



Resenha Eleitoral » Revista técnica » Edições impressas » A necessidade de demonstração da responsabilidade ou do prévio conhecimento do candidato ao pleito majoritário, beneficiário da propaganda eleitoral veiculada em desacordo com o art. 43 da Lei n. 9.504/1997, no âmbito estadual e federal para a aplic

Edições impressas

Íntegra

A necessidade de demonstração da responsabilidade ou do prévio conhecimento do candidato ao pleito majoritário, beneficiário da propaganda eleitoral veiculada em desacordo com o art. 43 da Lei n. 9.504/1997, no âmbito estadual e federal para a aplic

Por: Jorge Antonio Maurique

O caput do art. 43 da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.300, de 10 de maio de 2006, permite a divulgação paga de propaganda eleitoral na imprensa escrita até a antevéspera das eleições, limitando, porém, o espaço utilizado com o anúncio, por edição, a um oitavo de página de jornal padrão e a um quarto de página de revista ou tablóide por candidato, partido ou coligação.

Quando desrespeitada essa regra, o parágrafo único do mesmo artigo – também alterado pela Lei n. 11.300/2006 – determina a aplicação de multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou equivalente ao da divulgação da propaganda paga, se este for maior, aos responsáveis pelos veículos de divulgação e aos partidos, coligações ou candidatos beneficiados.

Adriano Soares da Costa (1998, p. 453), comentando a aplicação da multa prevista no art. 43 da Lei n. 9.504/1997, assevera que deve responder pela multa o beneficiário que realizou a despesa com a publicação irregular:

Para sua aplicação, deverá se seguir o rito do art. 96 da Lei, com o devido processo legal, sendo responsabilizados individualmente os responsáveis pelos veículos de divulgação, e os partidos, coligações ou candidatos beneficiados. Dizendo de outra maneira: a responsabilidade aqui é independente e cumulativa, alcançando o empresário que admitiu a veiculação, em seu órgão, da propaganda ilegal, bem como o partido, candidato ou coligação que pagou a despesa. Vale dizer, ou o candidato ou partido, e não os dois conjuntamente. Quem fez o gasto é que deve responder [grifei].

Questão interessante se apresenta com relação à aplicação da sanção prevista no dispositivo antes mencionado aos beneficiários quando inexiste prova ou mesmo indício da responsabilidade ou, ao menos, do conhecimento prévio dos candidatos a respeito da veiculação ilegal.

Não desconheço que tal norma determina a aplicação da pena pecuniária aos beneficiários, sendo senso comum que isso ocorra independentemente da comprovação de sua responsabilidade ou do prévio conhecimento da divulgação da propaganda irregular, presumindo que os candidatos teriam total domínio da propaganda de suas candidaturas.

Essa presunção se confirma quando a circunscrição do pleito é o município, notadamente o de pequeno porte, em que os candidatos possuem um controle mais efetivo de suas campanhas, pelo contato mais estreito tanto com os seus apoiadores quanto com os periódicos que circulam na região.

Todavia, quando se está diante de uma candidatura à Presidência da República, na qual a propaganda irregular pode ser feita em qualquer município do território nacional, por qualquer simpatizante da candidatura e em um periódico de circulação restrita ao Município-Sede da empresa jornalística, não se poderia falar em controle absoluto do candidato sobre a propaganda eleitoral.

Isso se observa também nas candidaturas majoritárias estaduais. O nosso Estado, por exemplo, possui 293 municípios e um incontável número de periódicos que não têm abrangência em todo o seu território, dificultando o controle prévio do

candidato sobre o material publicitário que será divulgado.

Nesses municípios, apoiadores da candidatura majoritária estadual ou nacional poderão, visando a favorecer o seu candidato, desrespeitar as regras de propaganda inseridas no art. 43 da Lei das Eleições fazendo publicar mensagens de apoio ou mesmo reproduzir material de propaganda do candidato sem que este ou o seu comitê de campanha nem sequer possuam conhecimento.

Existem casos em que a iniciativa pela propaganda é dos próprios periódicos, que pretendem demonstrar o apoio a determinada candidatura. Não raro, nessas hipóteses, os representantes dos veículos de comunicação informam que a propaganda foi publicada gratuitamente e por iniciativa da própria empresa, sem qualquer participação ou contraprestação pecuniária dos candidatos ou das agremiações que os apóiam.

