O que é propaganda eleitoral antecipada ilícita? 3 filtros para levar a liberdade de expressão a sério*

What makes early electoral propaganda illegal? three filters to take freedom of expression seriously

JOÃO ANDRADE NETO

ROBERTA MAIA GRESTA

Sobre os autores:

João Andrade Neto. *Doutor em Direito (Universität Hamburg), analista judiciário do TRE-MG, professor de Direito Eleitoral e Consti-tucional e membro da ABRADEP.*

Roberta Maia Gresta. *Doutoranda em Direito Político (UFMG), Assessora Jurídica da Corte Eleitoral do TRE-MG, professora de Direito Eleitoral e Direito Processual e membro fundadora da ABRADEP.*

RESUMO

O artigo trata do conceito de propaganda eleitoral antecipada, realizada antes do prazo final para registro de candidatura. Parte-se do então iminente julgamento, pelo TSE, do AgR-REspe 9-24.2016.6.26.0242 SP, em junho de 2018, para afirmar que, ao alterar o art. 36-A da Lei 9.504/97, a Lei 13.165/2015 criou a categoria da propaganda eleitoral antecipada lícita, até então inexistente. Propõe-se a aplicação de três filtros, em etapas necessariamente sucessivas, para determinar se a propaganda eleitoral antecipada é lícita: está-se diante de propaganda eleitoral?; em caso afirmativo, ela contém pedido explícito de voto?; ou adota forma em desacordo com a lei? Explica-se que a resposta afirmativa ao filtro acarreta a ilicitude da propaganda; por outro lado, a resposta negativaa todos os filtros caracteriza a propaganda como lícita. Defende-se que a adoção, pelo TSE, do esquema proposto favoreceria a promoção da liberdade de expressão, em detrimento dos argumentos metajurídicos frequentemente usados em contrário.

Palavras chave: propaganda eleitoral; liberdade de expressão

ABSTRACT

The article deals with the concept of early electoral propaganda, i.e., a piece of electoral propaganda that is given publicity before the legal term for the beginning of electoral campaigns. Departing from the imminent judgment in June 2018 of the AgR-RESpe 9-24.2016.6.26.0242 SP by the TSE, the authors affirm that, by amending Article 36-A of Law 9504/1997, Law 13165/2015 created a new category that did not exist until then, that of lawful early electoral propaganda. According to them, to determine if early electoral propaganda is legal, one should apply three filters in the following order: (i) is it really a piece of electoral propaganda?; if so, (ii) does it contain an explicit request to vote?, or (iii) adopt a legally forbidden form? Authors explain that an affirmative answer to the filter (ii) or (iii) leads to the lawlessness of the piece; on the other hand, a negative response to (i) or to all filters makes it legal. In conclusion, they argue that by adopting the three-filter scheme, TSE would promote freedom of expression, to the detriment of the meta-legal arguments frequently used to the contrary.

Keywords: electoral propaganda; freedom of expression

*Artigo originalmente publicado na coluna "Opinião & Análise" no Portal Jota, em 24/6/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-e-propaganda-eleitoral-antecipada-ilicita-24062018>. A publicação original precedeu o fim do julgamento do AgR-REspe 9-24.2016.6.26.0242 SP, pelo TSE, em 26/6/2018, com o retorno da vista do Ministro Luiz Fux. O artigo foi expressamente citado pelo voto vista do Ministro e integrou a lista de referências bibliográficas de indexação do acórdão, que marcou o reposicionamento do tribunal acerca da licitude da propaganda eleitoral antecipada. Ver: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 924 - Várzea Paulista – SP. Acórdão de 26/06/2018. Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto. Brasília/DF: Diário da justiça eletrônica, 22/08/2018.

INTRODUÇÃO

Na sessão de 25/06/2018, o TSE volta a se debruçar sobre o AgR-REspe 9-24.2016.6.26.0242 SP, caso que desafia uma definição sobre os limites admissíveis para a propaganda eleitoral.

O pano de fundo para o debate é a fixação de placas em residências, com o nome e foto de 2 pré-candidatos a Vereador, indicação de página no Facebook, legenda e número do partido e dizeres "Essa família apoia". O feito se refere às eleições de 2016. Porém, a relevância do julgamento está em que os Ministros pretendem nele estabelecer critérios para o controle da propaganda eleitoral antecipada nas eleições de 2018.

