

Direito eleitoral aplicado – Ponderações e críticas para uma reflexão sobre doações acima dos limites legais, substituição de candidatos, a divulgação de pesquisa em registro prévio e propaganda antecipada

Marcelo Abelha Rodrigues

Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor Associado (graduação e mestrado) da UFES. Membro da Classe dos Juristas do TRE-ES (2009/2012). Advogado e Consultor Jurídico.

Flávio Cheim Jorge

Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor Associado (graduação e mestrado) da UFES. Membro da Classe dos Juristas do TRE-ES (2004/2008). Advogado e Consultor Jurídico.

Palavras-chave: Direito eleitoral. Doações. Limites legais. Propaganda antecipada.

Sumário: 1 Objeto do ensaio – 2 Primeiro caso – As sanções aplicáveis às pessoas jurídicas por doação acima do limite legal – 3 Segundo caso – O prazo para substituição de candidato que renunciou ao (pedido de) registro da candidatura – 4 Terceiro caso – A sanção pela divulgação de pesquisa sem registro prévio – 5 Quarto caso – A configuração da propaganda antecipada

1 Objeto do ensaio

O presente ensaio tem por finalidade a análise de quatro julgados constantes dos últimos informativos do TSE e que refletem uma posição sedimentada do referido tribunal sobre os temas ali versados. A análise será feita com a ponderação de argumentos e fundamentos de direito constitucional eleitoral que permitirão ao leitor fazer uma reflexão se a solução prolatada em cada caso concreto aqui analisado poderia ser diferente da que foi dada pelo referido órgão jurisdicional.

Os quatro julgados versam sobre: (i) as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas por doação acima do limite legal; (ii) a substituição de candidato por renúncia e respectivo prazo; (iii) a sanção pela divulgação de pesquisa sem registro prévio e (iv) dois julgados versando sobre propaganda eleitoral antecipada.

2 Primeiro caso – As sanções aplicáveis às pessoas jurídicas por doação acima do limite legal

2.1 Dados (e reflexões) das estatísticas das doações de empresas às campanhas eleitorais

Em relação às últimas eleições de 2012, foram amplamente divulgados pelos meios eletrônicos, públicos e privados, dados estatísticos estarrecedores em relação aos gastos das campanhas eleitorais. Colhe-se dessas informações que os gastos com campanha ultrapassaram os R\$4,5 bilhões apenas nas eleições de 2012. Consoante informou o Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, esses números colocam o Brasil na liderança absoluta mundial em relação aos gastos com campanha eleitoral, sendo, portanto, o país que possui a campanha eleitoral mais cara do mundo (na proporção recursos gastos/eleitores).

O mais curioso, ou preocupante, desta dantesca informação é que o valor bilionário arrecadado não provém, em sua maioria, de eleitores, ou seja, de pessoas que efetivamente votam; 95% do que foi doado origina-se de pessoas jurídicas, e em especial de construtoras e bancos.

Ainda com base nos dados da IUPERJ, num comparativo entre as eleições de 2002 e 2012, os gastos com campanha eleitoral cresceram 471,3%. Outro dado importante é que das eleições de 2004 para as eleições de 2012 as pessoas jurídicas aumentaram de 73% para 95% as referidas doações para campanha eleitoral.

Dado igualmente instigante é que a mesma pessoa jurídica que doa recursos para um candidato, normalmente faz doação para o adversário político direto na disputa pelo mandato político, e, não por acaso, comumente, esta mesma pessoa jurídica acaba sendo contratante com o Poder Público depois que o donatário é eleito.

Diante destas informações, algumas conclusões lógicas podem ser extraídas.

A *primeira* delas é a de que as campanhas eleitorais são extremamente caras, visto que envolvem volume exacerbado de recursos financeiros, o que se conclui que só com “*muito dinheiro*” é possível eleger-se; ou ainda, quanto maior os recursos financeiros, maior a chance de êxito eleitoral, ou que o candidato com a campanha mais rica provavelmente deve ser o eleito nas urnas. Não por acaso, nas últimas três eleições presidenciais, os eleitos foram aqueles que tiveram as campanhas mais ricas. Daí se conclui que o dinheiro é um fator decisivo para a vitória eleitoral. Nem sempre o melhor candidato será o vencedor, mas necessariamente o mais endinheirado será escolhido nas urnas, independentemente de ser o mais bem preparado ou não para assumir o mandato político.

O *segundo* aspecto é que as pessoas jurídicas são os maiores doadores de campanha eleitoral, e, neste compasso, questiona-se qual a razão de uma pessoa jurídica proceder a doações de campanhas eleitorais se elas não podem votar (não são eleitores)? E mais, como justificar uma razão ideológica da pessoa jurídica, se as doações são feitas para um partido e um candidato, mas também para

o seu adversário direto? Ou ainda, se a função da pessoa jurídica é ter *lucros*, por que razão iria efetuar gratuitamente doações?

O *terceiro* aspecto nasce em forma de questionamento, ou seja, estas doações são verdadeiramente uma *doação*, fruto de uma opção política (da empresa?!), ou um *investimento* para o futuro, pois não por acaso os doadores de campanha são beneficiados no futuro mandato político do donatário com contratos e licitações?

Esses dados são importantíssimos, pois deles podem ser feitos questionamentos e reflexões que colocam em xeque a legitimidade da legislação eleitoral que permite a doação das pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, tal como determina o art. 81 da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições).

2.2 A legislação eleitoral (art. 81 da Lei nº 9.504) que autoriza a doação de recursos das pessoas jurídicas às campanhas eleitorais e o questionamento da sua legitimidade perante o STF e Congresso Nacional

O art. 81 da Lei nº 9.504 determina que:

Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.

§2º A doação de quantia acima do limite fixado neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

§3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no §1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa.

§4º As representações propostas objetivando a aplicação das sanções previstas nos §§2º e 3º observarão o rito previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e o prazo de recurso contra as decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Como se vê, ainda que seja permitida a doação e contribuições de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais dentro dos limites de 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição, esta limitação percentual não tem sido suficiente para impedir que o Brasil seja o país que mais gasta em campanhas eleitorais e que 95% desses recursos sejam oriundos de pessoas jurídicas.

Todos aqueles dados estatísticos alarmantes, somados ao crescimento absurdo da tutela jurisdicional eleitoral com fundamento em abuso de poder econômico e compra de votos, têm feito com que não só o Poder Judiciário se veja compelido a refletir sobre a legitimidade do art. 81 da Lei nº 9.504 (por meio da ADI nº 4.650), como também o próprio Congresso Nacional tem se inclinado a questionar a legitimidade daquela norma, visto que se movimenta para aprovar a lei

que proíbe a doação de pessoas jurídicas antes que o STF retome o julgamento e reconheça a inconstitucionalidade do citado dispositivo.

