

A pré-campanha: limites e vedações

Rodrigo López Zilio

Promotor de Justiça. Coordenador do Gabinete de Assessoramento Eleitoral do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Eleitoral. Autor das obras: *Direito Eleitoral* (Editora Verbo Jurídico) e *Crimes Eleitorais* (Editora JusPodivm). Autor de diversos artigos de Direito Eleitoral. Palestrante na matéria.

Sumário: 1 Introdução – 2 O impacto da Lei nº 13.165/15 – 3 Os limites da pré-campanha – 4 Conclusão – Referências

1 Introdução

Em sua redação originária, a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) se restringiu a regulamentar cronologicamente os prazos de propaganda eleitoral em suas mais variadas formas. Assim, *v.g.*, previu um prazo para o início da propaganda eleitoral em geral (a partir de 05 de junho do ano eleitoral; art. 36, *caput*) e um termo inicial específico para a propaganda no horário eleitoral gratuito (nos quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera da eleição; art. 47, *caput*). O desiderato, ao estabelecer um prazo uniforme para o início da propaganda eleitoral, foi conceder tratamento igualitário aos pretendentes a mandato eletivo, evitando uma queimada de largada antecipada e tornando ultrapassada a previsão do Código Eleitoral¹ (que permitia o início da propaganda a cargo eletivo após a respectiva escolha em convenção).

A incessante transgressão das regras proibitivas da propaganda eleitoral, através da antecipação dos atos de captação de votos do eleitorado, levou a jurisprudência a construir um conceito de propaganda eleitoral antecipada. Daí que o e. TSE, em clássico precedente, fixou os elementos de configuração de propaganda eleitoral antecipada, assentando que “entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretenda desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública”, concluindo que “sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal – apta, em determinadas circunstâncias, a

¹ Art. 240 do Código Eleitoral. “A propaganda de candidatos a cargos eletivos somente é permitida após a respectiva escolha pela convenção”.

configurar abuso de poder econômico – mas não propaganda eleitoral” (Recurso Especial Eleitoral nº 16.183 – Rel. Min. José Eduardo Alckmin – j. 17.02.2000).

Tendo em vista que os atos de antecipação de propaganda eleitoral nem sempre guardam configurações explícitas, a jurisprudência evoluiu para reconhecer a possibilidade de caracterização da propaganda antecipada subliminar, de modo a desprezar a “conjugação simultânea do trinômio candidato, pedido de voto e cargo pretendido” como elementos configuradores do ilícito, devendo ser analisado – para fins de verificar a propaganda dissimulada – “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” (TSE – Recurso em Representação nº 177413 – Rel. Min. Joelson Costa Dias – j. 10.08.2010). Essa possibilidade de propaganda eleitoral antecipada subliminar, em verdade, já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência,² tendo apenas alcançado um nível de estabilidade maior na composição da Corte Superior nas eleições de 2010.

O conceito jurisprudencial do que configura ato de propaganda eleitoral recebeu uma reação do Congresso Nacional. Com efeito, a Lei nº 12.034/09 introduziu o art. 36-A³ na Lei das Eleições e formalmente reconheceu atos excludentes de propaganda eleitoral antecipada. Na concepção originária, o art. 36-A da Lei nº 9.504/97 mantinha um *caput* com uma regra de comando sintética – “Não será considerada propaganda eleitoral antecipada” – com quatro hipóteses de exclusão do ilícito: participação em entrevistas, programas e debates (inciso I); realização de encontros internos dos partidos políticos (inciso II); realização de prévias partidárias (inciso III); divulgação de atos parlamentares (inciso IV).

² “O lançamento de críticas ao desempenho de filiado a partido político ocupante de cargo eletivo em administração federal, durante a veiculação de programa partidário, é admissível, desde que não exceda ao limite da discussão de temas de interesse político-comunitário, o que ocorre quando se faz comparação entre as atuações de governos sob a direção de agremiações adversárias, com a finalidade de ressaltar as qualidades do responsável pela propaganda e denegrir a imagem do opositor, configurando, em verdade, propaganda eleitoral subliminar e fora do período autorizado em lei” (TSE – Representação nº 868 – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – j. 08.03.2007).

³ “Art. 36-A. Não será considerada propaganda eleitoral antecipada:

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, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

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

III – a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; ou

IV – a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral”.

A Lei nº 12.891/13 procedeu a diversas alterações no texto do art. 36-A da Lei nº 9.504/97. Além de incluir mais uma hipótese de exclusão do ilícito (inciso V; manifestação em redes sociais), a legislação conferiu nova redação aos incisos I (excluindo a expressão “desde que não haja pedido de votos”), II (acrescentando a possibilidade de divulgação dos encontros partidários pelos instrumentos de comunicação intrapartidária), III (possibilitando a divulgação pelas redes sociais das prévias partidárias) e IV (excluindo a referência à possível candidatura ou a pedido de apoio eleitoral como condição de não configuração do ilícito).

Por fim, a Lei nº 13.165/15 acrescentou outras mudanças no art. 36-A da Lei nº 9.504/97, ampliando ainda mais as hipóteses de não configuração de propaganda antecipada. Com efeito, a regra de comando originária contida no *caput* do art. 36-A (não configura propaganda eleitoral antecipada) recebeu como complemento uma condicionante básica: “desde que não envolvam pedido explícito de votos”. Na sequência, o próprio *caput* aludido já prevê dois elementos que estão excluídos do conceito de propaganda eleitoral antecipada (menção à pretensa candidatura e exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos), apresentando, a seguir, o rol de figuras típicas permitidas ainda antes do início do prazo fixado legalmente para a propaganda eleitoral – possibilitando a cobertura desses atos pelos meios de comunicação social e, inclusive, *internet* (conquanto veda-se a transmissão ao vivo por rádio e televisão das prévias; art. 36-A, §1º).

Nesse rol, a Lei nº 13.165/15 deu nova redação aos incisos III (permitindo a divulgação do nome dos filiados que participarão das prévias, bem como a realização de debates) e V (prevendo a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais) e acrescentou mais uma hipótese de não configuração de propaganda eleitoral antecipada (permitindo ao partido a realização de reuniões abertas para divulgação de suas ideias e propostas). A nova legislação, ainda, estabeleceu – exceto no caso de profissionais da comunicação social no exercício da profissão (art. 36-A, §3º) – a possibilidade de fazer pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver (art. 36-A, §2º).

Em síntese, os atos previstos no art. 36-A da LE⁴ possuem origem em fatos que envolvem a própria agremiação partidária (incisos II, III e VI), a participação nos meios de comunicação social (inciso I), a divulgação de atos parlamentares

⁴ “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)

(inciso IV) e a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas (inciso V). Trata-se de um tipo legislativo multifacetário, na medida em que estabelece diversas variáveis dimensionais de atos que não configuram propaganda eleitoral antecipada. Nesse sentido, os incisos elencados no art. 36-A da LE conjugam hipóteses com nítida delimitação espacial (meios de comunicação social, partidos políticos e atos parlamentares) com hipótese de espaço aberto (divulgação de posicionamento pessoal).