Uma alteração promovida pela Lei 13.165/2015 parecia destinada a colocar uma pá de cal sobre o assunto. A redação do art. 36-A da Lei das Eleições passou a permitir atos de pré-campanha "desde que não envolvam pedido explícito de voto". Nessa linha, o Relator do Respe 9-24, Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, afastou a condenação que havia sido imposta pelo TRE-SP. Contudo, a discussão quanto ao conceito de "explícito" e, ainda, uma visão restritiva do rol de atos previstos no dispositivo podem conduzir a uma "intepretação repristinatória": a Justiça Eleitoral voltaria a punir atos nos quais identifique pedido "subliminar ou implícito de votos", conforme sua linha jurisprudencial *anterior* à atual redação do art. 36-A da Lei 9.504/97.[1]

A motivação do TSE para tanto parece bem expressa nas palavras ditas pelo Ministro Admar Gonzaga em fevereiro, quando pediu vista dos autos: "Podemos inundar o Brasil de propagandas, placas em que se figure nome, partido, nome da legenda e não tenhamos uma aplicação de sanção por não haver pedido explícito de voto."[2] No entanto, é preciso indagar: se a lei deliberadamente deixa de impor uma penalidade a uma conduta, porque tratá-la como uma burla ilícita à legislação e, não, apenas, como prática lícita?

Na esteira do voto enfim apresentado pelo Ministro Admar Gonzaga, a resposta parece ser dada sob a perspectiva da igualdade da disputa eleitoral. Para ele, "afigura-se possível apurar, sob a perspectiva de eventual propaganda eleitoral extemporânea, a propaganda massiva, repetida, com alto custo e de grande abrangência, que se aproxime mais de campanha eleitoral do que de divulgação de ideias", de modo a evitar o desequilíbrio na pré-campanha.

É inevitável, contudo, notar a semelhança dos elementos da "propaganda massiva" com o abuso de poder econômico ou o uso indevido de meios de comunicação, ilícitos graves cuja apuração deve ser feita em ação própria (art. 22, LC 64/90), com ampla instrução probatória e, não, no exíguo procedimento das representações eleitorais (art. 96, Lei 9.504/97), com prazos em horas e sumária determinação de retirada da propaganda irregular.

Além disso, a mesma diretriz de igualdade na disputa permite considerar que a maior permissividade do art. 36-A da Lei 9.504/97 é intencional, destinada a compensar a redução do tempo de campanha. Nessa linha foi a decisão monocrática do Respe 9-24. O Ministro Tarcisio Vieira, reconhecendo que, quando iniciada a propaganda em 16 de agosto há, de saída, uma vantagem inevitável para os candidatos mais próximos à mídia, ponderou que "a flexibilização da propaganda antecipada poderá, ao menos, garantir ao cidadão comum que deseje participar da

1 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI nº 26055, de 16 abr. 2015, Rel.: Min. Luiz Fux. DJE, Tomo 119, Data 25/06/2015, Página 156/157: "A configuração da propaganda eleitoral extemporânea exige que seja levado ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, referência à pretensa candidatura, pedido de voto, ações políticas que se pretende desenvolver ou a ideia de que o beneficiário é o mais apto para o desempenho da função pública eletiva." Esse entendimento era endossado pelos TREs. Ver, por ex.: TRE-PA. RE: 522 PA, Relator: EZILDA PASTANA MUTRAN, Data de Julgamento: 14/06/2012, DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 110, Data 21/06/2012, Página 2: "É assente na jurisprudência o entendimento de que a propaganda eleitoral antecipada também se configura na forma dissimulada ou subliminar, consoante o art. 36, § 3º da Lei n.º 9.504/1997. ... Ainda que se alegue que não há pedido explícito de votos - nem referência ao número de eventual candidatura e ao da agremiação partidária, ou mesmo alusão ao pleito -, não há como negar, em se tratando de filiado a agremiação partidária ou de pessoa com notória aspiração ou 'carreira' político-eleitoral, o evidente intuito de publicidade política, com olhos atentos ao voto do eleitor no pleito futuro. In casu, as publicações objeto dos autos denotam uma forma dissimulada de propaganda eleitoral com vistas a expor as razões pelas quais o recorrente seria o mais apto à função pública."