A iniciativa acima mencionada mostra uma situação que pode corriqueiramente ocorrer nas campanhas eleitorais, sem qualquer determinação, participação, incentivo ou prévio conhecimento dos candidatos: um dirigente de jornal, para tentar agradar a um candidato ou mesmo a uma liderança política da sua região, faz publicar a propaganda política fora dos padrões legais, por desconhecimento da ilegalidade ou até mesmo pensando estar beneficiando aquela candidatura.

Nesse contexto é que entendo que a participação do candidato na publicação da propaganda – ou pelo menos seu conhecimento prévio a respeito da divulgação – deve ser demonstrada para que seja possível aplicar a respectiva penalidade.

Isso porque os princípios que regem a propaganda eleitoral, entre os quais o da responsabilidade e o da legalidade, em momento algum afastam os demais princípios gerais de direito aplicáveis aos fatos jurídicos.

Em interessante artigo publicado no site da Academia Brasileira de Direito Constitucional a respeito da vedação de propaganda institucional em período eleitoral, Clémerson Merlin Clève, Paulo Ricardo Schier e Melina Breckenfeld Reck, ao sustentar a inconstitucionalidade do art. 73 da Lei das Eleições por estar em confronto com o princípio do devido processo legal em sentido formal, discorrem sobre a interpretação conferida pelos Tribunais Eleitorais ao mencionado dispositivo, os quais, em matéria de responsabilização pela publicação de propaganda institucional, entendem não ser necessária a comprovação do prévio conhecimento do beneficiário.

Considerando que a sanção contida no parágrafo único do art. 43 da Lei n. 9.504/1997 possui a mesma natureza das penalidades aplicadas aos que incidem nas vedações do art. 73 da mesma lei, tenho como pertinentes a esta discussão as considerações lançadas no admirável artigo, do qual transcrevo o seguinte excerto:

Na seara do direito sancionatório, isto é, da imposição de restrições à liberdade, a par de considerar a própria norma sancionadora no que concerne à sua aplicabilidade, ao seu alcance e, mormente, aos princípios que permeiam o seu surgimento (válido/constitucional ou não), insta tecer considerações em relação à responsabilidade daquele que viola a norma repressiva.

No presente estudo, pode-se dizer ser imprescindível análise desse jaez na medida em que a interpretação conferida pelo posicionamento predominante na Justiça Eleitoral ensejou a adoção de uma espécie de responsabilidade objetiva, uma vez que a configuração da infração, segundo esse entendimento, não dependeria da demonstração de potencialidade de o ato influir no resultado do pleito, e tampouco da comprovação do prévio conhecimento do beneficiário ou da intimação para a retirada da publicidade. Isto é, ainda que, por exemplo, o candidato desconhecesse a existência de publicidade institucional e, por conseguinte, não tivesse atuado no sentido de obter tal publicidade, estaria caracterizada a ilicitude.

Mencione-se, desde logo, que as condutas vedadas previstas no art. 73 da Lei n. 9.504/97 constituem infrações administrativas.

Pois bem, princípio elementar, com esteio constitucional, em matéria de responsabilidade do agente em razão de infrações administrativas, é a culpabilidade, o qual substancia verdadeiro pressuposto de responsabilidade das pessoas físicas, condicionando a aplicação da sanção à necessidade do agente revelar-se culpável.

Na medida em que, não bastasse o fato de arrimar-se na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Lei Fundamental de 1988), o Estado Democrático de Direito brasileiro assegura os princípios da pessoalidade (art. 5c, XLV, CF/88) e da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88), bem como o devido processo legal (art. 5º, LIII, CF/88) e outros direitos e liberdades fundamentais, ex vi do § 2º do art. 5º, decorrentes do direito internacional e do sistema constitucional propriamente dito, ainda que não expressamente previstos, de modo que é inegável a existência de um princípio da culpabilidade, o qual, por ter origem constitucional, não resta adstrito à seara penal, aplicando-se de forma genérica e visando, mormente, a limitar a atividade punitiva do Estado (na qualidade de garantia dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana).