2 O impacto da Lei nº 13.165/15

É inegável o impacto das alterações promovidas pela Lei nº 13.165/15 no processo eleitoral. As hipóteses de propaganda eleitoral antecipada restaram ainda mais reduzidas e houve uma nítida opção do legislador por privilegiar a antecipação dos debates políticos – o que pode ser compreendido como uma espécie de compensação à (tão criticada) redução do período de campanha.

Para uma formação mais adequada do direito de sufrágio, o eleitor deve receber o maior número de informações possíveis em relação aos atores do processo eleitoral. É extremamente importante que o eleitor – mais do que um mero receptor de fatos e notícias – exerça uma efetiva participação nos debates sobre questões políticas relacionadas ao prélio eleitoral. Nesse sentido, é elogiável que a legislação avance para reconhecer a possibilidade de serem debatidas questões relativas ao interesse da comunidade, até mesmo porque as candidaturas não surgem de inopino, mas são frutos de um processo de amadurecimento pessoal e partidário sobre a viabilidade de participação no processo eleitoral.

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)

§1º É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias, sem prejuízo da cobertura dos meios de comunicação social. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

§2º Nas hipóteses dos incisos I a VI do *caput*, são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

§3º O disposto no §2º não se aplica aos profissionais de comunicação social no exercício da profissão. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)”.

Em suma, a Lei nº 13.165/15 elevou a um *status legal* os denominados atos de pré-campanha, que podem ser compreendidos como manifestações que ocorrem ainda antes do período do registro das candidaturas e das convenções partidárias e que têm o objetivo de levar ao conhecimento geral uma futura candidatura, através da divulgação das qualidades e propostas dos pretensos candidatos a mandato eletivo. Não obstante eventuais críticas pontuais para a denominação atos de pré-campanha, o fato é que o legislador – ao conceber um amplo espaço de debate sobre questões relativas ao processo eleitoral ainda antes do período do registro e da propaganda eleitoral – inaugurou a possibilidade de uma nova fase dentro do processo eleitoral. Nesse ponto, como a propaganda eleitoral guarda correspondência com a nomenclatura campanha eleitoral⁵ e como a condição de candidato somente se adquire com o respectivo registro de candidatura, a ideia é reconhecer formalmente essa fase antecedente e, para fins didáticos, classificá-la com uma fase de pré-campanha, ou seja, antecedente ao início da fase do registro e da propaganda eleitoral.

O reconhecimento dos atos de pré-campanha, contudo, não afasta a possibilidade de ainda ocorrerem atos de promoção pessoal. Com efeito, subsistem no ordenamento jurídico os denominados atos de promoção pessoal – que consistem em manifestações de autoelogio, mas sem uma referência concreta aos elementos do processo eleitoral (candidatura, cargo, eleições). Em verdade, os atos de pré-campanha podem conter, eventualmente, uma promoção pessoal do futuro candidato, mas – para alcançar o *status* de ato relacionado à pré-campanha – sempre haverá, como regra, a necessidade de uma menção ou referência a algum elemento do processo eleitoral.⁶

Os atos de pré-campanha são decorrência do princípio constitucional da liberdade de expressão e da liberdade de manifestação do pensamento. Em verdade, o legislador reconhece como lícitos, a qualquer tempo, diversos atos e mensagens que guardam relação com um futuro processo eleitoral, consagrando como legítimas essas manifestações que envolvem uma concretização do direito de participação do cidadão nos debates atinentes à formação da vontade política do Estado. Nesse contexto, sobreleva-se a dimensão objetiva da liberdade de expressão, que, conforme Daniel Sarmiento,⁷ “acolhe um valor extremamente

⁵ Após definir as campanhas eleitorais como “empreendimentos temporários, conduzidos por partidos políticos, visando ao atingimento de objetivos determinados em uma eleição”, Fernando Neisser – conquanto refira que propaganda e campanha “não se confundem” – faz a devida correlação entre esses institutos ao afirmar que a propaganda política “é um dos instrumentos de que se vale a campanha eleitoral” (NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e mentira na política*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 61).

⁶ Exatamente por tal motivo, é possível afirmar que a divulgação de atos parlamentares não configura, propriamente, um ato de pré-campanha, na medida em que, a priori, trata-se de mera prestação de contas da atividade parlamentar desenvolvida.

⁷ SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 5º, inciso IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

importante para o funcionamento das sociedades democráticas, que deve ser devidamente protegido e promovido” (p. 256).

Em síntese, a ideia do formal reconhecimento legislativo dos atos de pré-campanha é justamente proporcionar um exercício prévio de debate sobre questões de conteúdo político e eleitoral antes do início do prazo de registro da candidatura e da propaganda eleitoral. Por se tratar de debate de ideias, a lógica é que esses atos consistam em manifestações devidamente fundamentadas sobre temas caros ao debate da formação do corpo social. Daí que foge à compreensão substancial do conceito de pré-campanha, todo ato que visa apenas divulgar o nome de um futuro candidato ou de ações que porventura ele pretenda desenvolver. Conquanto não se adapte à noção de pré-campanha, esses atos de mera divulgação de nome de futuros candidatos ou de ações a serem desenvolvidas, mesmo que propalados antes do início do prazo de propaganda eleitoral, *em princípio*, não podem ser censurados pela Justiça Eleitoral, na medida em que inexistente referência a pedido explícito de voto. Ainda antes da edição da Lei nº 13.165/15, o TSE já defendia que “a proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada para o processo político-eleitoral, uma vez que os cidadãos devem ser informados da maior variedade de assuntos respeitantes a eventuais candidatos” (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 52191 – Rel. Min. Luiz Fux – j. 12.05.2015).

O próprio projeto de lei nº 5735/2013, que redundou na aprovação da Lei nº 13.165/15, tinha como uma das suas premissas “fortalecer a participação popular no processo eleitoral” e apresentou (entre outras) a proposta de regulamentação das “atividades de pré-campanha”, definindo que “serão considerados atos da vida política normal, a qualquer tempo, as manifestações que levem ao conhecimento da sociedade a pretensão de alguém de disputar eleições ou as ações políticas que pretenderia desenvolver, desde que não haja pedido explícito de votos”. O direito de participação política não se resume apenas ao exercício do direito de votar e ser votado, mas, antes, exige – em sua concepção racionalmente vinculada a um regime de democracia representativa – um contínuo e renovado cotejo de debates sobre questões pertinentes ao processo político-eleitoral. A liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, pondera Ingo Sarlet,

guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado de ideias, assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político e relevando ter também uma dimensão nitidamente transindividual, já que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social. (p. 454)

Considerada essa densidade substancial do direito de liberdade de expressão, o legislador concebeu um novo tratamento jurídico ao cognominado processo

eleitoral – elevando a um *status legal* uma fase de amplo debate de ideias sobre temas relacionados ao certame eleitoral sem que, necessariamente, seja reconhecida uma transgressão às regras estabelecidas. O instituto da pré-campanha, em princípio, possui uma única condicionante legal (exceto para os profissionais da imprensa no exercício de suas atividades, que também têm as vedações do §2º do art. 36-A da LE): a ausência de pedido explícito de voto. De outra parte, a pré-campanha, por certo, não afastou a regra que prevê os prazos iniciais dos atos de propaganda eleitoral – tanto, aliás, que a própria Lei nº 13.165/15, embora tenha alterado o termo inicial dos atos de propaganda permitida, manteve incólume a proibição de propaganda eleitoral antecipada (art. 36, *caput*, da LE).