Em nosso sentir é insustentável a manutenção do artigo 81 da Lei nº 9.504/97 no nosso ordenamento jurídico, seja porque não é admissível que 95% da bilionária verba de campanha eleitoral provenham de pessoas jurídicas que nem sequer votam, seja porque tais entes não possuem nenhuma razão ontológica ou teleológica idônea (nem mesmo política) que justifique a possibilidade de que sejam doadores de campanha eleitoral. Isso tudo vem somar ao fato de que os dados estatísticos comprovam que o dinheiro tem sido um fator decisivo para que o resultado das urnas e, mais que isso, que tais doações se apresentam como se fossem um *investimento* que as empresas colhem no futuro mandato político do eleito.

Assim, a extirpação, do nosso ordenamento jurídico, do art. 81 da Lei nº 9.504 é uma questão de tempo, ou seja, ou o STF, por meio da ADI nº 4.650, ou o Congresso Nacional, por meio da aprovação do Projeto de Lei, irão proibir em breve a farra das doações e contribuições das pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais.

2.3 A interpretação do artigo 81 da Lei nº 9.504/97

O artigo 81 da Lei nº 9.504/97 permite doações e contribuições de recursos de pessoas jurídicas a partidos e candidatos no limite máximo de até 2% do faturamento bruto da empresa, tomando como referência desse faturamento o ano anterior ao que se realizarem as eleições.

Além disso, o texto legal fixa, nos §§2º e 3º, como sanção jurídica ao descumprimento da referida regra, que

a doação de quantia acima do limite fixado neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso. Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no §1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa.

Identificam-se nesse dispositivo três sanções diferentes contra a pessoa jurídica que ultrapassar o limite legal de doação: a) pagamento de cinco a dez vezes o valor doado em excesso; b) proibição de participar de licitações públicas; c) proibição de celebrar contratos com o Poder Público.

A questão que ora surge em relação a este dispositivo é saber se tais sanções são obrigatoriamente cumulativas, ou seja, se ocorrido o excesso de doação, as três sanções incidem necessariamente, ou, de outra banda, se a cumulatividade das mesmas dependerá de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade por parte do órgão julgador diante de análise de cada caso em concreto.

O Tribunal Superior Eleitoral já teve oportunidade de se posicionar sobre o tema e tem sedimentado a orientação de que “as sanções previstas nos §§2º e 3º do

art. 81 da Lei nº 9.504/97 não são cumulativas, podendo-se, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aplicar tão somente a multa, caso se entenda ser essa suficiente para sancionar a infração ao limite legal de doação por pessoa jurídica” (AgR-REspe nº 9-28/ES, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJE, 07.11.2012). No mesmo sentido o AgRg no REspe nº 428-95/DF, Rel. Min. Luciana Lóssio, j. 17.03.2014.

Com máximo respeito à posição sedimentada pelo TSE, não há como privilegiar tal entendimento.

Inicialmente vale dizer que a norma em questão tem por finalidade evitar que pessoas jurídicas possam destinar grande soma de recursos a candidatos e campanhas eleitorais, caso contrário não teria fixado um percentual baixo de dois por cento como limite máximo para doações e contribuições às campanhas eleitorais.

É de conhecimento público e notório que o volume de recursos doados pelas pessoas jurídicas às campanhas eleitorais ultrapassa os bilhões de reais e é quase matemático que quanto mais ricas as campanhas eleitorais, maior a probabilidade de eleger o donatário beneficiado. Igualmente, é de conhecimento público, a partir de simples estatísticas em consultas aos *sites* como o do TSE, que é absurdo o volume de ações que tutelam o pleito eleitoral contra o abuso de poder econômico e corrupção eleitoral. Todos sabem que o uso de dinheiro em campanhas eleitorais tem sido um fato de desequilíbrio, ora lícito ora ilícito, do pleito eleitoral. Não é por acaso que a Lei nº 9.504 dedica-se em vários dispositivos, nas regras de financiamento de campanha, ou na prestação de contas, um sem-número de prescrições, limitando, restringindo, vedando ou criando técnicas de controle preventivo ou repressivo das doações e contribuições de recursos às campanhas eleitorais.

É sob esta perspectiva que o referido artigo 81 deve ser interpretado, mormente se somado ao fato de que pessoas jurídicas não votam e não possuem opção ideológica e política que justifique racionalmente o seu “direito” de fazer doações e contribuições a candidatos e partidos.

Não há dúvidas de que o artigo 81 está em vias de extinção, seja pelo Congresso Nacional ou pelo STF. A dúvida é saber qual Poder irá fazer isso primeiro. Se for o Legislativo, com a edição de uma lei proibindo qualquer doação de pessoa jurídica, há que se atentar para o artigo 15 da CF/88, que trata do princípio da anualidade eleitoral, respeitado ainda eventual prazo de *vacatio legis*. Se for pelo Judiciário (Supremo Tribunal Federal) é possível que este module, *ex nunc*, a produção de efeitos da declaração da inconstitucionalidade.

Assim, é evidente que o ordenamento jurídico eleitoral trata a doação de dinheiro e recursos por parte de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais sob um viés restritivo e não ampliativo, e, neste particular, as sanções previstas pelo legislador, além de serem *literalmente* cumulativas, servem justamente para que o respeito ao limite e a restrição ali fixados sejam solene e rigorosamente respeitados, haja vista que, como se viu, é enorme a interferência e desequilíbrio do poder econômico nas eleições.

Ora, as sanções fixadas pelo legislador (multa e proibição de contratar com o Poder Público e de participar de licitações) são formas justas de se punir a pessoa jurídica que seja responsável pela doação em excesso do limite legal para as campanhas eleitorais. Ademais, frise-se, soa-nos inidôneo que uma pessoa jurídica doe em excesso para determinada campanha eleitoral e depois venha a ser agraciada com um contrato com o Poder Público, especialmente quando o donatário foi eleito com auxílio de suas contribuições financeiras. A proibição é ética e moral e atende ao princípio da moralidade e impessoalidade que regem a Administração Pública (art. 37, *caput* da CF/88).

É de se notar que o legislador não outorgou ao Poder Judiciário qualquer espaço para que este interpretasse, sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade, a cumulatividade das sanções ali previstas. Antes o contrário, pois foi claro ao dizer que “*sem prejuízo da multa*”, isto é, didaticamente disse o legislador que se deve ainda fixar as duas sanções de proibição de contratar com o Poder Público ou participar de licitações às pessoas jurídicas que doem em excesso ao limite legal.

Só haveria que se falar em *proporcionalidade e razoabilidade* em relação à fixação do fator de multiplicação sobre o excesso doado, ou seja, o legislador permite que o Judiciário, atento às circunstâncias do caso concreto, fixe o valor mínimo da multa (5x o valor excedido) ou o máximo legal (10x o valor doado em excesso). Em nosso sentir, seja o mínimo, seja o máximo, incidem cumulativamente as demais sanções dos §§2º e 3º, simplesmente porque essas sanções estão vinculadas ao ilícito (doação em excesso), independentemente de outros fatores e circunstâncias que servem apenas para fixar o montante da multa a ser aplicada.