2 https://www.jota.info/justica/tse-ainda-discute-criterios-para-propaganda-antecipada-nas-eleicoes-22022018

disputa eleitoral um tempo maior para tentar se fazer conhecido do público e se aproximar dos eleitores."[3]

O fato é que, embora a igualdade na disputa seja almejada, o ponto concreto de partida é de desigualdade entre os que virão a ser candidatos. Por isso, se, no extremo, toda a propaganda anterior ao registro fosse proibida e punível com multa – como, aliás, o era na redação original da Lei 9.504/97 –, não teríamos a garantia de eleições mais isonômicas e, de outro lado, certamente teríamos eleitores menos informados a respeito dos concorrentes ao pleito. A evolução da legislação que, desde 1997, vem gradativamente abrindo o leque de práticas permitidas antes do registro formal dos candidatos assinala que, na impossibilidade de efetivar uma igualdade substancial da disputa, a liberdade de expressão deve ser prestigiada como direito fundamental que abarca a manifestação política e, especificamente, a manifestação eleitoral.

É certo, contudo, que os defensores da intensificação do controle dos atos de pré-campanha não se colocam *contra* a liberdade de expressão. Afinal, no discurso, todos somos a favor dela. Não faltam ocasiões públicas em que ela seja festejada, e sua conquista, celebrada. Seu valor é reafirmado, ainda que em *obter dictum*, em um sem-número de decisões judiciais. Orgulhosos da democracia em que vivemos, repetimos que a Constituição de 1988 deixou no passado práticas nada nobres de controle da expressão alheia pela censura, pela licença ou pela criminalização da opinião. A julgar pelo discurso oficial, vivemos hoje um período em que o "cala-boca já morreu" – para lembrar a célebre frase proferida pela Ministra Cármen Lúcia no julgamento do *Caso das Biografias Não Autorizadas.*[4]

Na prática, porém, a teoria é outra. São inúmeras as situações concretas nas quais, quando a liberdade de expressão é posta à prova, optamos por silenciá-la ou controlá-la ao invés de promovê-la. Diante de qualquer caso que fuja do ordinário, defendemos que "se faz necessário ponderá-la". Qual não é a surpresa que o resultado da ponderação seja invariavelmente desfavorável à liberdade. Esta frequentemente tem de ceder diante do interesse público ou de princípios tidos por constitucionais e que, no entanto, ninguém consegue localizar no texto da Constituição.

Em suma, não praticamos a lição de Dworkin, para quem a condição para que um direito seja "fundamental" – efetivamente, e não apenas como recurso retórico – é que ele seja capaz de triunfar sobre os argumentos que lhe são contrários em ao menos um caso concreto (DWORKIN, 1978). Lança-se aqui, então, um desafio interpretativo: poderiam as placas de pré-candidatura de Várzea Paulista inspirar uma hermenêutica que *favoreça* o exercício da liberdade de expressão no campo político-eleitoral?

O ponto de partida para uma resposta afirmativa a essa questão toma por premissa que levar a sério a liberdade de expressão exige reconhecer que o art. 36-A tornou *lícita* a prática de atos de pré-campanha eleitoral francamente direcionados ao pleito próximo. Seguem havendo limites a esses atos. Mas não se pode, de plano, equiparar as divulgações feitas em "contexto conceitual explícito que não deixe dúvida razoável acerca da intenção de captar voto" ao "pedido explícito de voto", como posto pelo Ministro Admar Gonzaga. Isso porque a intenção da pré-campanha é captar o voto, a preferência do eleitor. O controle do conteúdo de manifestações com o intuito de captar esta intenção e, então, puni-la, faria letra morta do permissivo legal. Restariam, apenas, permitidos atos sem conteúdo eleitoral – mas nessa situação não se tem ato de pré-campanha eleitoral e, sim, *fato atípico*, do ponto de vista do controle da Justiça Eleitoral.