Dado esse novo panorama legislativo, parece certo afirmar que a pré-campanha também deve ser admitida como estruturante do denominado processo eleitoral, ainda que aludida fase não possua um termo inicial rígido (já que esses atos podem ocorrer a qualquer tempo, desde que antes do início da campanha eleitoral – que principia com as convenções partidárias). De qualquer sorte, existem algumas premissas que já podem ser inicialmente fixadas: a) a propaganda eleitoral somente é permitida a partir do dia 16 de agosto do ano eleitoral (antes deste prazo ela é vedada, sob pena de ser considerada ilícita); b) antes do dia 16 de agosto prevalece a proibição de atos de propaganda eleitoral e, como exceção a essa regra, o legislador criou o art. 36-A da LE – que trata dos atos de pré-campanha.

Resumidamente, pode-se afirmar que os atos de pré-campanha consistem em regras de direito material que tornam mais flexíveis ou rarefeitas as hipóteses de propaganda eleitoral antecipada. A questão a ser discutida é: existem outros limites para os atos de pré-campanha (sejam de forma ou de custo) ou a restrição para esses atos é estritamente em relação ao conteúdo? E caso a limitação seja exclusivamente de conteúdo, as hipóteses do art. 36-A da LE são taxativas ou admitem ampliação, de modo a incluir novas causas de não configuração de propaganda eleitoral antecipada? Ainda, é admitida uma profissionalização da pré-campanha ou esses atos são concebidos apenas a partir de manifestações voluntárias e espontâneas?

É escorregia a vinculação entre os atos de pré-campanha e o princípio constitucional da liberdade de expressão, eis que o direito de manifestação do pensamento é um instrumento fundamental de efetivação do princípio democrático. Contudo, não obstante a extrema relevância da liberdade de expressão – que é um dos vetores sensíveis do princípio da dignidade da pessoa humana –, é reconhecida a possibilidade de serem estabelecidos limites também em relação ao aludido princípio constitucional que trata da livre arte de pensar e se expressar. Daí que existem limitações oponíveis ao direito de liberdade de expressão que são

justificadas constitucionalmente para proteção de direitos igualmente relevantes (v.g., direito à honra, à privacidade).

Assentada a tese de que existe uma “posição preferencial da liberdade de expressão”, a doutrina constitucionalista acentua que referido direito não é infenso a limites e restrições, desde que, pondera Ingo Sarlet,

eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) e tenha por fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (que aqui opera simultaneamente como limite e limite aos limites de direitos fundamentais) e de direitos e bens jurídico-constitucionais individuais e coletivos fundamentais, observados os critérios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito. (p. 470)

A questão a ser dirimida, de fato, é acerca da existência, ou não, de um legítimo interesse a justificar a restrição da amplitude da liberdade de expressão, que confere amparo ao discurso legitimador da pré-campanha. Neste compasso, convém ressaltar a relevância da forma constitucional em que é fundamentado o regime jurídico das eleições. A competição eleitoral tem o objetivo de proporcionar um acesso em condições minimamente igualitárias aos pretendentes ao exercício de mandato eletivo. Esse certame pressupõe que todos os *players* observem a regularidade das regras do jogo eleitoral, até mesmo porque os mandatos representativos somente ostentam uma condição de legitimidade constitucional quando lastreados em um processo eleitoral hígido. Por consequência, não se despreza o princípio da isonomia entre os contendores como uma forma necessária de regulação dos atos de pré-campanha, pois o discurso da autorregulação entre os candidatos não pode servir como eximente que, na prática, permita a prevalência da “lei do mais forte”. Tanto mais distante a Justiça Eleitoral de um controle jurisdicional das eleições, mais próximo reconhecer que o certame de escolha sofrerá interferências indevidas e, assim, estará em risco a legitimidade da soberania popular. Não se discute, neste espaço, o limite da atuação da Justiça Eleitoral no processo eleitoral e seu eventual excesso no exercício como um poder contramajoritário, mas apenas revela-se que a igualdade entre os candidatos é um ideal a ser perseguido (também na fase da pré-campanha). A tensão entre a liberdade de expressão e a isonomia entre candidaturas é uma realidade inescapável, cuja solução sempre será conferida pela Justiça Eleitoral na decisão proferida naquele caso concreto.

Em resumo, o princípio da isonomia entre os partidos e candidatos serve de suporte para justificar a existência de um legítimo interesse de restringir a amplitude da liberdade de expressão nos atos de pré-campanha. Neste ponto, conquanto

sedutora, a tese da amplitude do direito à liberdade de expressão não pode servir como pretexto para não observar um princípio fundante do processo eleitoral – que consiste na preservação da isonomia de forças entre os candidatos –, na medida em que o regime jurídico eleitoral pressupõe um regime de igualdade.

3 Os limites da pré-campanha

Em síntese, a ideia é trazer à discussão o reconhecimento da existência (ou não) de três espécies de limites aos atos de pré-campanha: limites materiais ou de conteúdo; limites formais; limites de custos.

Os limites de conteúdo

O principal (aparente) limite dos atos de pré-campanha é a vedação ao pedido explícito de votos, exceto⁸ no caso previsto no art. 36, IV, da LE – no qual basta o mero pedido (ainda que não explícito) de voto. Trata-se do limite de conteúdo da pré-campanha, que encontra justificativa constitucional na preservação da igualdade de forças entre candidatos e partidos. O debate sobre o limite de conteúdo dos atos de pré-campanha, em verdade, desdobra-se em dois aspectos autônomos: a questão do pedido (explícito) de voto e a exaustividade (ou não) das hipóteses do art. 36-A da LE.

A compreensão do que consiste um pedido explícito de voto é fundamental para delimitar o exato alcance do conteúdo (material) dos atos de pré-campanha. Pedido explícito é o realizado de forma direta, sem subterfúgios ou circunlóquios. No entanto, esse pedido explícito pode ser concretizado de forma textual (“preciso do teu voto”, “quero o teu voto”) ou, mesmo, de forma não textual. O pedido textual, em síntese, sempre emprega a palavra “voto” ou um sinônimo direto (p. ex., sufrágio). De outra parte, embora não adote formalmente a palavra “voto”, o pedido não textual emprega um conjunto de frases, expressões (ex. *slogan* de campanha anterior), símbolos, números e outros elementos de referência que guardam pertinência direta com o ato de votar. Pode-se exemplificar com uma hipótese na qual o futuro candidato se dirige ao público em geral referindo que irá concorrer a determinado cargo e afirma “conto com teu apoio”, finalizando com seu nome e o número do partido. Nessa situação, resta evidenciado o pedido explícito – ainda que não textual – de voto, na medida em que existe um articulado que conjuga o cargo pretendido e, fundamentalmente, agrega a um suposto pedido de apoio o número da legenda do partido. Do simples fato desse pedido de apoio ser necessariamente conjugado com um número de partido – que coincide com o voto a ser

⁸ Sobre o tema: ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 343.

exarado pelo eleitor na urna eletrônica (seja na legenda ou no próprio candidato ao cargo do Poder Executivo) –, pode-se concluir que se está diante de um pedido explícito (não textual) de voto. Em síntese, 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 – fundamentalmente porque a segunda hipótese, ao conjugar pedido de apoio com um número de partido ou candidato ao Poder Executivo, em verdade, também faz um pedido de voto. No sistema proporcional, o voto é binário e, pois, a referência a um número de partido coincide com o voto na legenda daquela agremiação; no sistema majoritário, o voto no candidato é representado, na urna eletrônica, por aquele mesmo número. Em realidade, aliás, essa segunda hipótese chega a ser até mesmo mais reveladora de um ato de propaganda eleitoral antecipada do que uma simples referência de pedido de voto (sem um acréscimo a um número de partido ou candidato).

