

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
4771807779X00 0.039334
Edição 195 - Novembro de 2016
R\$ 16,90

MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DO STJ

A INSUFICIENTE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Editorial: Imprensa Livre

A propaganda eleitoral e a nova redação do artigo 36-A da Lei das Eleições

Cristiane Brito Chaves Frota | Desembargadora do TRE-RJ

A propaganda sempre foi um tema sensível no âmbito da Justiça Eleitoral. Por isso, na caracterização das condutas que não configuram propaganda eleitoral antecipada, aquelas anteriores a estipulação legal, a aplicabilidade do art. 36-A da Lei 9.504/97, com as alterações da Lei 13.165/2015, vem gerando divergências jurisprudenciais nos Tribunais Regionais Eleitorais diante da contemporaneidade da matéria.

Recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral julgou o primeiro caso de representação por propaganda antecipada, sob a *novatio legis*, envolvendo postagem em rede social de perfil pessoal de candidato. O tribunal, por unanimidade, anulou a multa aplicada por suposta propaganda eleitoral extemporânea por meio do Facebook para as eleições de 2016.

Ao prover o recurso, o ministro Luiz Fux afirmou que, “na mensagem colocada no Facebook pelo pré-candidato, não há pedido explícito de voto, mas apenas a divulgação do número do partido.” Para o ministro, a falta de pedido expresso de votos, mas havendo tão somente a menção à pretensa candidatura e à exaltação das qualidades pessoais do pré-candidato, não configura propaganda eleitoral extemporânea nos termos do dispositivo da lei. Ainda segundo o eminente julgador, “A mensagem veiculada não acarretou prejuízo à paridade de armas, pois qualquer eventual poderia ter procedido da mesma maneira, divulgando mensagens sobre os seus posi-

cionamentos, projetos e qualidades, em igualdade de condições, principalmente por tratar de propaganda de custo mínimo, inapta a ocasionar qualquer interferência indevida do poder econômico no pleito”¹.

De fato, a nova regra do art. 36-A, introduzida pela reforma eleitoral de 2015, ampliou as possibilidades de manifestação de pré-candidatos, antes mesmo do início do período permitido para a propaganda eleitoral. Assim, dispõe a redação do novo art. 36-A da Lei 9.504/1997, *in verbis*:

Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

I – a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

II – a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições,



podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

III – a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

IV – a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

V – a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

VI – a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

Verifica-se que o dispositivo em análise passou a permitir, mesmo antes do marco inicial para realização da propaganda eleitoral, o pedido de apoio político, a divulgação de pré-candidatura e de ações políticas desenvolvidas pelo pré-candidato. Assim, para que fique caracterizada a propaganda antecipada é imprescindível que, atrelado a estas condutas, haja também o pedido expresso de votos.

O Ministro Fux, ao julgar o tema, não foi refra-

tário à inovação legislativa e balizou com precisão o alcance da norma. Caso assim não fosse, ou seja, caso fosse aplicada com conservadorismo a nova redação do dispositivo da lei, de modo a censurar os chamados “pedidos implícitos de votos”, nomeadamente, aqueles não expressos ou de ordem subliminar, desacompanhados de pedido expresso de votos, provocaríamos um hibridismo legal, ao sabor da visão subjetiva do magistrado. Estaríamos, pois, adaptando desnecessariamente o sistema novo a valores antigos sepultados com a legislação revogada.

A despeito de o caráter subliminar ser definido pela capacidade de incutir uma ideia sem que o ato seja percebido pelo destinatário, o *caput* do art. 36-A exige para caracterização da propaganda extemporânea, como já dito acima, o pedido expresso de votos. Portanto, a influência indireta do ato no eleitorado, por meio de mensagens subliminares, não estaria sujeita a repreensão.

Sabe-se que a legislação eleitoral suscita interpretações as mais díspares, em grande parte influenciada pela formação jurídico-dogmática específica do intérprete. Contudo, a grande questão reside em saber se é razoável dar a dispositivo legal, de cuja leitura não se extrai nenhuma dúvida quando à sua incidência e amplitude, uma interpretação que surpreende o destinatário da norma, em prejuízo de quem age de boa-fé, criando desta forma o instituto da “dúvida em desfavor do político”, com evidente prejuízo ao princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica constitui princípio estruturante do próprio Estado, que, por meio da garantia da confiança legítima, quer quanto a sua projeção objetiva quer no tocante a seu aspecto subjetivo, orienta a sociedade e a conduta dos cidadãos, como elemento harmonizante e estabilizador, tendo por base os direitos e garantias contemplados na própria constituição. Nos dizeres do consagrado constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam o princípio de segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esse dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas como elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, desig-

nadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos.²

Em tempos em que o Novo Código de Processo Civil, no seu art. 926, enaltece os precedentes judiciais e remete os tribunais à uniformização de sua jurisprudência, a preocupação com a “justiça do caso concreto” deve ser o principal foco da atuação dos juizes e dos demais operadores do direito.³ O primado da segurança jurídica e da proteção da confiança conduz à necessidade de uniformização da jurisprudência e, deste modo, contribui significativamente para a plenitude da Justiça no Estado Democrático de Direito.