É por isso que se considera necessário separar o exame da existência de conteúdo eleitoral (que é premissa da atuação do controle da Justiça Eleitoral) do pedido explícito de voto (que é requisito para a configuração da ilicitude da propaganda antecipada). Além disso, uma terceira baliza exige a conformação da propaganda antecipada às regras próprias da propaganda após o dia 15 de agosto, o que confere sistematicidade ao tratamento das condutas. Estruturadas como etapas *necessariamente sucessivas*, obtêm-se 3 filtros cuja aplicação permite estabelecer se determinado ato praticado no período de pré-campanha constitui fato atípico, propaganda eleitoral antecipada lícita ou propaganda eleitoral antecipada ilícita.

3 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe 9-24.2016.6.26.0242, Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, Decisão Monocrática em 01/08/2017, publicado no DJe de 02/08/2017, p. 226-230.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJe-018, 01-02-2016.

Vamos a eles.

FILTRO 1: ESTÁ-SE DIANTE DE PROPAGANDA ELEITORAL?

O primeiro filtro examina se o material apresentado pode ser considerado propaganda eleitoral. Não se deve aqui precipitar a conclusão de que tudo que envolva temas políticos, partidos e pessoas ligadas à política é eleitoral.

José Jairo Gomes bem define que a propaganda eleitoral, "adrede preparada para influir na vontade do eleitor", tem "a finalidade de captar votos do eleitorado para investidura em cargo público-eletivo", o que faz ao "levar ao conhecimento público, ainda que de maneira disfarçada ou dissimulada, candidatura ou os motivos que induzam à conclusão que o beneficiário é o mais apto para o cargo em disputa (GOMES, 2016, p. 482)". Assim também faz a histórica jurisprudência do TSE.[5] É, portanto, ínsito à propaganda eleitoral o intento de captar votos para uma determinada eleição, o que pressupõe, no mínimo, o estabelecimento de comunicação com o eleitor e a referência à eleição.

Quando se considera que um determinado ato constitui simples promoção pessoal, em razão de ausência de menção ao pleito futuro, não se está reconhecendo a existência de propaganda antecipada lícita, mas, sim, de fato atípico no que concerne ao controle da propaganda eleitoral. Sendo atípico, a forma como realizado – o que, se verá, concerne ao filtro 3 – é irrelevante. Em outras palavras, se um determinado ato não leva ao eleitor a divulgação de uma candidatura a determinado cargo, não há ensejo para controle no âmbito da propaganda eleitoral, quer por meio do exercício do poder de polícia, quer por medida determinada em representação por propaganda antecipada irregular.

Também devem ser entendidos como atípicos do ponto de vista da propaganda eleitoral alguns atos descritos no art. 36-A da Lei das Eleições: aqueles em que não se trava comunicação dirigida ao eleitorado em geral. Veja-se, por exemplo, o inciso II, que trata de encontros intrapartidários para tratar de estratégias eleitorais, e o inciso III, que faz referência às prévias eleitorais. Por sua natureza, são atos políticos preparatórios para as eleições, mas não propaganda eleitoral, pois não se destinam a divulgar candidaturas aos eleitores.

Mas há atos no rol do art. 36-A que configuram típica propaganda eleitoral. Exemplos são: a participação de pré-candidatos em entrevistas e programas de rádio, TV e internet com o objetivo de expor sua plataforma eleitoral (inciso I); a divulgação posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive na internet, que abarque a menção a pretensão eleitoral própria ou a manifestação de preferência por determinado pré-candidato (inciso V); as reuniões públicas custeadas pelos partidos políticos para apresentar pré-candidatos (inciso VI); a campanha para atrair doadores via *crowdfunding* (inciso VII).

Identificado o caráter de propaganda eleitoral do ato, deve-se prosseguir no exame, com a aplicação dos demais filtros. A grande relevância da análise em separado do filtro 1 é assinalar que a existência de conteúdo eleitoral não é elemento suficiente para ensejar a penalização da conduta. A natureza do conteúdo é apenas a premissa que permite avançar na apuração da alegada ilicitude. O art. 36-A criou a possibilidade, antes inexistente, de que a propaganda eleitoral antecipada seja lícita.