A redação do art. 36-A da LE, ao dispor uma regra no *caput* que é complementada por seis incisos e três parágrafos, traz forte margem de discussão sobre a exaustividade das hipóteses que não configuram propaganda eleitoral antecipada. De acordo com o *caput* do art. 36-A da LE, não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de votos: a) a menção à pretensa candidatura; b) a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos; c) os atos descritos nos incisos I a VI do art. 36-A da LE (nos quais poderá haver: pedido de apoio político; divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que pretende desenvolver – condutas que não são invocáveis aos profissionais de comunicação social no exercício da profissão).

Em suma, após a adoção de uma cláusula genérica no *caput* do art. 36-A da LE, o legislador arrolou seis hipóteses que não configuram propaganda eleitoral antecipada. Essa técnica legislativa indica que as hipóteses de não configuração de propaganda eleitoral antecipada podem se desdobrar em dois modos: por atos de forma livre (ou seja, não exaustivamente arrolados) nos quais, *a priori*, poderá haver “menção à pretensa candidatura” e “exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos”; pelos atos exaustivamente arrolados nos seis incisos do dispositivo mencionado, na medida em que o próprio dispositivo refere que não serão taxados de ilícito “os seguintes atos” (fazendo remissão às hipóteses descritas nos incisos I a VI do art. 36-A da LE). Conquanto mantenham a vedação ao pedido explícito de voto, as hipóteses arroladas nos incisos I a VI do art. 36-A da LE podem agregar as causas permissivas do §2º (pedido de apoio político, divulgação de pré-candidatura, divulgação das ações políticas desenvolvidas e a desenvolver), mas, porque se tratam de tipos que excepcionam a ocorrência de propaganda eleitoral antes do período permitido, merecem uma interpretação restritiva ou fechada.

De outro lado, existe a possibilidade de atos de forma livre (ou seja, que não estão previstos expressamente no art. 36-A da LE) não se configurarem como propaganda eleitoral antecipada, desde que, evidentemente, não envolvam pedido explícito de votos. A questão é se esses atos de forma livre podem se valer das causas permissivas do §2º do art. 36-A da LE, já que o aludido dispositivo faz referência apenas às hipóteses dos incisos I a VI. Embora uma interpretação literal possa levar à conclusão de que existe uma proscrição das manifestações de forma livre (que não se enquadram em um dos incisos do art. 36-A) empregarem quaisquer dos permissivos do §2º do mesmo dispositivo legal, essa conclusão foge a uma razoabilidade mínima. Imagine-se, por exemplo, um pretendo candidato que resolve elaborar um manuscrito para os eleitores e reproduz um determinado número de exemplares dessa carta. Esse ato, à toda evidência, não está descrito em quaisquer das hipóteses previstas no art. 36-A da LE; contudo, parece que não é adequado entender que nesse escrito lhe seja vedado pedir um apoio político ou, mesmo, divulgar ações políticas que pretende desenvolver (quando é admitido que um parlamentar, através da divulgação de seus atos parlamentares, possa empregar essas técnicas de suggestionamento ao eleitor; art. 36-A, IV⁹). Esse discrimen não guarda uma razoabilidade mínima. Daí que os permissivos do §2º do art. 36-A da LE podem ser aplicados também por atos de pré-campanha que sejam considerados atípicos, ou seja, não previstos expressamente no texto do referido dispositivo legal.

⁹ Parece mais do que necessário seja (re)discutida a extensão dos limites da divulgação de atos parlamentares. Fundamentado em um legítimo interesse de prestação de contas das atividades parlamentares, a partir de uma justificativa que conjuga transparência e publicidade na divulgação dos mandatos representativos do Poder Legislativo, a legislação eleitoral tem permitido uma formal consagração de uma quebra de isonomia entre candidaturas. Ao admitir sem limites razoáveis, a divulgação de atos parlamentares (desde que não envolva pedido de voto), a legislação termina por criar uma subclasse de candidato aos cargos do Poder Legislativo: os candidatos que não possuem mandato eletivo. É completamente desigual a luta pelo acesso aos mandatos eletivos entre aquele que já ostenta a condição de parlamentar (e possui toda uma estrutura custeada pelo erário em seu favor) e aquele que tenta um ingresso na vida política. O legislador – com seu instinto aguçado de autopreservação – jamais demonstrou qualquer preocupação em regulamentar de forma mais igualitária essa situação. Na última reforma eleitoral, aliás, houve uma preocupação toda especial com os profissionais dos meios de comunicação social no exercício da profissão (ao estatuir as amarras do §3º do art. 36-A), mas nenhuma preocupação mínima em diminuir o peso do uso das estruturas parlamentares para permitir sua recandidatura (e reeleição). De qualquer sorte, é tarefa árdua sustentar a constitucionalidade de uma regra que permite atos de pré-campanha, inclusive com pedido de apoio político e divulgação de futura candidatura, através do custeio pelo erário, na medida em que essa conduta – mesmo à pretexto de mera promoção pessoal – beira a prática de ato de improbidade administrativa. Com efeito, a justificativa de que o parlamentar tem um dever de prestação de contas de suas atividades à sociedade, conquanto verdadeira, perde substancialmente a juridicidade quando esse ato de prestação de contas envolve nítida promoção pessoal e (o que é pior) é custeada pelo erário. Porém, enquanto não sobrevier uma discussão sobre eventual inconstitucionalidade dessa regra, deve-se buscar, ao menos, uma compatibilização com o previsto no ordenamento jurídico.

Os limites formais

Uma discussão de maior fôlego é o debate sobre eventual incidência de limites formais em relação aos atos de pré-campanha. Essa discussão ganha uma repercussão maior, pois o texto do art. 36-A da LE não faz nenhuma referência a essa limitação. Aliás, causa espécie que o legislador tenha criado um largo espectro de ações permitidas, ao definir legalmente os atos de pré-campanha, mas não tenha regulamentado minimamente esses atos de antecipação do debate político – seja em relação a eventual custo (permitindo ou vetando), seja em relação às formas.

A ausência na regulamentação dos atos de pré-campanha torna esses atos imunes a quaisquer limitações de forma? É permitido praticar um ato de pré-campanha por meio de *outdoor*? Ou por *showmício*? E de forma paga na *internet*? Ou em bens públicos? E sendo por adesivos, aplica-se o limite de tamanho previsto em lei? E se for por panfletos, deve haver referência à gráfica ou tiragem? E, mediante pagamento no rádio e na televisão, é possível? A pergunta a ser respondida é: diante da omissão do art. 36-A da LE, é permitida a prática de atos de pré-campanha por qualquer forma ou, por se tratar de ato com finalidade eleitoral, deve haver a observância de determinados limites impostos pela legislação?