3 Segundo caso – O prazo para substituição de candidato que renunciou ao (pedido de) registro da candidatura

3.1 Apresentação do problema

A lei eleitoral prevê, no artigo 13 da Lei nº 9.504/97, a regra que trata da possibilidade de que partidos e coligações possam substituir candidatos considerados inelegíveis, que renunciem ou venham a falecer no curso da campanha eleitoral. Logo abaixo está transcrito o dispositivo, nele constando, inclusive, a redação anterior à Lei nº 12.891/2013:

Art. 13. É facultado ao partido ou coligação substituir candidato que for considerado inelegível, renunciar ou falecer após o termo final do prazo do registro ou, ainda, tiver seu registro indeferido ou cancelado.

§1º A escolha do substituto far-se-á na forma estabelecida no estatuto do partido a que pertencer o substituído, e o registro deverá ser requerido até dez dias contados do fato ou da decisão judicial que deu origem à substituição.

§1º A escolha do substituto far-se-á na forma estabelecida no estatuto do partido a que pertencer o substituído, e o registro deverá ser requerido até 10 (dez) dias contados do fato ou da notificação do partido da decisão judicial que deu origem à substituição. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§2º Nas eleições majoritárias, se o candidato for de coligação, a substituição deverá fazer-se por decisão da maioria absoluta dos órgãos executivos de direção dos partidos coligados, podendo o substituto ser filiado a qualquer partido dela integrante, desde que o partido ao qual pertencia o substituído renuncie ao direito de preferência.

§3º Nas eleições proporcionais, a substituição só se efetivará se o novo pedido for apresentado até sessenta dias antes do pleito.

§3º Tanto nas eleições majoritárias como nas proporcionais, a substituição só se efetivará se o novo pedido for apresentado até 20 (vinte) dias antes do pleito, exceto em caso de falecimento de candidato, quando a substituição poderá ser efetivada após esse prazo. (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

Até que aconteça o novo pleito eleitoral em 2014 e que as lides eleitorais dali resultantes cheguem ao TSE, a jurisprudência sedimentada que iremos encontrar da mais alta corte eleitoral sobre o referido assunto foi construída com base na legislação anterior à introdução do §3º do artigo 13 da Lei nº 9.504 (que foi incluído pela Lei nº 12.891/2013).

Assim, o julgado que é objeto de análise e reflexão crítica neste ensaio, e que representa a posição que esteve sedimentada no TSE, tinha como base a legislação anterior à Lei nº 12.891/2013.

Colhe-se do TSE o seguinte aresto:

Recurso Especial Eleitoral nº 227-25/PA

Relatora: Ministra Laurita Vaz

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO. SUBSTITUIÇÃO DE CANDIDATO POR RENÚNCIA. ARTIGO 13, §1º, DA LEI Nº 9.504/97. DESPROVIMENTO.

1. Os Recorrentes indicaram de forma adequada em que o acórdão recorrido teria afrontado a norma legal ou negado vigência à lei federal, ao contrário da alegação de deficiência recursal formulada em contrarrazões.
2. Não há falar em afronta ao artigo 535 do CPC, sob alegação de omissão no julgado. O acórdão recorrido mostrou-se claro, à luz dos preceitos legais apontados como violados no recurso especial.
3. A substituição de candidato deverá observar o prazo de 10 (dez) dias, contados do fato ou decisão judicial que deu origem à substituição. Exegese do artigo 13, §1º, da Lei nº 9.504/97.
4. No caso de decisão de indeferimento de registro como causa de substituição de candidatura, esta Corte Superior, em análise de caso concreto, entendeu que enquanto for passível de alteração, em função da pendência de recurso, o prazo de 10 (dez) dias não começa a fluir.
5. Quando feito o pedido de renúncia pelo candidato, em 04.10.2012, a decisão que negara seguimento ao seu recurso especial, por intempestividade, ainda podia ser desafiada por agravo regimental nesta Corte Superior; não haveria falar, portanto, em imutabilidade do aresto regional que indeferira aquele registro. Por isso, o início do prazo de 10 (dez) dias para a substituição — a que alude o §1º do

art. 13 da Lei nº 9.504/97 — deveria ser contado a partir da data em que requerido e homologado o pedido de renúncia.

6. Recurso a que se nega provimento.

(*DJE*, 19 fev. 2014. Noticiado no Informativo nº 34/2013)

O problema aqui tratado e a ser analisado não se dá quando a substituição do candidato após o termo final do prazo de registro é feita em razão da sua morte, fato alheio a qualquer pessoa, e é claro que justificará sempre que possível a substituição do candidato falecido nos termos da legislação eleitoral. Enfim, a celeuma reside nas duas hipóteses também previstas no citado dispositivo, quais sejam: a *renúncia* e o *reconhecimento de sua inelegibilidade*.

3.2 Princípio da moralidade e da liberdade eleitoral

Ambos os princípios, moralidade e liberdade eleitoral, compõem com outros princípios, igualmente irrenunciáveis e importantíssimos do direito eleitoral, o núcleo fundamental de todo o processo eleitoral. É deste núcleo essencial que nascem e partem toda e qualquer regra de direito eleitoral, bem como qualquer interpretação ou exegese que se deva fazer a respeito sobre o tema eleitoral.

Sem maiores delongas, o princípio da moralidade exige que todo o processo eleitoral seja marcado pela ética e moralidade, ou seja, veda-se qualquer tipo de conduta, comissiva ou omissiva, de qualquer ator eleitoral (partidos, candidatos, coligações, correligionários, cabos eleitorais, eleitores, auxiliares da justiça, etc.) que seja ofensiva aos valores morais da sociedade, tais como: fraudes eleitorais, corrupções, dolo, etc. Já o princípio da liberdade eleitoral está diretamente relacionado com o direito de o eleitor exercer livremente o seu direito ao sufrágio, ou seja, nenhum tipo de limitação, ideológica ou material, pode ser oposta ao eleitor. Deve ele ter o direito de formar livremente a sua convicção, sem sofrer interferências ilícitas de ordem econômica, moral, etc. Para formar a sua convicção é direito do eleitor definir suas escolhas a partir do seu juízo de valor obtido com a propagação de ideias e propostas dos candidatos e partidos em campanha eleitoral. É no período de campanha eleitoral que o eleitor pode, com maior intensidade, comparar propostas, identificar o melhor candidato e escolher o merecedor do seu voto.

Assim, todo o processo eleitoral e todos os atores que dele participam se submetem aos princípios inerentes ao exercício do processo democrático, sendo dois destes princípios o da liberdade e o da moralidade eleitoral.

A questão que deve ser analisada quando se interpretam os casos de substituição de candidato às vésperas do pleito eleitoral, com fundamento no artigo 13 da Lei nº 9.504/97, é saber se esta substituição, ainda que esteja no prazo legal, atende e coaduna-se com os princípios da liberdade e moralidade eleitoral.

3.3 A substituição do candidato por renúncia ou que for considerado inelegível

Para todos aqueles que pretendam exercer a capacidade eleitoral passiva, submetendo-se à escolha dos eleitores em um pleito eleitoral, o legislador,

constitucional e infraconstitucional, fixa uma série de exigências que devem estar satisfeitas e que serão devidamente atestadas e comprovadas num processo de registro de candidatura.

O artigo 13 permite, excepcionalmente, que após o termo final do prazo do registro ou, ainda, quando tiver seu registro indeferido ou cancelado, que ocorra a substituição do candidato.