Por isso, ainda que um ato se preste a divulgar, de forma clara, uma pré-candidatura, não se pode, de plano, concluir por sua ilicitude.

FILTRO 2: HÁ PEDIDO EXPLÍCITO DE VOTO?

Uma vez demonstrado que a veiculação da futura candidatura no período de pré-campanha (antes do dia 16 de agosto do ano da eleição) consiste em propaganda eleitoral, cumpre passar para ao segundo filtro. Nela se examina

5 TSE. AgR-REspe nº 16734, de 20.3.2014. Rel. Min. Laurita Vaz: "propaganda eleitoral é aquela que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública."

se a peça em questão é lícita. O critério para determinar a licitude nessa etapa remete tão somente ao conteúdo. De modo bem simples, deve-se indagar se ela veicula ou não pedido explícito de voto.

A Minirreforma Eleitoral de 2015 introduziu a exigência de "pedido explícito de voto" para a configuração da propaganda antecipada ilícita. Antes se entendia que o pedido de voto era subliminar ou estava implícito em atos como o pedido de apoio e a promoção pessoal de pré-candidato, o que bastava para declarar que a propaganda eleitoral era antecipada e, portanto, ilícita (pois não havia hipótese que a permitisse antes do período de campanha).

O significado usual do termo "explícito" não é controvertido. Chega a ser mesmo intuitivo. O dicionário o define como aquilo que é "desprovido de dúvidas ou ambiguidades", "perfeitamente enunciado; claro, preciso", "dito de maneira formal sem dúvidas; categórico" ou "dito ou explicado com exatidão."[6]

Não obstante, o que se tem visto tanto na doutrina quanto na jurisprudência é a tentativa de construir uma interpretação que diferencia entre "explícito" e "expresso". Expresso seria aquele pedido diretamente formulado, como nas sentenças: "vote em mim!", "preciso do seu voto!", ou mesmo "na urna, digite XX!". Já o pedido explícito, vedado por lei antes do dia 16 de agosto, seria tanto o expresso quanto aquele que, mesmo não expresso e indiretamente formulado, seria apreensível em razão do contexto em que se insere, ou, nas palavras do Ministro Tarcisio Vieira, em razão de "palavras mágicas que induziriam a um pedido explícito contextual e não verbalizado".[7] O TRE-MT, por exemplo, considerou que a divulgação, nas redes sociais, da fotografia de pré-candidato com a legenda: "Bom dia... tá chegando a hora... Vou precisar da ajuda de todos vcs...", configurava pedido explícito de voto. [8]

Na prática, o entendimento faz com que a resposta positiva ao filtro 1 – está-se diante de propaganda eleitoral? – redunde em penalização, já que, como visto, é próprio da propaganda buscar atrair a preferência do eleitor e conquistar seu voto.[9] É precisamente nesse ponto que se instala a *interpretação repristinatória*: a persistência de entendimento patentemente incompatível com a lei em vigor, destinado a ressuscitar o sentido da lei revogada. O caráter *contra legem* dessa linha interpretativa é inegável, pois ignora ou relativiza a letra da alteração legislativa que adveio, exatamente, para ampliar o exercício da liberdade de expressão.

A fim de se evitar esse resultado é que se deve realizar a análise de conteúdo em duas etapas. Caso se responda afirmativamente ao filtro 1, em que se apura se o ato em questão é propaganda eleitoral, há que se indagar, no filtro 2, se contém pedido explícito, isto é, direto ou perfeitamente declarado, de voto. Se a resposta é positiva, reúnem-se elementos suficientes para aplicar a penalidade por propaganda eleitoral antecipada ilícita. Mas, se a resposta é negativa, a propaganda eleitoral é lícita quanto a seu conteúdo. Restará submetê-la ao filtro 3, a fim de se aferir se é ela lícita quanto a sua forma, ou seja, quanto aos meios pelos quais a propaganda em questão foi divulgada.