Deveras, cumpre, portanto, no direito brasileiro, exigir o princípio da culpabilidade na aplicação das infrações administrativas, visto que o exercício da atividade punitiva estatal há de estar devidamente adstrito ao devido processo legal formal e substancial, revestido das garantias de plenitude de defesa e contraditório, além das inafastáveis pessoalização e individualização da pena. Garantias essas que seriam meramente ilusórias caso não houvesse a exigência de culpabilidade como fundamento para imposição de sanções administrativas.

Como se vê, então, a culpabilidade é uma exigência inafastável para a responsabilização das pessoas físicas, decorrente da fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e das sanções, resultando imprescindível a análise da subjetividade do autor do fato ilícito quando se trate de pessoa humana.

Nesse aspecto, preconiza Alejandro Nieto ser pacífica a exigência de culpabilidade para a imposição de sanções. Ao menos tem sido assim na Espanha, Itália e Alemanha, em legislações recentes e em jurisprudência e manifestações doutrinárias.

Nesse sentido salienta, ainda, que a Corte Constitucional espanhola assentou a necessidade de constatação da culpabilidade para imposição de uma sanção administrativa, extraído a exigência de culpabilidade não do Direito Penal, e sim diretamente da Constituição espanhola de 1978.

A propósito Franck Moderne destaca, outrossim, ao analisar a aceitação do princípio da culpabilidade em textos de várias legislações europeias, especialmente o direito francês, que o Conselho Constitucional, sem embargo seja, em um primeiro momento, discreto na transposição da culpabilidade penal ao direito administrativo repressivo, a regra é que a repressão administrativa atenda ao princípio da culpabilidade, vale dizer, as sanções administrativas não podem ser impostas sem que haja um comportamento pessoal do autor da infração, uma falta, que pode ser fruto da intenção do agente ou de sua negligência.

A fim de não restar dúvida quanto à exigência da culpabilidade no que atine às infrações administrativas, indague-se, por oportuno, qual seria a efetividade da previsão de ampla defesa, segurança jurídica, legalidade, devido processo legal, sem falar, mediatamente, na dignidade da pessoa humana, se não houvesse exigência da culpabilidade para as pessoas físicas, no direito brasileiro?

Com efeito, o conjunto dessas cláusulas garantistas impõe a exigência da culpabilidade, eis que se trata de evitar e impedir atuações arbitrárias do Estado. A perspectiva de uma responsabilidade objetiva ou de uma falta de culpabilidade traduziria intolerável arbitrariedade dos Poderes Públicos em relação à pessoa humana, em total afronta ao mencionado conjunto de normas constitucionais, principalmente no caso em tela, em que a supressão da responsabilidade subjetiva e a não exigência da culpa prestam-se, como se demonstrou, a restringir a importante liberdade fundamental consistente no exercício da cidadania ativa, qual seja, o direito de concorrer ao pleito eleitoral.

[...]

Vale dizer, constata-se, na Constituição da República de 1988, ao se consagrar não só o princípio da culpabilidade no que concerne

às infrações administrativas, mas também os princípios de pessoalidade (Art. 5c, XLV) e da individualização da pena (Art. 5c, XLVI), ambos inscritos como direitos fundamentais da pessoa humana, a existência de vedação absoluta a qualquer pretensão estatal de responsabilidade penal objetiva e também responsabilidade política ou administrativa que venha a atingir direitos fundamentais da pessoa humana, ou seja, outras modalidades de atividades sancionadoras.

Como se vê, é certo que a exigência de culpabilidade, como princípio amplamente limitador da atividade sancionatória estatal, impede que pessoas sejam responsabilizadas com imputações que vulnerem seus direitos políticos, suas liberdades públicas, de forma meramente objetiva, erigindo, de tal sorte, exigência de responsabilidade subjetiva.

Destarte, neste contexto, o entendimento predominante na Justiça Eleitoral, quanto à interpretação do art. 73, VI, b, da Lei n. 9.504/97, de uma só vez, afronta aos princípios do devido processo legal, eis que inobserva a exigência da verificação da culpabilidade, da pessoalidade da sanção, da individualização da pena, da proporcionalidade, da razoabilidade [grifei].