A rigor, as hipóteses listadas no dispositivo são bastante diferentes e como tal deveriam receber um tratamento diferenciado de acordo com as peculiaridades de cada uma das respectivas situações versadas no dispositivo.

No caso de *morte*, há a vacância de uma situação jurídica em razão de um fato involuntário, imprevisto e indesejado, e não seria correto falar em *substituição*, pois, para que exista uma substituição, deve existir um substituto e um substituído, ou seja, sai um e entra outro. Não é o caso, pois o “substituto” ocupa um vazio resultante da morte do “substituído”. Por se tratar de um ato involuntário, imprevisível e indesejável, o legislador deve ser o mais “benevolente” possível, permitindo que a “ocupação” ou “preenchimento” pelo novo “candidato” seja feita até o último momento possível.

Por isso, o legislador fixou um prazo de 10 dias para que seja requerida a indicação do novo e pretense candidato, sendo que o termo inicial será a data do fato (morte), e o termo final, o último dia possível para se realizar este preenchimento, que será a sexta-feira anterior ao domingo em que serão realizadas as eleições. Neste particular, o legislador diferenciou a hipótese de morte das demais e admite, em razão do fato imprevisto e involuntário, que seja mitigada a liberdade do eleitor, na medida em que o novo candidato não terá sido submetido a uma campanha eleitoral como as demais e restará prejudicado o debate e discussão em torno dessa candidatura.

Outra hipótese tratada no dispositivo é a substituição pela *renúncia*. Ao contrário da “substituição” por morte, a renúncia é um ato voluntário, que reflete uma manifestação de vontade do *substituído*. Isso é muito importante porque, sendo uma manifestação de vontade unilateral, não pode (ou não poderia) ser usada para burlar o sistema eleitoral e, assim, macular a liberdade e a moralidade eleitoral.

Sim, esse era o expediente mais comum utilizado pelos candidatos e pelos partidos e que o parágrafo terceiro do art. 13 anteriormente citado, incluído pela Lei nº 12.891/2013, de alguma forma tentou coibir.

O aresto do TSE acima citado reflete uma dessas situações absurdas de manipulação da literalidade da legislação até então vigente e que, *concessa maxima venia*, deveria ter sido coibida pelo TSE.

O absurdo jurídico era o seguinte: um político repleto de inelegibilidades flagrantes, porém com alto índice de popularidade, lançava-se candidato sabendo de antemão que sua candidatura seria impugnada e rejeitada pela justiça eleitoral. No entanto, mantinha-se candidato e fazia campanha eleitoral valendo-se de recursos eleitorais contra as decisões que lhe fossem desfavoráveis. Assim, às

vésperas do pleito, normalmente no último dia possível, renunciava a sua candidatura e colocava no seu lugar um parente como filho, sobrinha, esposa, etc.

Este exemplo reflete tantos e tantos casos julgados pelo TSE, tal como o aresto aqui citado, e que eram admitidos como válidos simplesmente porque a renúncia era permitida, o prazo para substituição nas eleições majoritárias era até a antevéspera da eleição e quase sempre a fotografia na urna eletrônica era do candidato substituído, mas votava-se no substituto.

É claro que este exemplo, refletido no aresto acima, é uma grave fraude no sistema eleitoral porque viola os princípios da moralidade e liberdade eleitoral, já que o eleitor nem sabe em quem realmente está votando e tudo isso é arquitetado de propósito.

Com a nova regra legal estabelecida pelo artigo 13, §3º, o registro deverá ser requerido até 10 (dez) dias contados do fato ou da notificação do partido da decisão judicial que deu origem à substituição e, tanto nas eleições majoritárias como nas proporcionais, a substituição só se efetivará se o novo pedido for apresentado até 20 (vinte) dias antes do pleito, exceto em caso de falecimento de candidato, quando a substituição poderá ser efetivada após esse prazo. Ao fixar o prazo de 20 dias antes do pleito para os casos de renúncia e de cancelamento ou indeferimento do registro, o legislador pretendeu moralizar uma situação vexatória que era exatamente aquela que foi narrada nos parágrafos acima e que eram “legitimadas” pelo TSE sob o argumento de que a lei era clara e admitia tal absurdo.

Em nosso sentir, a “lei não admitia tal absurdo” e deveria o próprio TSE coibir aquele absurdo atentatório contra a boa-fé eleitoral. Aqui, para aquelas hipóteses deveriam ser invocados os princípios da moralidade e liberdade eleitoral para impedir a substituição pretendida pelos “espertos” candidatos, partidos e coligações. A lei não foi criada para que o processo eleitoral fosse burlado e o eleitor enganado. E, mais que isso, o processo judicial de impugnação de registro de candidatura tem realmente uma cognição sumária e restrita, mas nada disso deveria ser óbice à preservação da moralidade eleitoral, que está acima e anterior a esta discussão processual. Frise-se que o *pedido de registro de candidatura do substituto* condiciona-se à existência de uma vaga a ser preenchida, deixada pela renúncia do substituído. Esta renúncia precisa ser válida, legítima e só será homologada pela justiça eleitoral se não for ofensiva ao pleito eleitoral e seus princípios. Assim, se “não existe espaço para discussão e contraditório sobre a fraude eleitoral no pedido de registro de candidatura”, este espaço existe e é adequado para se julgar como válida a renúncia daquele que irá ser substituído e que deixará o cargo vago para ser preenchido pelo substituto. O *filho*, o *sobrinho*, a *esposa* ou o *tio* que pretendia substituir seu parente na véspera do pleito eleitoral (agora só poderá fazê-lo 20 dias antes das eleições), aproveitando-se da popularidade do substituído e da confusão do eleitor para ser eleito, torna nula a *renúncia pretendida*, porque é artifício indecente e ilícito de obter vantagem com a burla do processo democrático.

Ainda bem que o legislador corrigiu a vergonha incluindo o §3º ao artigo 13 da Lei nº 9.504, mas bem que isso já poderia ter sido feito pelo TSE impedindo que tais absurdos acontecessem, ainda que sob égide da lei velha, para proteger os princípios imanentes do direito eleitoral (moralidade e liberdade).

4 Terceiro caso – A sanção pela divulgação de pesquisa sem registro prévio

4.1 Objeto de análise

O tema que envolve o nosso terceiro caso a ser analisado tem por questão de fundo as *pesquisas eleitorais*, um tema absolutamente sensível e determinante na definição do voto do eleitor, mas que, propositadamente ou não, é muito mal tratado pelo legislador. O aresto tomado como paradigma foi o seguinte:

Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 8-15/SP
Relatora: Ministra Luciana Lóssio

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PESQUISA ELEITORAL. DIVULGAÇÃO. REGISTRO. AUSÊNCIA. MULTA. ART. 33, §3º, DA LEI Nº 9.504/97. INCIDÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO.

1. A divulgação prévia de pesquisa que apenas posteriormente foi registrada perante esta Justiça Especializada atrai a incidência da norma disposta no §3º do art. 33 da Lei das Eleições.