---

6 Ver: https://www.dicio.com.br/explicito/.

7 TSE. RESPE: 1087 ARACATI - CE, Relator: Min. Jorge Mussi, Data de Julgamento: 01/03/2018, Data de Publicação: DJE, Tomo 59, Data 26/03/2018, Página 7. No caso, o TSe entendeu que a frase "eu vou ter muita honra de ser prefeito da cidade, se Deus permitir e o povo; a única coisa que eu peço ao povo é o seguinte: ter esta oportunidade de gerir", proferida durante entrevista a emissora de TV, constituía propaganda eleitoral antecipada ilícita.

8 TRE-MT - RE: 30972 PONTES E LACERDA - MT, Relator: VANESSA CURTI PERENHA GASQUES, Data de Julgamento: 05/06/2018, Data de Publicação: DJE, Tomo 2661, Data 12/06/2018, Página 6.

9 Não se pode negar que há situações concretas de difícil definição do que constitui pedido explícito de votos. É o caso, por exemplo, da veiculação da imagem do pré-candidato, acompanhada do seu número ou da legenda do partido. No julgamento do REspE 21-54, em 2016, o TSE decidiu que é lícita a veiculação, nas redes sociais, da mensagem: "PSB/MG - O melhor para sua cidade é 40!", durante a pré-campanha, pois não há nela pedido explícito de votos. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 5124 / MG, de 18/10/2016. Rel.: Min. Luiz Fux. Publicado em Sessão, 18/10/2016.). Discordando desse fundamento, Rodrigo Lopez Zilio destaca que "não existe nenhuma diferença entre a mensagem referir diretamente 'preciso do teu voto' ou 'conto com teu apoio, Fulano de Tal, Número XX'; ambos se configuram como pedido explícito de voto. No sistema proporcional, o voto é binário e a referência a um número de partido coincide com o voto na legenda daquela agremiação; no sistema majoritário, o voto no candidato é representado por aquele mesmo número." (ZILIO, Rodrigo Lopez. Limites e vedações da pré-campanha eleitoral conforme a Lei 13.165/15. Conjur, 8 de set. de 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-set-08/rodrigo-zilio-limites-vedacoes-pre-campanha-eleitoral.).

FILTRO 3: A FORMA ESTÁ EM DESACORDO COM A LEI?

O terceiro critério a ser enfrentado diz respeito à observância das regras próprias da modalidade de propaganda adotada. É este um aspecto crítico do debate do TSE agitado no julgamento do AgR-REspe 9-24, uma vez que a tendência parece ser encaminhar restrições mais severas que as ditadas pela lei – como, por exemplo, a repetição e o alcance da propaganda, conforme sugerido pelo Ministro Admar Gonzaga.

Parece lógico defender que as normas aplicáveis à forma da propaganda eleitoral permitida durante a campanha se aplicam também aos atos de pré-campanha. Isso porque o permissivo do art. 36-A da Lei 9.504/97 tem um aspecto temporal (permite atos antes de 16 de agosto) e material (indica quais atos podem ser praticados), mas nada dispõe sobre o aspecto formal (meios empregados). Assim, por exemplo, a propaganda eleitoral por meio de outdoors, que é expressamente proibida pelo §8º do art. 39 da Lei das Eleições[10], também é vedada na pré-campanha. A proibição ali contida é genérica, não está limitada a nenhum período temporal específico.

Uma vez configurada a promoção da pré-candidatura – e, assim, a propaganda eleitoral realizada antes do dia 16 de agosto de 2016 –, as questões de forma a serem analisadas nas representações por propaganda antecipada supostamente ilícita são, exclusivamente, aquelas aplicáveis à espécie, previstas, em geral, nos arts. 37 e seguintes da Lei 9.504/97. Por exemplo, no que concerne à propaganda em bens particulares, tema do AgR-REspe 9-24, deve-se observar que, em 2016, era permitida a propaganda em residências por meio de adesivo ou papel de até 0,5m2. Já para 2018, somente serão permitidos adesivos plásticos em janelas residenciais. Essas regras devem ser aplicadas respectivamente às pré-campanhas de 2016 e 2018.

A ilicitude da forma torna a propaganda eleitoral antecipada ilícita, ainda que dela não conste pedido explícito de voto e, assim, atrairá a sanção do art. 36, §3º, da Lei 9.504/97.[11] Mas, para tanto se concluir, é preciso identificar na legislação a vedação à forma. Não se considera possível construir restrições jurisprudenciais que, a pretexto de aperfeiçoar a norma, acabem por restringir a liberdade dos cidadãos, pré-candidatos ou apoiadores destes, de realizar atos de pré-campanha, inclusive propaganda antecipada lícita.

