento em contrário.

22. Em outras palavras, estabelecendo a lei eleitoral a vedação de propaganda eleitoral antes da escolha do candidato pelo partido ou coligação em convenção, descabe invocar contra essa norma os preceitos constitucionais que tratam da liberdade de manifestação do pensamento e do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão." (2)

Aliás algumas decisões judiciais consideraram incidentes na referida proibição inclusive aquelas manifestações de mera promoção pessoal sem cunho direto de propaganda eleitoral. O Ministro Eduardo Alckmin, no acórdão TSE nº 928, de 25 de novembro de 1997, consignou em seu voto que igualmente foi acolhido por unanimidade pelo eg. TSE:

" A mensagem examinada isoladamente não teria qualquer reflexo maior que não fosse a circunstância de que, em ano eleitoral, toda propaganda eleitoral só pode ser realizada, no rádio e na televisão, no curso do horário gratuito.

Ainda que não tenha havido pedido de votos, o fato é que em ano eleitoral, o destaque de um candidato em detrimento dos demais, em emissora de rádio, fere o princípio constitucional da igualdade, regra básica para assegurar um pleito equilibrado."

Assim, a jurisprudência foi unânime em sancionar a propaganda eleitoral antecipada, não reconhecendo na limitação prevista no art. 50 da Lei nº 9.100/95 qualquer ofensa aos princípios constitucionais de livre manifestação do pensamento ou da liberdade de imprensa. Não nos parece que haja motivo para que tal entendimento seja diverso em face da lei nº 9.504/97, tendo em vista que, como já afirmado, esta última diferencia-se apenas na

circunstância de estabelecer uma data certa para o início da propaganda eleitoral enquanto aquela determinava que tal início dar-se-ia com a escolha do candidato na convenção partidária, havendo portanto, datas diferenciadas de início da propaganda eleitoral para cada partido (embora com poucos dias de diferença já que a lei estabelecia um período determinado para a realização das convenções partidárias) na medida em que as convenções não eram realizadas no mesmo dia por todos os partidos políticos.

O DOMÍNIO POLÍTICO DAS RÁDIOS E TELEVISÕES

O jornal Folha de São Paulo na sua edição de 03 de janeiro de 1999, traz matéria acerca do "coronelismo eletrônico" que sobrevive nas concessões públicas de rádios e televisões. Afirma que levantamento feito, mostrou que parte das novas concessões de rádio e TV estavam sendo adquiridas por grupos políticos de maneira a reforçar aquilo de se chama de "coronelismo eletrônico", principalmente nas cidades do interior. Diz em certo ponto a mencionada matéria jornalística:

" O resultados desse primeiro lote mostra que as concessões acabaram divididas entre empresas, políticos e igrejas. Ou seja, manteve-se o perfil atual da radiodifusão.

Nas grandes e médias cidades, as novas concessões foram absorvidas por grupos empresariais, principalmente por empresas de comunicação interessadas em ampliar seu campo de atuação. Políticos e igrejas ganharam em cidades menores, onde as emissoras ainda são vistas mais como armas eleitorais e de conquista de fiéis do que como atividade empresarial. " (3)

Ademais, devemos lembrar que a atual legislação tem a pretensão de ser permanente para todas as futuras eleições, gerais e municipais. E a situação torna-se mais preocupante se levarmos em consideração as eleições municipais pois em cada cidade do interior em geral existe uma rádio. E como visto, tais rádios ou mesmo emissoras de televisão acabam tendo uma vinculação estreita com determinados políticos da cidade ou da região onde está instalada. Evidentemente que o proprietário desta rádio poderia, antes do início da campanha eleitoral, abrir gratuitamente espaço nos seus programas jornalísticos para que seu candidato predileto o ocupasse para fazer propaganda eleitoral, sem que, com isto, sofresse qualquer sanção, até porque a proibição do art. 45, III, da Lei nº 9504/97 vale apenas a partir do dia primeiro de julho do ano das eleições.

Assim, os candidatos vinculados aos meios de comunicação poderiam ter espaço para realizarem propaganda eleitoral (e estamos falando aqui de verdadeira e direta propaganda eleitoral e não de simples atos de promoção pessoal como também muitas vezes ocorre) antes do prazo determinado em lei para o início da campanha eleitoral.

Consequentemente, a adoção de tal entendimento levaria à própria derrogação do art. 36, na medida em que deixaria de existir uma data para o início da campanha eleitoral, verdadeiro objetivo do referido dispositivo legal. Evidentemente que não se pode dar a um dispositivo legal interpretação que implique em sua própria inutilização, pois tal circunstância contraria as mais primárias regras de hermenêutica jurídica.

CONCLUSÃO

Conclui-se assim, que a vedação do art. 36 da Lei nº 9.504/97 é abrangente de qualquer tipo de propaganda eleitoral, direta, seja paga ou gratuita, seja veiculada através de rádio, televisão, jornais ou qualquer outro meio de divulgação. O entendimento de que apenas a propaganda paga é que estaria proibida sob o fundamento que a propaganda gratuita na verdade não constituiria "verdadeira" propaganda, mas simples exercício do direito de livre expressão do pensamento ou da liberdade de imprensa não pode ser acolhido, pois a pretexto de defender o princípio da liberdade de expressão do pensamento comprometeria o princípio da isonomia, igualmente esposado pela Constituição Federal.

Desta forma, parece-nos que sempre que qualquer manifestação puder ser qualificada como propaganda eleitoral (por suas circunstâncias e efeitos preponderantemente

eleitorais), seja ela paga ou gratuita, deve ser sancionada se veiculada em desrespeito ao art. 36 da Lei nº 9.504/97. Tal entendimento agasalha e conforma tanto o princípio da liberdade de expressão como o da isonomia na medida em que aquelas manifestações que não tiverem cunho de propaganda eleitoral, natureza esta que apenas a Justiça Eleitoral no exame concreto das situações poderá verificar, serão normalmente garantidas como mero exercício de crítica própria de uma cidadania ativa, enquanto que aquelas manifestações que tiverem acentuado cunho de vinculação eleitoral serão reprimidas como forma de garantir um mínimo de isonomia ao pleito eleitoral.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo, Saraiva, 1990

CÂNDIDO, Joel José. Direito Eleitoral Brasileiro. 6 ed., Bauru, Edipro, 1996.

COSTA, Adriano Soares da. Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral, Belo Horizonte. Del Rey, 1998.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Eleições - Comentários à Lei nº 9.504/97.

FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos. Porto Alegre, Fabris Editor, 1996.

RIBEIRO, Fávila. Direito Eleitoral. 4 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.

NOTAS

1) RIBEIRO, Fávila. Direito Eleitoral. 4 ed., Forense, Rio, 1996, pág. 414.

2) Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, Volume 8 Número 3, Jul/Set. 1997, pág. 79

3) Folha de São Paulo, Edição de 3 de janeiro de 1999, Caderno 1, página 11, reportagem assinada pelos jornalistas Elvira Lobato e Fernando Godinho.