2. É necessário o esclarecimento expresso de que os dados e números divulgados não são oriundos de pesquisas de opinião, sob pena de se divulgar pesquisa ainda não registrada nesta Justiça especializada. Informativo TSE – Ano XVI – nº 35

4.2 A parcialidade de uma pesquisa

O título deste tópico reflete um dos problemas mais sérios e violadores da *liberdade eleitoral* do eleitor de escolher seu candidato, valendo-se de informações neutras e sinceras que deveriam permear uma campanha eleitoral.

Façamos um desafio a você, leitor deste texto. Use uma dessas ferramentas de busca na internet e coloque as seguintes palavras: “pesquisa”, “café”, “saúde”. Em segundos, você verá que existem pesquisas para todos os gostos e credos. E, registre-se, pesquisas feitas por entidades sérias. Tanto encontraremos pesquisas que dizem que café faz mal à saúde, quanto o contrário. O mesmo se diga para o ovo, o vinho, o pão, a carne, a manteiga e por aí vai.

Como pode uma pesquisa dar um resultado diametralmente oposto ao outro e ambas trazerem dados “verdadeiros”? De fato, todas essas pesquisas podem ser sérias e oferecerem resultados diametralmente opostos. O “x” da questão para tal paradoxo resulta na verdade dos critérios que são utilizados para se fazer a pesquisa e encontrar um resultado.

Não é novidade para ninguém que, numa mesma cidade, e até num mesmo bairro, as idiossincrasias que diferem um grupo populacional de outro, pela

sua cultura, pelo local onde vivem, pela ocupação social, econômica e cultural no meio que habitam, pela forma de se expressar, pelas relações entre si, etc., geram comportamentos absolutamente peculiares e próprios que tornam pessoas “iguais por morarem num mesmo bairro” absolutamente diferentes entre si. Tome-se de exemplo o bairro Morumbi em São Paulo. Nesse bairro existem palacetes, verdadeiras mansões e condomínios lindos de casas, mas também nesse mesmo bairro, separado apenas por uma ou duas avenidas, há enorme favela que abriga milhares de pessoas que vivem em condições absolutamente opostas àquelas de seus vizinhos endinheirados.

O que se quer dizer com esses exemplos é que se pode obter qualquer resultado com pesquisas de opinião pública. Para tanto, basta valer-se de critérios específicos que direcionem o que se pretenda colher (o resultado pretendido). Enfim, pode-se obter o resultado que se quiser sobre qualquer tema, desde que use os critérios adequados e corretos para o fim que se deseja. E tudo isso sem falsear a verdade da informação, ou seja, ninguém poderá dizer que a pesquisa não tenha trazido respostas verdadeiras ou que teria sido “direcionada”, especialmente se tais critérios forem divulgados. É que toda pesquisa é “direcionada” ou “manipulada” pelos critérios que são escolhidos para a sua elaboração. Se mudar o critério, mudará o resultado.

O mesmo se diga com as “pesquisas eleitorais”, ou na sua versão mais simplória, outrora proibida pela justiça eleitoral que são as “enquetes eleitorais”.

Enfim, o povo, aquele que vota e que decide o seu voto pelo resultado das pesquisas eleitorais, nem imagina que isso aconteça e desconhece os critérios que são utilizados para a realização das pesquisas eleitorais.

4.3 Liberdade da informação e direito de ser informado

A liberdade de expressão e informação, associada ao direito do eleitor de ser informado sobre a situação eleitoral de cada candidato na disputa pelos cargos políticos antes e durante o pleito eleitoral, é imanente ao processo político. Jamais defenderíamos qualquer tipo de impedimento em relação, por exemplo, a proibição de divulgação de pesquisas durante as campanhas eleitorais.

Num país democrático como o nosso, o povo, soberano que é, tem o direito de definir a escolha do candidato que melhor lhe aprouver, inclusive, valendo-se das pesquisas eleitorais, fato que é absolutamente comum no nosso país.

Aliás, é absolutamente notório e comum ouvir, tal como se o pleito eleitoral fosse um páreo no jôquei clube, que “o melhor candidato é fulano, mas não quero perder o meu voto, porque ele está atrás nas pesquisas”, por isso “votarei no beltrano que está na frente nas pesquisas eleitorais”.

Obviamente que não se defende a proibição das pesquisas eleitorais como forma de corrigir um problema que está relacionado à educação e consciência crítica da população, não só no âmbito eleitoral. Contudo, fazer vista grossa para o engodo que as pesquisas eleitorais causam na liberdade de escolha do eleitor também é algo que não deveria ser permitido ou simplesmente ignorado.

É muito importante que os critérios e fundamentos de realização das pesquisas eleitorais fossem mais bem definidos pelo legislador; de forma que o simples registro e prévia divulgação dos dados e critérios utilizados da pesquisa não se mostrem suficientes para resolver este seríssimo problema que compromete a lisura do pleito eleitoral.

A constatação desse falseamento causado pelas pesquisas eleitorais está presente em todos os anos eleitorais, com as *surpresas eleitorais* quando se colhe o voto das urnas e se verifica que o resultado do pleito é diametralmente oposto ao previsto pelas pesquisas eleitorais. Registre-se que nas eleições municipais de 2012, segundo noticiou a agência de notícias do *site* Terra, a Câmara dos Deputados pretendeu instaurar uma Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar o erro das pesquisas eleitorais (<<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/eleicoes/erros-de-pesquisas-eleitorais-podem-resultar-em-cpi-nacamara,5c8fdf0a2566b310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html>>), *in verbis*:

no primeiro turno das eleições municipais, em 21 das 26 capitais onde teve disputa para a prefeitura, houve erro nas pesquisas eleitorais divulgadas às vésperas da votação. Apenas em Campo Grande (MS), Fortaleza (CE), Goiânia (GO), Macapá (AP) e Palmas (TO) todos os resultados ficaram dentro do previsto pelas pesquisas, o que gerou críticas e provocou reação na Câmara. O líder do PDT, deputado André Figueiredo (CE), já começou a recolher assinaturas de parlamentares para criar uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos Institutos de Pesquisa.

Portanto, o problema dos erros das pesquisas eleitorais afeta diretamente o resultado das urnas e é algo que mereceria uma atenção especial do legislador. Inclusive, registre-se, também é comum associar a dados inverídicos de pesquisa para maior captação de recursos eleitorais, o que não é menos absurdo.

4.4 O regime jurídico da pesquisa eleitoral

As pesquisas eleitorais são previstas e autorizadas pela Lei nº 9.504/97, que trata do tema por intermédio dos seguintes dispositivos legais:

Art. 33. As entidades e empresas que realizarem pesquisas de opinião pública relativas às eleições ou aos candidatos, para conhecimento público, são obrigadas, para cada pesquisa, a registrar, junto à Justiça Eleitoral, até cinco dias antes da divulgação, as seguintes informações:

I - quem contratou a pesquisa;

II - valor e origem dos recursos despendidos no trabalho;

III - metodologia e período de realização da pesquisa;

IV - plano amostral e ponderação quanto a sexo, idade, grau de instrução, nível econômico e área física de realização do trabalho a ser executado, intervalo de confiança e margem de erro; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

V - sistema interno de controle e verificação, conferência e fiscalização da coleta de dados e do trabalho de campo;

VI - questionário completo aplicado ou a ser aplicado;

VII - nome de quem pagou pela realização do trabalho e cópia da respectiva nota fiscal. (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

§1º As informações relativas às pesquisas serão registradas nos órgãos da Justiça Eleitoral aos quais compete fazer o registro dos candidatos.