Perceba-se que é possível discordar sobre a licitude de uma determinada modalidade de propaganda antecipada, sem que com isso a análise em três etapas defendida aqui esteja ameaçada. Pode-se, por exemplo, discutir se o art. 57-C da Lei 9.504/97, que autoriza o impulsionamento pago nas redes sociais, deve receber uma interpretação literal, sugerindo sua aplicação circunscrita à campanha.

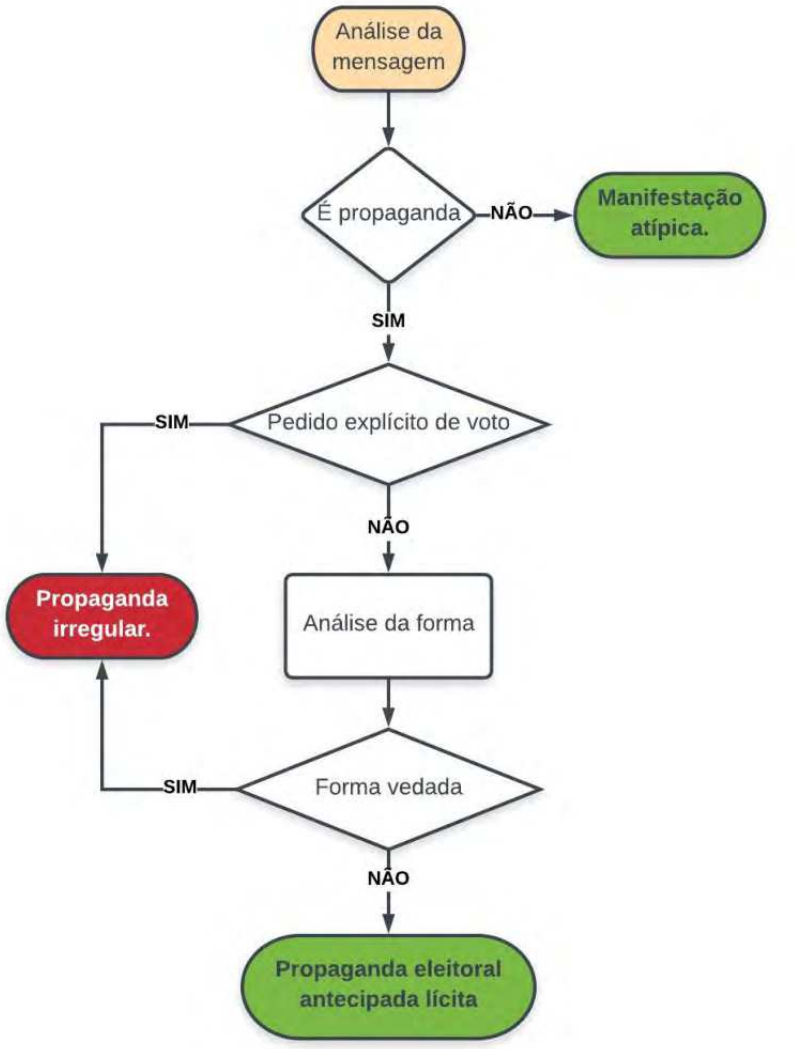
Não se pretende endossar aqui tal interpretação literal. Ao contrário, defende-se, desde logo, que o impulsionamento pago por pré-candidatos é permitido na pré-campanha. Embora o art. 57-C fale apenas em "partidos, coligações e candidatos", o objetivo da norma é esclarecer que é vedado a apoiadores e eleitores em geral pagarem pelo impulsionamento em favor de terceiro. Se ao candidato é lícito promover-se por esse meio, a conjugação do dispositivo com o art. 36-A, *caput* e inciso V, da mesma lei, franqueia aos cidadãos valerem-se do impulsionamento pago para divulgar sua própria pré-candidatura e atos a ela relacionados, como a campanha de *crowdfunding*.