No caso do art. 43 da Lei das Eleições, o que temos em análise é a aplicação de uma sanção pecuniária de natureza administrativa, ou seja, de uma multa, razão pela qual a responsabilidade do beneficiário, a meu sentir, não pode ser objetiva.

Em se tratando de direito sancionatório, entendo aplicáveis os princípios gerais de direito penal, pois na realidade cuida-se da aplicação de pena em decorrência do descumprimento de uma conduta.

E, nesse caso, há que se ter os pressupostos gerais para a punibilidade, que são a imputabilidade, como conjunto de condições pessoais mínimas que capacitam o sujeito a fazer o que fez, a consciência de antijuridicidade e, por fim, a exigibilidade de conduta diversa, que é uma indicação de que o autor tinha o poder de não fazer o que fez ou, de acordo com a moderna teoria do domínio do fato, no sentido de que poderia evitar que o resultado que a norma pretende impedir se produzisse.

Portanto, se é possível a responsabilização daquele que tenha sido beneficiário, é de se esperar que, no mínimo, tivesse ele condições de evitar a propaganda que teoricamente o beneficiou, pois, do contrário, ter-se-ia a responsabilização por simples presunção, o que não é aceito em nosso ordenamento jurídico.

A aplicação de multa ao candidato beneficiado pela propaganda eleitoral irregular quando não comprovada a sua responsabilidade pela divulgação requer algumas considerações.

É notório que órgãos de imprensa ou mesmo pessoas físicas ou jurídicas tentam, de certa forma, agradar aos detentores do poder político. Isso no caso de uma campanha majoritária de âmbito estadual ou nacional, em que é impossível, pela extensão territorial, o candidato estar presente e controlar pessoalmente toda a propaganda que será divulgada, o que pode levar a situações em que irregularidades são cometidas em seu nome sem o seu conhecimento.

Há, ainda, a possibilidade de que um candidato mande publicar propaganda irregular do opositor não somente para que este, como beneficiário, seja multado, mas principalmente para criar nos eleitores a impressão de que aquele candidato não obedece à legislação eleitoral e, portanto, não merece ser eleito.

Não desconheço que a comprovação da participação do candidato a Presidente da República ou a Governador, ou de seus prepostos, é uma prova impossível ou pelo menos difícil de ser feita, a não ser que fosse apresentado comprovante de pagamento em que figurariam como responsáveis o candidato ou pessoa ligada à sua campanha.

No entanto, entendo que, para a aplicação da multa, dever-se-ia ao menos provar que o suposto beneficiário poderia impedir a publicação. Sem essa prova, entendo não ser possível concluir pela responsabilidade direta ou indireta de candidatos.

Aliás, a jurisprudência do egrégio Tribunal Superior Eleitoral, em matéria de responsabilização por conta do art. 43 da Lei 9.504/1997, é relativamente pequena, e os casos de condenação direta do beneficiário, independente de

comprovação de responsabilidade, são muito restritos, não havendo nenhuma hipótese de condenação de candidatos a cargos majoritários nos âmbitos estadual e federal.

Nesse sentido, trago à colação a decisão exarada no Agravo de Instrumento n. 2.071/SP, rel. Min. Edson Vidigal, na qual ficou assentado que “A propaganda irregular a que se refere a Lei 9.504/1997, art. 43, diz respeito exclusivamente à divulgação de matéria paga”, concluindo aquela Corte pela não-aplicação de multa ao candidato Mário Covas, que disputava o Governo de São Paulo e tinha sido penalizado pelo Tribunal de origem. No mesmo sentido e com relação ao mesmo candidato, o acórdão proferido no Recurso Especial n. 16.214.

Na análise da possibilidade de aplicação de sanção aos beneficiados por propaganda irregular, a questão a ser respondida é se os candidatos teriam condições de serem responsabilizados pela publicidade, seja porque agiram buscando a sua publicação, seja porque poderiam impedir sua divulgação, mas não o fizeram.

Somente no caso de resposta positiva a uma dessas questões é que poderia a sanção ser a eles imposta.