§2º A Justiça Eleitoral afixará no prazo de vinte e quatro horas, no local de costume, bem como divulgará em seu sítio na internet, aviso comunicando o registro das informações a que se refere este artigo, colocando-as à disposição dos partidos ou coligações com candidatos ao pleito, os quais a elas terão livre acesso pelo prazo de 30 (trinta) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§3º A divulgação de pesquisa sem o prévio registro das informações de que trata este artigo sujeita os responsáveis a multa no valor de cinqüenta mil a cem mil UFIR.

§4º A divulgação de pesquisa fraudulenta constitui crime, punível com detenção de seis meses a um ano e multa no valor de cinqüenta mil a cem mil UFIR.

§5º É vedada, no período de campanha eleitoral, a realização de enquetes relacionadas ao processo eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013)

Art. 34. (VETADO)

§1º Mediante requerimento à Justiça Eleitoral, os partidos poderão ter acesso ao sistema interno de controle, verificação e fiscalização da coleta de dados das entidades que divulgaram pesquisas de opinião relativas às eleições, incluídos os referentes à identificação dos entrevistadores e, por meio de escolha livre e aleatória de planilhas individuais, mapas ou equivalentes, confrontar e conferir os dados publicados, preservada a identidade dos respondentes.

§2º O não-cumprimento do disposto neste artigo ou qualquer ato que vise a retardar, impedir ou dificultar a ação fiscalizadora dos partidos constitui crime, punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR.

§3º A comprovação de irregularidade nos dados publicados sujeita os responsáveis às penas mencionadas no parágrafo anterior, sem prejuízo da obrigatoriedade da veiculação dos dados corretos no mesmo espaço, local, horário, página, caracteres e outros elementos de destaque, de acordo com o veículo usado.

Art. 35. Pelos crimes definidos nos arts. 33, §4º e 34, §§2º e 3º, podem ser responsabilizados penalmente os representantes legais da empresa ou entidade de pesquisa e do órgão veiculador.

Assim, resta claro que o legislador estabeleceu regras que exigem um comprometimento das pesquisas com um caráter científico, já que exigem a divulgação prévia de um plano amostral e “ponderação quanto a sexo, idade, grau de instrução, nível econômico e área física de realização do trabalho a ser executado, intervalo de confiança e margem de erro”. Contudo, ainda que a pesquisa seja previamente registrada antes de sua divulgação, e ainda que a justiça eleitoral lhe dê a publicidade necessária que permita a mesma ser impugnada por qualquer candidato ou partido político ou até o Ministério Público, a questão vai além desse problema.

A sinceridade das pesquisas no sentido de não esconder e divulgar todos os critérios não afasta o problema que isso causa, pois, ao serem divulgadas as

pesquisas pelos meios de comunicação de massa, ninguém informa ao eleitor que compra o jornal, ou lê na internet, ou assiste à televisão que aquela pesquisa ouviu tantas mulheres, tantos homens, pessoas de que bairro, de qual nível escolar e econômico, enfim, divulga-se previamente o plano de amostragem e os critérios utilizados, mas não se faz isso quando os resultados são apresentados ao eleitor.

Nem se pode exigir uma reflexão crítica do eleitor ao ler o resultado da pesquisa, simplesmente porque a ele não foram divulgados os dados da mesma, usurpando-lhe qualquer chance de fazer um juízo de valor se a pesquisa representa uma realidade total ou parcial do processo eleitoral.

É óbvio e ululante que a situação é ainda pior quando a pesquisa eleitoral tem os seus dados fraudados ou quando nem sequer é registrada perante a Justiça Eleitoral, e, neste particular, em nosso sentir, a sanção deveria ser severíssima, porque, se não é registrada a pesquisa, não é possível fazer um controle preventivo da mesma, e se os resultados forem divulgados ao público, o estrago é irremediável, sendo impossível desfazer os prejuízos que a mesma causam, dado o caráter difuso da propagação da notícia.

Ainda que os parágrafos terceiro e quarto do art. 33 mencionem que a “divulgação de pesquisa sem o prévio registro das informações de que trata este artigo sujeita os responsáveis a multa no valor de cinqüenta mil a cem mil UFIR” e que a “divulgação de pesquisa fraudulenta constitui crime, punível com detenção de seis meses a um ano e multa no valor de cinqüenta mil a cem mil UFIR”, trata-se de sanção muito tímida perto do dano que a mesma causa ao processo democrático. Ainda que exista a regra, no artigo 34, §3º, de que “a comprovação de irregularidade nos dados publicados sujeita os responsáveis às penas mencionadas no parágrafo anterior, sem prejuízo da obrigatoriedade da veiculação dos dados corretos no mesmo espaço, local, horário, página, caracteres e outros elementos de destaque, de acordo com o veículo usado”, que talvez seja a medida “reparatória” mais importante, entendemos que os veículos de comunicação jamais poderiam publicar uma pesquisa que não tivesse a comprovação do registro, sob pena de responsabilização.

Apesar de tantas críticas, é preciso dizer que houve avanços na legislação em relação ao tema e um deles foi a inclusão do §5º ao artigo 33 da Lei nº 9.504, que assim diz:

§5º É vedada, no período de campanha eleitoral, a realização de enquetes relacionadas ao processo eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013)

Com esse dispositivo deve-se pôr fim à ruborizante prática de engodo do eleitor por intermédio de *enquetes eleitorais*, que não se sujeitavam ao regime e controle de uma pesquisa eleitoral, tampouco ao rigor científico, mas eram igualmente utilizadas para divulgar resultados. Ora, o povo nunca soube qual a diferença entre enquete e pesquisa eleitoral do ponto de vista jurídico. A enquete era a porta escancarada para a fraude dos resultados e a manipulação destes pelos veículos de comunicação.

5 Quarto caso – A configuração da propaganda antecipada

5.1 A propaganda eleitoral

A propaganda eleitoral pode ser vista sob dois prismas, e ambos são legitimadores da sua existência no *processo eleitoral democrático*.

Pelo ângulo do eleitor, a propaganda eleitoral é forma legítima de se obter elementos, dados e informações acerca dos candidatos que disputam o pleito, permitindo que possa decidir, de forma livre e idônea, aquele que melhor representa seus anseios políticos, enfim, quem merece o seu voto nas eleições. Por esse prisma, a propaganda eleitoral está diretamente relacionada com a *liberdade do voto*, com o direito de o eleitor formar seu convencimento e definir livremente sobre a melhor escolha nas urnas. Já sob a perspectiva do candidato e dos partidos, a propaganda eleitoral é forma lícita de expor suas ideias, seus programas, as suas intenções, o seu perfil e assim tentar convencer o eleitor de que são merecedores do voto. Sob esse prisma, do partido e candidato, é forma de implementar o princípio da igualdade eleitoral que deve estar presente no pleito eleitoral.