---

10 § 8º É vedada a propaganda eleitoral mediante outdoors, inclusive eletrônicos, sujeitando-se a empresa responsável, os partidos, as coligações e os candidatos à imediata retirada da propaganda irregular e ao pagamento de multa no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) a R$15.000,00 (quinze mil reais).

11 Outra questão a enfrentar é qual seria a sanção cabível para a propaganda eleitoral antecipada ilícita. Para respondê-la adequadamente é necessário lembrar que o objeto da representação ajuizada perante a Justiça Eleitoral é a suposta ilicitude da veiculação da propaganda extemporaneamente, isto é, antes data oficialmente prevista para tanto, o que implica a verificação das condições da divulgação, tanto materiais quanto formais. A propaganda eleitoral antecipada, isto é, realizada antes de 16 de agosto do ano das eleições, é, em regra, ilícita e sujeita o responsável pela divulgação e o beneficiário "à multa no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior", nos termos do §3º do mesmo artigo. Pois bem, uma vez aplicados os 3 filtros e demonstrado que se está diante de um caso de ilicitude, seja ela formal ou material, a sanção aplicável é aquela decorrente da veiculação da propaganda eleitoral em desacordo com a lei, antes do dia 16 de agosto do ano das eleições. Tal sanção está prevista no supracitado §3º do art. 36 da Lei 9.504/97. Ou seja, ainda que o problema esteja na forma escolhida para divulgação – caso, por exemplo, do outdoor –, sobressai o fato de que a mensagem foi divulgada em desconformidade com a lei antes do período permitido. Trata-se, então, não de qualquer propaganda eleitoral irregular, mas de uma propaganda antecipada ilícita, e como tal ela deve ser sancionada. Claro, em qualquer caso, a aplicação da multa pressupõe que os representados podem ser responsabilizados pelo ilícito.

O fato é que, qualquer que seja a resposta a essa questão – e a outras divergências concretas sobre se determinada propaganda contém pedido explícito de voto ou faz uso de forma legalmente vedada –, ela é dada dentro do modelo trifásico, que pode ser visualizado no fluxograma abaixo:



Fluxograma elaborado por Bruno Andrade

Espera-se que, na esteira dos filtros propostos, prevaleça no TSE não apenas o discurso em defesa da liberdade de expressão, mas também o compromisso concreto de criar condições favoráveis para que aquela efetivamente se imponha aos argumentos metajurídicos que lhe são contrários. Afinal, todos somos a favor da liberdade, não é mesmo?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI nº 26055, de 16 abr. 2015, Rel.: Min. Luiz Fux. DJE, Tomo 119, Data 25/06/2015, Página 156/157.

TRE-PA. RE: 522 PA, Relator: EZILDA PASTANA MUTRAN, Data de Julgamento: 14/06/2012, DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 110, Data 21/06/2012, Página 2.

https://www.jota.info/justica/tse-ainda-discute-criterios-para-propaganda-antecipada-nas-eleicoes-22022018

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe 9-24.2016.6.26.0242, Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, Decisão Monocrática em 01/08/2017, publicado no DJe de 02/08/2017, p. 226-230.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJe-018, 01-02-2016.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 482.

TSE. AgR-REspe nº 16734, de 20.3.2014. Rel. Min. Laurita Vaz.

SE. RESPE: 1087 ARACATI - CE, Relator: Min. Jorge Mussi, Data de Julgamento: 01/03/2018, Data de Publicação: DJE, Tomo 59, Data 26/03/2018, Página 7.

TRE-MT - RE: 30972 PONTES E LACERDA - MT, Relator: VANESSA CURTI PERENHA GASQUES, Data de Julgamento: 05/06/2018, Data de Publicação: DJE, Tomo 2661, Data 12/06/2018, Página 6.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 5124 / MG, de 18/10/2016. Rel.: Min. Luiz Fux. Publicado em Sessão, 18/10/2016.

ZILIO, Rodrigo Lopez. Limites e vedações da pré-campanha eleitoral conforme a Lei 13.165/15. Conjur, 8 de set. de 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-set-08/rodrigo-zilio-limites-vedacoes-pre-campanha-eleitoral.