Talvez até surpreendida com o teor dessa modificação legislativa, a doutrina não trata dessa matéria com profundidade e são escassas as manifestações sobre o tema. Uma das poucas vozes que se preocupou em trazer uma opinião bem definida (e fundamentada) foi Edson de Resende Castro,¹⁰ que reconhece a existência de um limite de forma para os atos de pré-campanha: não é possível nesta fase o que é vedado na própria campanha eleitoral. Nas palavras do doutrinador mineiro,

além de ater-se aos ambientes enumerados e ao conteúdo indicado, a divulgação da pretendida candidatura não pode adotar as formas vedadas expressa ou implicitamente pela lei (quando regula a propaganda eleitoral em período permitido: arts. 37 e seguintes), sob pena de a pré-campanha poder mais que a própria campanha, expondo o sistema à inconsistência. (p. 262)

O tema é palpante. Dada a recente novidade legislativa, tendo em conta a grande diversidade de hipóteses fáticas possíveis e a plausibilidade de moldar um entendimento mais adequado conforme a sucessão dos desdobramentos jurídicos dessas decisões judiciais, parece certo aferir que a jurisprudência somente deverá solidificar o posicionamento em relação a essa matéria ao longo das eleições de

¹⁰ CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

2016. Neste contexto, uma resposta hermética e definitiva sobre um tema tão complexo (e novo) é sempre muito difícil.

De qualquer sorte, algumas conclusões iniciais parecem possíveis. É sedutor a tese de que, na ausência de regra expressa no art. 36-A da LE, é impossível impor limites formais aos atos de pré-campanha. Contudo, parece certo estabelecer que os atos de pré-campanha – porque causam reflexo, ainda que indiretamente, no (futuro) processo eleitoral – devem observar determinadas condicionantes. Dito de outro modo, não é admissível que o ato de pré-campanha possa ser praticado de qualquer forma, apenas porque o art. 36-A da LE não estabelece qualquer limite neste sentido. O sistema que confere suporte ao processo eleitoral não admite tamanha dissintonia, soando incompreensível sustentar que as regras proibitivas da campanha eleitoral sejam antecedidas por uma total liberdade na pré-campanha, tendo em vista que esta última fase é um antecedente necessário ao início da campanha eleitoral e defluirá reflexos extremamente relevantes na disputa eleitoral.

O ato de pré-campanha tem o indisfarçável desiderato de passar uma mensagem propositiva ao eleitor, tornando pública determinada candidatura e tencionando a obtenção da simpatia do eleitorado. Talvez o aspecto mais relevante do ato de pré-campanha seja exatamente a análise pela ótica da sua finalidade. Em verdade, essa figura jurídica tem o inequívoco objetivo de antecipar para o eleitorado os aspectos positivos de uma futura candidatura, ou seja, o ato de pré-campanha possui uma indubitável finalidade eleitoral (ainda que não se configure como uma propaganda eleitoral propriamente dita). Se a não solicitação de um pedido de voto não torna o ato propaganda eleitoral antecipada, pela ausência de um conteúdo eleitoral específico (o pedido de voto), esse fato, por si só, não desfigura o ato de pré-campanha como uma ação de nítido interesse ou finalidade eleitoral. Portanto, a mensagem do ato de pré-campanha é de indiscutível cunho eleitoral, ainda que não se trate tecnicamente de uma propaganda eleitoral. Neste ponto, ressalta uma fundamental diferença: conteúdo eleitoral específico envolve o pedido de voto e configura propaganda eleitoral; finalidade eleitoral não necessariamente envolve o pedido de voto e pode configurar ato de pré-campanha.

Suponha-se o exemplo de um futuro candidato que pretenda divulgar seu posicionamento pessoal sobre questão política, com fundamento no art. 36-A, V, da LE. Para este mister, ele faz menção a sua pretensa candidatura e divulga as ações políticas que pretende desenvolver. Como poderia ser desenvolvida essa atividade de pré-campanha? Dada essa vinculação embrionária do ato de pré-campanha com a finalidade eleitoral (e mesmo ausente o conteúdo específico eleitoral consistente no pedido de voto), forçoso reconhecer a vedação de algumas formas de veiculação de atos catalogados sob essa classificação jurídica. Neste sentido, parece desarrazoado a divulgação de atos de pré-campanha através de

outdoors, *showmícios* ou mediante pagamento no rádio e na televisão, na medida em que esses instrumentos de publicidade, além de seu alto custo, são reputados como inadequados para atos de propaganda eleitoral. Da mesma sorte, é inviável atos de pré-campanha em bens públicos, vedação essa que é dada pelo próprio Código de Postura do respectivo ente público e sequer precisa ter esteio em regra de cunho eleitoral. Não existe uma razoabilidade jurídica para justificar que os atos de pré-campanha tudo podem, sob o singelo pretexto de que não são regulamentados proibitivamente pela legislação eleitoral. Ou seria admissível um futuro candidato ser custeado por uma pessoa jurídica na pré-campanha? Ou ainda contratar um elevado número de pessoas, devidamente paramentadas com uniforme padronizado, para divulgação nos atos de pré-campanha que pretende desenvolver?

A ideia embrionária de atos de pré-campanha rechaça uma profissionalização desse exercício e trabalha com a voluntariedade e espontaneidade nas manifestações realizadas. Essas características de organização, padronização e profissionalismo não se coadunam com o outro conceito, que não o de próprio ato de campanha eleitoral! O conceito de campanha eleitoral exsurge exatamente da ideia de organização de um trabalho voltado para uma finalidade específica (embora não única): a conquista de mandato eletivo. Conforme destaca Fernando Neisser, a campanha eleitoral tem as funções de legitimação dos eleitos, ativação do compromisso cívico dos cidadãos, mobilização do eleitorado politicamente próximo aos candidatos e difusão de informação na sociedade (pp. 61/64) e, justamente porque é calcada em objetivos de conquista de adesão de parcela do corpo social – seja através de conquista de mandatos representativos, seja pelo crescimento de uma densidade eleitoral –, exige uma estruturação física e humana, porquanto elas “são organizadas e realizadas pelos partidos políticos com a colaboração de profissionais”, “em regra, um núcleo político ao qual comumente se atribui uma estrutura colegiada de conselho” (p. 70). A pré-campanha é um antecedente desta fase. E justamente porque tem por fim a divulgação de futura candidatura e a antecipação dos debates políticos, a pré-campanha, *a priori*, não se adéqua a um processo formalmente organizado.

No entanto, a transposição de todas as vedações de forma, previstas nas regras de propaganda eleitoral, para os atos de pré-campanha pode causar inconvenientes graves, inclusive abrindo espaço para acentuar ainda mais (a já profunda) desigualdade entre os exercentes de mandato eletivo e os novos pretendentes a ascender aos mandatos representativos. As regras de regulação do processo eleitoral, mormente quando tratam de propaganda eleitoral, devem ter por base um desejável equilíbrio entre a liberdade de manifestação de pensamento e a isonomia entre os participantes do processo eleitoral. Essa premissa, porém,

não afasta uma inequívoca realidade: determinados candidatos, por sua história pessoal, política, profissional, possuem densidades eleitorais completamente desiguais. Da mesma sorte, os partidos políticos já nascem com realidades econômicas extremamente diversas, o que é confirmado pelos critérios de repartição dos recursos do Fundo Partidário (art. 41-A da Lei dos Partidos Políticos).