Ainda nas palavras de Canotilho:

A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizados do princípio geral de segurança: 1) O princípio da determinabilidade das leis (exigência de leis claras e densas); 2) O princípio da protecção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas de previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.⁴

O sistema democrático deve lastrear-se numa plataforma constituída por regras claras e interpretações uniformes explicitadas pelos integrantes do Poder Judiciário. Como órgão fiscalizador e garantidor que é, deve a Justiça Eleitoral assegurar a previsibilidade, certeza e segurança jurídica, de maneira que os candidatos possam claramente entender e prever as consequências de seus atos e planejar sua atuação pré-eleitoral, eleitoral e pós-eleitoral. Ainda assim, à luz do princípio da segurança jurídica, o juiz como aplicador do Direito, deve ter em mente os reflexos da sua decisão, que pode acidentalmente ter consequências contrárias às ditadas pelo ordenamento jurídico e, por conseguinte, entrar em conflito com a vontade do legislador, representante do povo, já que o sistema que vige no Brasil é o da democracia representativa.

Isso não quer dizer que, na tarefa de alcançar a “justiça do caso concreto”, a lei que já é suficientemente clara não possa ser interpretada para sua melhor adequação à realidade dos fatos no âmbito da sociedade. Muito ao contrário, pois, desde Aristóteles, a dessacralização da lei passou a permitir sua interpretação além dos limites de sua literalidade para torná-la mais próxima da realidade concreta vivida⁵. Como adverte Ascensão, a interpretação não se basta com o texto e o espírito da lei, devendo buscar seu elemento essencial, que está na base de toda a interpretação, que é a própria ordem social em que o texto se insere⁶.

Todavia, não parece razoável ou prudente, por inércia ditada pelo apego à ordem positiva

superada, estabelecer interpretação que, à luz dos novos parâmetros da lei, surpreenda o cidadão, positivando que aquilo que agora está escrito, e que não conflita com qualquer preceito normativo maior, não vale, dissociando por completo texto e norma, e surpreendendo o destinatário desta a ponto de ofender a confiança depositada no próprio Judiciário.

Ainda quanto à determinação do sentido do texto, na visão de Gadamer:

Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teleológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica (...) se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar.⁷

Não foi por outro motivo que o Tribunal Superior Eleitoral, quando do julgamento do pedido de reconsideração formulado por partidos políticos em relação à necessidade de aprovação das contas de campanha para concorrência a novo pleito eleitoral, entendeu bastar a apresentação das contas com a simplicidade exigida pela lei. Por maioria, a Corte Eleitoral entendeu que não compete ao Poder Judiciário dar interpretação diversa ao texto legal, sob pena de violação dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Não obstante, no campo da hermenêutica jurídica, a interpretação do texto legal para dele extrair o conteúdo normativo, é medida valiosa para o aprimoramento da Justiça. Contudo, ao interpretar a lei, transpondo seu caráter geral à realidade individualizada do caso, o julgador deve estar em certa medida vinculado à vontade do legislador, por acepção da própria exegese da lei. Deve agir com prudência. O magistrado, apesar de não receber o voto democrático, está política e socialmente legitimado, pelo processo democrático constitucional que o arregimenta, a interpretar e a aplicar a lei, devendo, entretanto, adaptar-se rapidamente à construção não raro progressista do legislador, atento que deve estar à dinâmica da sociedade. Em síntese, deve evitar resistir, desnecessariamente, à inovação legislativa, retardando a evolução jurisprudencial.

Além disso, conforme bem esclarece Paulo de Barros Carvalho⁸:

A hermenêutica fornece tão somente os instrumentos de interpretação dos enunciados jurídicos com fins

de construção do sentido da norma jurídica, ou seja, a norma jurídica não está na lei, mas na cabeça do intérprete, que a constrói (a norma) baseado nos textos jurídicos enunciados na vasta legislação existente, mediante a utilização de determinados métodos previamente selecionados pelo intérprete. Não existe “vontade” ou “espírito” na lei, mas sim a vontade do legislador na época da criação da lei, da qual se pode construir uma norma jurídica baseada na realidade contemporânea de cada intérprete da lei ao criar a norma jurídica aplicável a cada caso.