É importante destacar que, por se tratar de uma divulgação de ideias, propostas, programas, etc., a *propaganda eleitoral* é regida ainda pelo *direito fundamental de liberdade de expressão*, com os limites constitucionais que lhe são impostos, como a proteção da intimidade, da vida privada, da preservação dos valores morais, etc.

A compatibilização de tantos princípios envolvidos fez com que o legislador eleitoral fosse extremamente minudente na exposição das regras regentes da propaganda eleitoral, estabelecendo regras *temporais* de início e fim da propaganda eleitoral, regras e limites sobre as *técnicas de divulgação* da propaganda eleitoral, e até mesmo regras e limites sobre o conteúdo da mensagem a ser propagada. Sem esses limites — genéricos e impostos a todos os atores do processo eleitoral — a igualdade, a moralidade e a liberdade de escolha do eleitor seriam afetados indevidamente, maculando o processo eleitoral.

Neste singelo ensaio, restringir-nos-emos à análise do limite *temporal* imposto pela lei eleitoral à propaganda eleitoral, e, em especial, da propaganda eleitoral que começa antes do momento permitido, ou seja, a *propaganda eleitoral antecipada* que é a espécie mais comum de *propaganda eleitoral extemporânea*.

5.2 A propaganda eleitoral extemporânea

A propaganda eleitoral é permitida após o dia 05 de julho do ano do pleito eleitoral, portanto, será considerada como propaganda eleitoral *antecipada* a que for realizada *antes* do dia 06 de julho do ano eleitoral (art. 36, *caput*, da Lei nº 9.504/97). Essa data tão precisa fixada pelo legislador leva em conta a previsibilidade firmada pelo calendário eleitoral que é típica para anos eleitorais. Já se sabe, de antemão, quais as datas das futuras eleições no nosso país, justamente em razão da fixação prévia pelo legislador, inclusive constitucional, do nosso calendário eleitoral. Essa “previsibilidade” fortalece a democracia, traz segurança jurídica e torna cada vez mais estável o processo democrático brasileiro.

Por uma razão lógica, só é possível iniciar uma campanha e, portanto, a propaganda eleitoral, quando existe um *candidato*, ou, sendo mais preciso, quando existe um requerimento de candidatura formulado perante a justiça eleitoral e que deve ser feito até o dia 05 de julho do ano eleitoral. Assim, uma vez requerido o pedido de candidatura no prazo legal, ainda que o registro não tenha sido deferido, dá-se ao requerente da candidatura o *status jurídico* de candidato permitindo que possa fazer a campanha eleitoral.

A questão que gira em torno do tema em análise diz respeito à *configuração* do que vem a ser *propaganda antecipada*. Segundo o aresto do TSE, tem-se por propaganda antecipada algo diverso da promoção pessoal. Vejamos.

Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 284-28/SP

Relatora originária: Ministra Laurita Vaz

Redator para o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. VEREADOR. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. ART. 36 DA LEI Nº 9.504/97. FOLHETO. DIVULGAÇÃO DE ATOS PARLAMENTARES. AUSÊNCIA DE MENÇÃO À CANDIDATURA. PROMOÇÃO PESSOAL. ART. 36-A DA LEI Nº 9.504/97.

1. Nos termos do art. 36-A da Lei nº 9.504/97 não constitui propaganda eleitoral antecipada a divulgação de atos de parlamentares, desde que não se mencione a possível candidatura ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral.
2. Na espécie, os panfletos não trazem pedido de voto ou qualquer menção de que o agravante será candidato.
3. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial eleitoral. (DJE, 14 fev. 2014)

Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 388-86/BA

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Ementa: ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. USO DE *OUTDOORS* PARA A DIVULGAÇÃO DE MENSAGEM DE FELICITAÇÃO. VEREADOR. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO. PROMOÇÃO PESSOAL. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO TSE. NÃO INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS NºS 7 DO STJ E 279 DO STF. DESPROVIMENTO.

1. Não configura propaganda eleitoral extemporânea a veiculação de mensagem de felicitação em *outdoors*, divulgada por vereador, quando não há referência, ainda que subliminar, a eleições (Informativo TSE – Ano XVI – nº 25) ou a planos de governo nem tentativa, indireta ou disfarçada, de obter o apoio do eleitorado por intermédio do voto. Precedentes.
2. Hipótese em que os fatos delineados pelo acórdão regional autorizam o afastamento da conclusão a que chegou o Tribunal de origem sem que isso configure reexame de matéria fático-probatória.
3. Agravo regimental desprovido. (DJE, 11 fev. 2014)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO. REPRESENTAÇÃO POR PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. ELEIÇÕES 2012. ART. 36 DA LEI Nº 9.504/97. AUSÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.

1. De acordo com a jurisprudência do TSE, a propaganda eleitoral configura-se quando se leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, a ação política ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública.

2. Na espécie, os elogios à administração do prefeito — que na data do discurso (05.07.2012) era notório pré-candidato à reeleição —, seguidos de frase que remete à candidatura, sugerem que ele é o mais apto para exercer a função pública e propõem a continuidade do projeto de governo, o que caracteriza propaganda eleitoral antecipada.

3. Agravo regimental não provido.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 115905, Acórdão de 11.03.2014, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Publicação: DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 61, Data: 31.03.2014, Página 99/100)

Assim, pela leitura simples dos arestos citados acima, é clara e inequívoca a posição do TSE em relação à configuração do que seja “propaganda eleitoral antecipada”. É preciso que exista uma “propagação”, “divulgação” ao conhecimento geral, de forma direta ou indireta, explícita ou implícita de uma candidatura, ou seja, que o público receba a mensagem de que determinada pessoa será candidata em pleito eleitoral futuro.

Em nosso sentir, nada obstante o acerto do TSE em sedimentar esta posição jurídica, há dois aspectos que merecem uma reflexão. O primeiro deles é a diferenciação entre o mero ato de *promoção pessoal* e a *propaganda antecipada*, ou seja, qual o limite interpretativo de uma e outra hipótese. O segundo aspecto diz respeito à curiosa situação de se admitir que alguém seja *candidato* para configuração da propaganda antecipada muito antes da ocorrência do pleito eleitoral, com outras situações em que não se admite que o sujeito seja considerado *candidato* para configuração, por exemplo, da captação ilícita de sufrágio.

5.3 Propaganda antecipada e mero ato de promoção pessoal

A propaganda eleitoral antecipada requer a presença de alguns requisitos para que esteja configurada. Esses requisitos podem estar ostensivamente presentes ou, pelo contrário, estarem subliminares ou dissimulados no contexto da veiculação da propaganda. Assim, a indicação de uma candidatura para eleições futuras, a intenção de convencimento do eleitor atingido pela propaganda sempre devem estar presentes para que se configure a *propaganda eleitoral antecipada*.

A maciça jurisprudência do TSE distingue o mero ato de promoção pessoal de um candidato das hipóteses de propaganda antecipada naqueles casos em que não existe, nem de forma explícita e nem subliminar, um vínculo da promoção do político com eleições futuras.