Neste espeque, o período de pré-campanha – até mesmo por força da sensível diminuição do tempo da propaganda eleitoral – pode servir como um elemento de igualação entre os novos pretendentes aos mandatos representativos e os candidatos à reeleição. O uso de técnicas de comunicação de baixo ou nenhum custo pode ser empregado para impulsionar as manifestações de pré-campanha. Dessa forma, parece lícito admitir a divulgação de atos de pré-campanha através da confecção de panfletos ou adesivos, por exemplo (observado, evidentemente, um número razoável desses informes). Da mesma sorte, o emprego de placas e faixas em bens privados parece ser uma técnica adequada para a divulgação dessas mensagens, desde que esse método não se equipare com o impacto visual de um *outdoor* (inclusive por eventual justaposição).

No mesmo passo, a *internet* também é um interessante *locus* para que os atos de pré-campanha ganhem espaço. As redes sociais, desde que bem utilizadas, têm se caracterizado como uma ferramenta extremamente útil de comunicação: ágil, dinâmica e de excelente alcance. O emprego das ferramentas da *internet* em matéria eleitoral é pautado em dois princípios basilares (senão os únicos, os mais relevantes): a gratuidade e a voluntariedade. É da essência desse meio de comunicação que o internauta somente obtém acesso a uma mensagem se ele tem a intenção de buscar essa informação, ou seja, a regra é que o eleitor apenas recebe a informação quando, voluntariamente, busca acesso a ela. No mesmo toar, é da essência da divulgação das mensagens na rede social a gratuidade na circulação das mensagens. Daí porque os atos de pré-campanha também encontram determinados limites de forma quando empregados através da *internet*. Neste passo, deve-se ponderar que os atos de pré-campanha não podem ser divulgados através de mensagens em *posts* patrocinados, porquanto esse *modus operandi* viola uma regra basilar no uso da *internet*: a voluntariedade ou espontaneidade do internauta. Com efeito, sempre que houver uma forma de ampliação artificial de uma mensagem de cunho eleitoral na rede social existe uma quebra no princípio da voluntariedade do internauta em buscar acesso àquela informação, reputando-se esse ato como ilícito. Para as eleições de 2016, o e. TSE já sinaliza que “a divulgação de propaganda e de mensagens relativas ao processo eleitoral, inclusive quando provenientes de eleitor, não pode ser impulsionada por mecanismos ou serviços que, mediante remuneração paga aos provedores de serviços, potencializem o alcance e a divulgação da informação para atingir usuários que, normalmente, não teriam acesso ao seu conteúdo” (art. 23, §3º,

da Res. nº 23.457/15). Conforme exposto no aludido texto, a proscrição do uso de mecanismo de impulso artificial é extensiva tanto para divulgação de propaganda como, de igual sorte, para divulgação de “mensagens relativas ao processo eleitoral”. E o que é o ato de pré-campanha senão uma ação desenvolvida com uma nítida finalidade eleitoral, na medida em que é empregado para se dirigir ao público em geral, divulgando uma futura candidatura (a mandato eletivo)? Logo, é elementar a regra de proscrição de ato de pré-campanha através de qualquer forma de pagamento na *internet*, na medida em que se utiliza de artificioso meio de potencializar o alcance de uma mensagem que guarda relação com o processo eleitoral em curso. Lado outro, se o *post* patrocinado não possui qualquer vinculação com mensagens relativas ao processo eleitoral e se configura como mero ato de promoção pessoal, não se visualiza, *a priori*, a possibilidade de intervenção da Justiça Eleitoral, exceto para avaliar, conforme as circunstâncias do caso concreto, eventual configuração de abuso de poder.

Em resumo, a partir de uma interpretação sistemática das regras eleitorais e com o objetivo de proporcionar um justo equilíbrio no princípio da igualdade de forças entre os candidatos e partidos, forçoso reconhecer que os atos de pré-campanha possuem determinados limites de forma – restando proibida a sua veiculação, como regra, através de formas que não são meios lícitos de propaganda eleitoral (ex. *outdoor*, *showmício*, em bens públicos, mediante pagamento no rádio e na televisão e na *internet*).

Os limites de custos

Após ponderações sobre o limite de conteúdo e de forma, cabe perquirir acerca da existência de limite de custos nos atos de pré-campanha? É vedado todo e qualquer ato de pré-campanha se houver qualquer gasto para a divulgação desse ato? Ou, ao contrário, sendo admitido gasto na divulgação dos atos de pré-campanha, qual o limite desses custos?

Para Edson de Resende Castro, “outro, e talvez o mais importante, limite imposto à divulgação antecipada da candidatura é a vedação de utilização de recursos financeiros ou estimáveis”, concluindo que os atos de pré-campanha podem ocorrer “apenas de forma espontânea, pois nenhum deles pressupõe custos, senão para o Partido na organização de suas prévias e reuniões para preparação da campanha” (p. 262). De fato, referida posição doutrinária encontra todo o respaldo jurídico como a regra a ser observada no que concerne aos custos dos atos de pré-campanha. Considerando que somente podem ocorrer gastos eleitorais a partir do registro da candidatura, inscrição do candidato no CNPJ, abertura da conta bancária específica e emissão dos recibos eleitorais, a conclusão é que todos os atos anteriores ao período eleitoral devem ser calcados na gratuidade.

Com efeito, em uma concepção ideal, os atos de pré-campanha deveriam ser pautados pela mais absoluta gratuidade e espontaneidade. Ocorre que a previsão legislativa não seguiu essa mesma lógica e terminou por admitir que alguns atos catalogados no art. 36-A da LE sejam efetuados mediante o dispêndio de recursos financeiros.

Tendo em vista essa irrecusável realidade (da existência de alguns atos de pré-campanha mediante gastos), a busca passa a ser a compatibilização de formas de custeio de atos de pré-campanha com o objetivo de reduzir as desigualdades que o próprio legislador insiste em reiteradamente consagrar. Desse modo, em determinadas situações pontuais, é possível que os atos de pré-campanha importem em algum custo financeiro, já que essa figura jurídica deve ser prestigiada como uma forma de liberdade de expressão e, fundamentalmente, como um instrumento de igualação entre candidaturas. Ademais, se o legislador, em evidente intuito de autopreservação, prevê a possibilidade de atos de pré-campanha através da divulgação de atos parlamentares (o que significa tolerar que essa ação com evidente finalidade eleitoral é custeada pelo erário) – não é lógico que um pretendente a ingressar na vida pública seja proibido de custear seus atos de pré-campanha, desde que observadas determinadas condicionantes.

Tendo em vista a estruturação que o legislador adotou para tipificar os principais atos de pré-campanha (incisos I a VI do art. 36-A da LE), parece certo afirmar que não é exigido que determinado ato dessa natureza jurídica sempre seja realizado gratuitamente. As próprias hipóteses previstas nos incisos do art. 36-A da LE trazem previsão normativa que permite o dispêndio de recursos para esses atos de pré-campanha. Basicamente, a legislação prevê que o partido político pode promover eventos nos quais esses atos ocorram (*v.g.*, incisos II e VI), além de admitir a divulgação de atos parlamentares (inciso IV).