Não havendo qualquer prova mínima de que solicitaram a publicação ao periódico ou de que tiveram conhecimento prévio da divulgação da propaganda irregular, o que lhes permitiria impedir a sua publicação, não se lhes pode aplicar nenhuma penalidade.

Desta forma, aplicar uma sanção por responsabilidade objetiva, direta, pelo simples fato de ser o sancionado o beneficiário da propaganda ilegal, é muito mais do que condonar por presunção, o que não é admitido pela doutrina e jurisprudência pátria.

Nesse sentido, colho do Tribunal Superior Eleitoral (Respe n. 18.979):

– Cobertura jornalística – Divulgação de eventos ligados à coligação
– Multa – Matéria jornalística – Atividade inerente à imprensa - Não-incidência do art. 43 da Lei n. 9.504/1997.

Publicação de propaganda eleitoral – Iniciativa do jornal –
Caracterização de doação – Responsabilidade dos candidatos –
Presunção – Impossibilidade.

Recurso conhecido e provido.

Do corpo do venerando acórdão extraio:

Entretanto, verifico que o Tribunal Regional, além de aplicar multa à empresa editora do jornal, também multou os beneficiários, por presumir o prévio conhecimento e responsabilidade deles (fl. 93):

“[...]

“De qualquer forma, como a publicação da página 12 utiliza material de campanha, com os slogans dos candidatos e da Coligação, não há como afastar a conclusão alcançada na sentença no sentido de que tinham pleno conhecimento dos fatos e de que se beneficiaram da publicação.

[...].”

Mas, ao assim decidir, a Corte Regional entrou em confronto com a jurisprudência desta Corte, consolidada na Súmula n. 17, na medida em que, para imposição da multa prevista em lei, a responsabilidade pela propaganda irregular não pode ser inferida com base em presunções, necessitando ser efetivamente comprovada.

A revogação da Súmula n. 17 do TSE, ocorrida em 16 de abril de 2002, em nada altera esse entendimento.

Não tenho dúvidas de que eventualmente se possa presumir a responsabilidade e nessas condições aplicar a penalidade diretamente ao beneficiário, pois poderia ele impedir a propaganda ilícita. Isso ocorre no caso de eleições municipais, notadamente em pequenos e médios municípios e mesmo em eleições

proporcionais. No entanto, não vejo como, por presunção, condenar os candidatos de uma eleição majoritária, de nível federal ou estadual, de modo a responsabilizá-los por quaisquer ilícitos ocorridos em qualquer local.

Penso que, nessas condições (eleições majoritárias estaduais e federais), o certo é efetuar uma ponderação sobre a situação para, somente então, na presença de indícios de que o candidato solicitou direta ou indiretamente a propaganda ou tinha conhecimento de que seria publicada, aplicar a sanção. No caso de um jornal de ampla circulação em âmbito estadual ou mesmo local, com projeção estadual, por exemplo, havendo benefício direto ao(s) candidato(s), é possível a responsabilização, por estarem as publicações de propaganda sujeitas às inferências dos comitês estaduais.

Agora, não há como se inferir a responsabilidade por uma publicidade isolada de um pequeno município, quando as provas não indicam o conhecimento prévio dos candidatos majoritários.

Em conclusão, aplicar a sanção prevista no parágrafo único do art. 43 da Lei n. 9.504/1997 nessa última hipótese, quando a circunscrição da eleição for o Estado ou o País, penso, é alargar em muito a possibilidade de apenação, muito além do que seria razoável, por se tratar de responsabilização objetiva dos candidatos beneficiários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento n. 2.071, Brasília, 9 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/>>. Acesso em 11 de set. 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 16.214, Brasília, 6 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/>>. Acesso em 11 de set. 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 18.979, Brasília, 10 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/>>. Acesso em 13 de set. 2007.

CLÈVE, Clémerson Merlin et al. Vedaçāo de propaganda institucional em período eleitoral. Disponível em <http://www.abdconst.com.br/columnistas_clemerson_merlin.asp>. Acesso em 17 de set. 2007.

COSTA. Adriano Soares da. Teoria da inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 453.

Juiz Federal, membro do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina e do Conselho Nacional de Justiça.

Publicado na RESENHA ELEITORAL - Nova Série, vol. 15, 2008.