Segundo o TSE, “Não configura propaganda eleitoral antecipada a veiculação de mensagem de felicitação, divulgada por meio de *outdoor*, quando não

contém anúncio, ainda que subliminar, de determinada candidatura nem dos propósitos para obter o apoio do eleitor por intermédio do voto. Precedentes” (AgR-REspe – Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 235347 – Manaus/AM). Em nosso sentir, esta premissa é um sofisma, ou seja, a rigor nenhum político pratica ato de promoção pessoal desvinculado de um interesse político, e, como tal, deveria ser tomada como *propaganda antecipada*.

Atualmente, os métodos de convencimento do eleitor estão no mesmo nível de desenvolvimento social, tecnológico, cultural e econômico daqueles que se praticam no mercado de consumo, com o consumidor.

É fora de dúvidas que o *marketing* político é uma realidade; seus anseios, o ato de votar, a forma de dirigir ao eleitor, a construção da imagem do candidato, suas falas, suas roupas, o momento que aparece e como aparece ao público, etc. são meticolosa e profissionalmente investigados e decifrados antes de se pensar numa campanha eleitoral. É como se o político profissional estivesse sempre em campanha eleitoral, porque ele nunca deixa de ser um potencial candidato. Enfim, está sempre em *stand by* pronto para servir ao partido e seus correligionários, dependendo da situação e do contexto político que se apresenta. Esta é a realidade de hoje e é sob este contexto que o ato de “mera promoção pessoal” deve ser visto.

Afinal, ninguém é tão bonzinho, tão educado ou solícito ou ingênuo, especialmente no mundo político onde a imagem é construída e solidificada com o tempo, em fazer publicar por si ou por terceiros anúncios e propagandas de felicitações às mães pelo dia das mães, à mulher pelo dia das mulheres, aos caminhoneiros pelo dia dos caminhoneiros, e por aí vai, simplesmente para se ter uma “promoção pessoal” que esteja totalmente desvinculada de uma intenção que seja a de obter ou criar uma reputação de político educado, gentil, que pensa no próximo, que não esquece seus eleitores, enfim, de um “bom político”, mormente quando não está perto de um pleito eleitoral.

É óbvio, claríssimo, que todo ato de promoção pessoal, ainda que não vinculado diretamente às eleições próximas com pedido de voto, estará sempre, frise-se, *sempre* vinculado a um investimento na imagem de político para que no futuro isso venha a ser lembrado pelo eleitor; lembrado em forma de voto para si ou para terceiros que o tal político venha a apoiar.

Sinceramente, chegam a ser constrangedoras as mensagens de felicitações feitas por políticos a diversos segmentos da sociedade como forma de “vender” uma imagem de político “gentil” e educado. É claro que essa imagem tem um fim futuro, e, ao nosso sentir, fica a dúvida: há promoção pessoal de político que não esteja vinculada a um fim eleitoral?

Nesse diapasão, registre-se, é também do TSE uma das decisões que melhor reflete a forma como deve ser enxergada a ocorrência da propaganda antecipada, ao dizer, nos termos dos precedentes deste Tribunal Superior, que “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” (R-Rp nº 177413/DF, Rel. Min. Joelson Dias, PSESS de 10.08.2010).

Enfim, soa-nos como extremamente ingênua a crença de que seria mero ato de promoção pessoal e sem qualquer vínculo eleitoreiro futuro as mensagens de felicitação em *outdoors* que são feitas pelos políticos só porque não existe um vínculo da mensagem com as eleições próximas. Ora, sendo as eleições periódicas no nosso país, para que o candidato pretende fazer a sua promoção pessoal? Por qual motivo quer solidificar a sua imagem? Por que construir uma reputação de gentil, doce, de alguém que se lembra dos felicitados na mensagem? O político atual é sempre um potencial candidato, sempre pronto a servir à agremiação da qual faz parte e simplesmente faz da política a sua profissão, ainda que não esteja exercendo um cargo eletivo. Basta vez quantos políticos no nosso país ocupam cargos políticos. Raras são as hipóteses daqueles que entraram para a política e dela se desligaram. Enfim, a imagem que se constrói ao longo do tempo é sempre em busca de um cargo político, eletivo ou não, mormente porque as eleições no Brasil são periódicas.

5.4 A partir de que momento a propaganda eleitoral pode ser considerada como *antecipada*?

Um dos aspectos mais interessantes em relação à propaganda antecipada diz respeito ao momento em que a mesma pode acontecer. O que torna interessante esta questão é o fato de que a propaganda antecipada é aquela que acontece antes do dia 06 de julho do ano eleitoral (art. 36 da Lei nº 9.504). Sim, a contagem é retroativa, ou seja, é proibida a propaganda que acontece antes de 06 de julho, mas até quando? Um mês, um trimestre um semestre, um ano antes? O legislador não fixa a data, e a jurisprudência do TSE traz exemplos de casos em que nove meses antes do pleito eleitoral foi aplicada a sanção da propaganda antecipada num caso que ficou famoso na imprensa brasileira por se tratar de propaganda do então Presidente Lula em favor da atual Presidente Dilma:

Representação. Propaganda eleitoral antecipada.

1. Configura propaganda eleitoral antecipada a referência à sucessão presidencial, bem como à continuidade de governo, em inauguração de obra pública, sobretudo ao haver interação com a respectiva plateia, quando se menciona o nome daquele que seria o pré-candidato.
2. Deve ser julgada improcedente a representação quanto ao beneficiário, se não está comprovado o prévio conhecimento da propaganda.

Recurso provido, em parte, para julgar procedente a representação relativamente ao primeiro representado, com a aplicação de multa no valor mínimo de R\$5.000,00. (Recurso em Representação nº 32872, Acórdão de 18.05.2010, Rel. Min. Fátima Nancy Andrigli, Relator designado Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Publicação: *DJE* – Diário da Justiça Eletrônico, Data: 12.08.2010, Página 70)

Essa (correta) manifestação do TSE aceita como “candidato” aquele sujeito que ainda não fez o seu pedido de registro se candidatura e, “pior” ainda, nem sequer foi escolhido em convenções partidárias, o que só se dá na segunda quinzena do mês de junho antes das eleições. Portanto, admite o TSE, frise-se, corretamente, que o conceito de candidato seja antecipado para um momento muito anterior ao pedido de registro de candidatura. Trata-se de uma *ficção jurídica* que atende, plenamente, a realidade da política brasileira, pois mesmo antes das convenções muitos já sabem que serão candidatos e agem como tal. A questão que fica aqui, para reflexão, é a seguinte: por que não se aplica a mesma ficção jurídica, que antecipa o conceito de candidato, também para as hipóteses de *captação ilícita de sufrágio* ou *abuso do poder econômico*? Se alguém é considerado candidato porque faz *propaganda política antecipada*, por que esse mesmo alguém não pode praticar, antes do momento da campanha eleitoral, atos de abuso de poder econômico e compra de voto?

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito eleitoral aplicado: ponderações e críticas para uma reflexão sobre doações acima dos limites legais, substituição de candidatos, a divulgação de pesquisa em registro prévio e propaganda antecipada. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 85, p. 15-35, maio/jun. 2014.