Admitido, em algumas circunstâncias, o custeio de determinados atos de pré-campanha, o desafio é estabelecer critérios adequados para que essas condutas não perpassem limites que interfiram na igualdade de forças do processo eleitoral. Parece óbvio que era tarefa do legislador estabelecer esses limites básicos; também é elementar, mais uma vez, que o legislador se imiscuiu de sua atribuição constitucional. Da mesma sorte, é evidente que essa ausência de regulamentação não impede o estabelecimento de determinados limites, através de uma interpretação sistemática da legislação e com o objetivo de buscar uma maior isonomia entre os atores do processo eleitoral. Na falta de uma regulamentação legal, pode-se adotar alguns critérios já existentes como limitadores dos gastos de pré-campanha realizados individualmente pelos futuros candidatos. Assim, por exemplo, o teto estabelecido para os denominados atos de apoio do eleitor, previsto no art. 27 da Lei nº 9.504/97. Da mesma sorte, razoável sustentar a

completa inviabilidade de se gastar em uma pré-campanha além do que a lei eleitoral permite como teto da própria campanha eleitoral, até mesmo porque essa situação tangencia – se não configura – hipótese de abuso de poder econômico. No mesmo passo, é possível estabelecer como teto de gastos na pré-campanha, até mesmo, um percentual do limite previsto para a própria campanha eleitoral. De qualquer sorte, essa é uma tarefa *de lege ferenda* e, na ausência de lei, de delicada construção jurisprudencial.

Da mesma sorte que o futuro candidato pode custear gastos da sua pré-campanha, dentro de certas condicionantes, também é permitido à agremiação partidária idêntica conduta. Se gastos partidários são “todos os custos e despesas utilizadas pelo órgão do partido político para a sua manutenção e consecução de seus objetivos e programas” (art. 17 da Res. nº 23.464/15 do TSE), parece certo admitir que a agremiação pode custear atos de pré-campanha, na medida em que essas ações são voltadas para anunciar uma futura candidatura e a obtenção de mandato eletivo é objetivo primário de toda grei partidária. No entanto, é absolutamente impossível que aludido financiamento seja custeado com recursos provenientes do Fundo Partidário, dado que essa espécie de recurso tem uma destinação bem definida e não inclui os atos de pré-campanha.

Os gastos de pré-campanha custeados pelo partido político devem constar na prestação de contas que a agremiação encaminhará anualmente à Justiça Eleitoral. Não obstante esse fato incontestável, o problema que se vislumbra é a intempestividade na análise dessas contas sob a ótica do financiamento de uma candidatura eleitoral. Com efeito, a apresentação das contas partidárias somente em 30 de abril do ano subsequente à eleição traz a consequência inevitável de que os gastos de pré-campanha serão analisados exclusivamente sob a ótica partidária, fato que enfraquece substancialmente a apuração de irregularidade que, eventualmente, tenha interferido na formação de um mandato representativo. De fato, caso a Justiça Eleitoral somente possa receber informações sobre esses gastos de pré-campanha após o transcurso do ano eleitoral, o manuseio de quaisquer ações relativas ao contencioso judicial eleitoral fica prejudicado, visto que os prazos de ajuizamento dessas demandas são submetidos à rígidos critérios cronológicos e, como regra, escoam (no máximo) em janeiro do ano subsequente ao pleito eleitoral. Daí que é extremamente importante a possibilidade de que esses gastos partidários possam ser imediatamente aferidos pela Justiça Eleitoral. Neste ponto, não é demais olvidar que o art. 71 da Resolução nº 23.464/15 do TSE – que trata da prestação de contas anuais dos partidos políticos – prevê um relevante mecanismo de fiscalização sobre a qualidade do financiamento das agremiações partidárias, quando estabelece a possibilidade de que sejam postuladas, a qualquer tempo, medidas cautelares para sustar irregularidades ou para restabelecer a legalidade. Com fundamento nesse dispositivo, pois, não é

necessário que a fiscalização sobre os gastos de pré-campanha aguarde apenas a apresentação das contas do partido político, o que tornaria ineficaz qualquer medida judicial de responsabilização em caso de inadequação dos gastos realizados na pré-campanha. Dito de outro modo, é lícito a candidato, partido ou ao Ministério Público Eleitoral, a qualquer tempo, perscrutar judicialmente sobre a origem do custeio dos atos de pré-campanha – inclusive quando esse custeio decorre de recursos do próprio candidato.

Mesmo quando se admite que os atos de pré-campanha importem em custo financeiro, deve-se ponderar que é inimaginável que esse custeio seja realizado por fontes ilícitas (ex. dinheiro oriundo do tráfico de entorpecentes ou de corrupção) ou, mesmo, de fontes vedadas na órbita eleitoral ou partidária. Por consequência, é absolutamente vedado que esses atos de pré-campanha – que, repita-se, possuem nítida finalidade eleitoral – sejam financiados por pessoas jurídicas (STF – ADI nº 4.650 – Rel. Min. Luiz Fux – j. 17.09.2015), porquanto a vedação da doação empresarial é ampla e, se se proíbe a destinação desses recursos para partidos e campanhas eleitorais, é lógica a sua proibição para os atos de pré-campanha. Em igual passo, também não é crível que sindicatos, entidades de classe, entidades religiosas, enfim, todas as demais fontes vedadas eleitorais (art. 24 da LE) sejam financiadores de atos de pré-campanha.

Ao conferir nova redação ao art. 36-A da Lei nº 9.504/97, a Lei nº 13.165/15 tem a intenção de antecipar os debates políticos e se fundamenta em um prestígio da liberdade de manifestação do pensamento. Os atos de pré-campanha são formas extremamente relevantes de participação do indivíduo na formação do processo político. O eleitor tem todo o direito de receber a mais ampla informação sobre os participantes do processo eleitoral – sejam partidos, candidatos. Agora, esse direito também abarca todas as informações pertinentes sobre as futuras candidaturas. No entanto, porque os atos de pré-campanha ostentam uma evidente finalidade eleitoral, parece certo exigir a mais ampla transparência na questão relativa aos custos desses atos. Da mesma forma que o eleitor tem o direito de receber todas as informações necessárias para a formação da sua convicção no exercício do sufrágio, também existe um direito de igual densidade sobre a origem dos custos da pré-campanha. Dito de outro modo, o eleitor tem o inenarrável direito de saber exatamente quem são os financiadores dessa pré-campanha. É legítimo, pois, exigir a mais ampla transparência sobre os atos de pré-campanha, na medida em que os interesses formadores dessa nova fase do processo eleitoral terão reflexos inequívocos durante a própria campanha eleitoral. Não é lógico que a transparência nas relações de cunho eleitoral somente surja a partir do registro de uma candidatura, reservando-se uma velada obscuridade aos atos de pré-campanha, ainda que sob a justificativa do direito à privacidade. A prática de atos de pré-campanha é incompatível com o direito à privacidade; ao revés, todo

aquele que, valendo-se do permissivo legal, propõe a antecipação do debate político, deve compreender que na busca inicial desse mandato representativo não pode se valer de técnicas ou ações que não sejam lastreadas na mais absoluta transparência. Enfim, não existe a mínima possibilidade de os atos de pré-campanha serem cobertos pelo véu da obscuridade. A publicidade e a transparência são ferramentas essenciais à conformação do princípio democrático, motivo pelo qual os atos de pré-campanha devem ser pautados pela mais ampla possibilidade de sindicabilidade – inclusive no que concerne à sua forma de financiamento.