E foi com esta visão progressista do processo eleitoral que o legislador justificou a alteração introduzida pela Lei 13.165/2015, explicitando que, na atividade de pré-campanha:

Serão considerados atos da vida política normal, a qualquer tempo, as manifestações que levem ao conhecimento da sociedade a pretensão de alguém de disputar as eleições ou as ações políticas que pretenderia desenvolver, desde que não haja pedido explícito de votos.⁹

Uma das premissas que orientou o grupo de trabalho na elaboração da referida alteração legislativa foi a necessidade de uma maior participação popular no processo eleitoral. Nesse sentido, quanto maior contato os eleitores tiverem com os candidatos e suas propostas, ressaltando sempre a isonomia de oportunidades, mais consciente e refletido será o voto.

Portanto, não deve haver restrição à propaganda eleitoral quando envolver a apresentação do ideário político e das propostas dos candidatos, desde que não haja pedido expresso de voto. A ampliação do debate de ideias e propostas favorece a escolha do eleitorado, sendo, deste modo, um estímulo à participação popular no debate político-eleitoral.

Dentre os diversos princípios que regem a propaganda política, destacam-se o da igualdade, liberdade da manifestação de pensamento e legalidade, especialmente no âmbito de um Estado Democrático de Direito, justificando-se assim os parâmetros normativos para as manifestações em pré-campanha. Por essa razão a única interpretação possível à nova regra do art. 36-A da Lei das Eleições é a de “preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo” (RTJ 172/226-227), redirecionando os limites legais dos atos de propaganda eleitoral, desde que ausente pedido explícito de votos.

Joel Cândido, reverenciando a nova *mens legis*, entende correta e de melhor efeito a vedação exclusiva do pedido expresso ou explícito de voto.

Permite-se, com isso, o pedido implícito, ou insinuado de voto, que, de resto, como todos sabem, sempre exis-

te neste tipo de divulgação. Está fechada, agora – desde que não haja pedido expresso de voto –, a possibilidade de o julgador deduzir pedido de voto com a divulgação feita, querendo sustentar fundamentação de infração à norma. Em resumo: antes, com a redação anterior, tínhamos na norma uma porta aberta para se ver ilegalidade em quase todo o tipo de divulgação. Hoje, após a Lei nº 13.165/2015 temos uma porta aberta para se ver permissão em quase todo tipo de propaganda eleitoral feita antes de 15 de agosto do ano da eleição.¹⁰

Da mesma linha, José Jairo Gomes, ao comentar o texto da nova norma legal, concluiu que:

À luz do transcrito artigo 36-A, *caput*, no período anterior a 16 de agosto do ano das eleições, não há óbice à “menção à pretensa candidatura” tampouco à “exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos”. (...) Quanto ao “pedido de voto”, a vedação constante do *caput* do art. 36-A abrange apenas a que ocorre de forma explícita, não, porém, a que se dá de forma implícita, subjacente à comunicação.¹¹

Com efeito, no contexto das representações relativas à propaganda eleitoral antecipada, a configuração da extemporaneidade exige que haja pedido expresso de votos não possuindo aptidão para caracterizá-la a alusão à gestão, projetos e qualidades pessoais de um filiado a partido político, porquanto estas se encontram albergadas pela liberdade de expressão amparada pelo novo texto legal. 

Notas

¹ FUX, Luiz. Tribunal Superior Eleitoral, REspe 5124, julgamento em 19/10/2016.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2000.

³ ZAVASCKI, Teori Albano. *Antecipação de tutela*. São Paulo, Saraiva, 2000, p.6.

⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 373-374.

⁵ ALVAREZ, Alejandro Montiel. A dessacralização da lei em Atenas: a passagem do *thesmós* ao *nómos* ocorrida entre os séculos VI e IV a.C. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 6 (1): 86-93. 2014.

⁶ ASCENSÃO, J. Oliveira. Interpretação das leis: Integração das lacunas: Aplicação do princípio da analogia. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa 57 (3): 913-941. 1997.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

_____. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed.. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005, p.407-408.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. “Direito Tributário: Linguagem e método”, 5 ed. São Paulo: Noeses, 2013.

⁹ http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1102056&filename=PL+5735/2013c

¹⁰ CANDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*, 16 ed., p. 490

¹¹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*, 12 ed., p. 493.