Nesse passo, quando instado a esclarecer a origem do custeio dos atos de pré-campanha, o futuro candidato tem o dever de repassar à Justiça Eleitoral todas as informações necessárias para que seja apurada a qualidade da forma de financiamento dessa nova fase do processo eleitoral. Por consectário, é exigível que o futuro candidato indique quem custeou os panfletos ou adesivos confeccionados, em qual gráfica ele foi criado, quantas unidades foram produzidas e qual o custo final. Da mesma sorte, sempre que exigido, o futuro candidato deve encaminhar toda a documentação comprobatória que demonstre a origem do custeio dos atos de pré-campanha.

Tendo em vista a possibilidade de se custear gastos para atos de pré-campanha, é necessário estabelecer as consequências jurídicas passíveis de serem impostas quando se verificar eventual irregularidade nessa órbita específica. O excesso quantitativo de recursos financeiros para custear os atos de pré-campanha pode se configurar em abuso de poder econômico. Tratando-se de conceito vago e indeterminado, é certo que não se pode recusar a possibilidade de ocorrência do abuso de poder econômico quando esses atos de pré-campanha recebem um influxo financeiro, em seu custeio, de forma anormal ou excessiva, indicando um mau emprego de recursos públicos ou privados para beneficiar uma futura candidatura. De qualquer sorte, a distância dos atos de pré-campanha em relação à eleição é um fator que pode significar uma perda de substância da gravidade desse ato, na medida em que o reflexo no processo eleitoral pode ser tornar mais rarefeito. É o que pode acontecer, por exemplo, com eventual abuso de poder econômico verificado em ato de pré-campanha ocorrido no início do ano eleitoral ou, ainda, fora do ano eleitoral. A configuração do abuso de poder econômico, ainda que sob as diretrizes do inciso XVI do art. 22 da LC nº 64/90, é sempre de difícil reconhecimento pela Justiça Eleitoral. E, especificamente na hipótese dos atos de pré-campanha, o fator cronológico pode receber um apreço excessivo pelo julgador, o que significaria, em suma, admitir o abuso de poder econômico na pré-campanha apenas para efeito de debate doutrinário.

De outro lado, é possível afirmar que eventual irregularidade apurada no custeio dos atos de pré-campanha pode redundar em uma responsabilização na

esfera eleitoral através da representação com fundamento no art. 30-A da Lei nº 9.504/97. Neste caso, não se trata de apurar abuso de poder econômico, mas apenas e tão somente aferir se houve captação ou gastos ilícitos, na forma do art. 30-A da LE. As hipóteses de cabimento da representação do art. 30-A da LE, como é cediço, são duas: captação ilícita de recursos e gastos ilícitos de recursos (ambos com finalidade eleitoral). A previsão normativa do art. 30-A, §2º, da LE é extremamente clara ao referir que “comprovados captação ou gastos ilícitos, para fins eleitorais, será denegado o diploma ou, cassado se já tiver sido outorgado”. É extremamente importante observar que o elemento normativo do tipo previsto no art. 30-A da LE exige que a captação ou o gasto seja ilícito e tenha uma finalidade eleitoral. Ao adotar a nomenclatura “para fins eleitorais”, o legislador torna claro que não é necessário ou indispensável – para a configuração do ilícito – que a captação ou o gasto tenha sido realizado apenas durante a campanha eleitoral. Caso fosse esse o objetivo do legislador, a expressão a ser empregada não faria qualquer menção ao fim eleitoral, mas seria adotada somente a nomenclatura “captação ou gastos ilícitos eleitorais”.

Existe uma larga distinção entre as locuções “eleitoral” e “para fins eleitorais”; aquela, é limitativa e indica que a ação somente pode ser desenvolvida quando já principiada a campanha eleitoral propriamente dita; esta, é abrangente e não tem qualquer restrição cronológica à conduta para sua configuração, bastando, apenas, que a ação seja praticada com uma finalidade ou um objetivo eleitoral. Por consequência, eventual irregularidade no custeio dos atos de pré-campanha pode, em tese, configurar-se como hipótese de captação ou gastos ilícitos “para fins eleitorais”, porquanto é nítida a vinculação desses atos de pré-campanha com o objetivo de o candidato obter êxito no processo eleitoral – até mesmo porque “a atividade eleitoral não se restringe unicamente ao período de campanha política”, já que, como observado por Ana Cláudia Santano,¹¹ “todas as atividades políticas estão dirigidas à conquista do apoio eleitoral” (p. 46). Daí que a conduta que fundamenta uma representação com base no art. 30-A da LE pode ocorrer ainda antes do denominado período de campanha ou do processo eleitoral *stricto sensu*, pois é suficiente apenas que tenha sido praticada uma conduta cuja intenção ou finalidade era de interferir ou causar reflexo em uma eleição futura. A adoção da nomenclatura “para fins eleitorais”, aliás, não é nova. Desde 1965, no mínimo, o Código Eleitoral já adota o emprego dessa expressão quando, por exemplo, prevê os tipos penais de falsidade eleitoral. Em suma, exige-se apenas que o recurso que seja captado ou gasto ilicitamente tenha uma finalidade eleitoral – que é

¹¹ SANTANO, Ana Cláudia. *O financiamento da política, teoria geral e experiências no direito comparado*. 2. ed. Curitiba: Íthala, 2016.

exatamente o objetivo elementar dos atos de pré-campanha. Dessa forma, se o recurso ilícito apresenta uma potencial repercussão no processo eleitoral futuro, configura-se como uma *causa petendi* a ser arguida através da representação do art. 30-A da LE – cuja procedência, evidentemente, resta vinculada ao rompimento do bem jurídico tutelado e a prova da “relevância jurídica” do ato praticado (TSE – Recurso Ordinário nº 1.540 – Rel. Min. Félix Fischer – j. 28.04.2009).

4 Conclusão

É extremamente tormentosa a tarefa de buscar uma definição dos limites dos atos de pré-campanha e uma harmonização dessa nova fase do processo eleitoral com os atos de promoção pessoal e de propaganda eleitoral. A ausência de um interesse legislativo em regulamentar a matéria, a forma como aprovada a recente Lei nº 13.165/15 (sem um mínimo e necessário debate legislativo) e o fato de o c. TSE não responder ao mérito da consulta nº 23.461 (que dispunha sobre os limites do art. 36-A da LE) apenas reforçam essa dificuldade.

A previsão normativa contida no art. 36-A da Lei nº 9.504/97 buscou apenas conferir uma moldura de conteúdo descritivo material aos atos de pré-campanha, não tendo nenhuma preocupação com uma regulamentação mais minudente da matéria – explicitando limites de forma e esclarecendo a questão dos custos. Essa lacuna causa um prejuízo irreversível na aplicação das regras do jogo eleitoral. A permanência dessa omissão pode impor uma grave quebra de princípios sensíveis do Direito Eleitoral, com risco à preservação da isonomia das candidaturas.

Não é demais consignar que o legislador eleitoral (infelizmente) trabalha com a lógica do interesse de autopreservação e não demonstra, ao longo dos anos, qualquer intenção de dispensar um tratamento mais adequado em matérias que reflitam diretamente na formação do processo de democracia representativa. Diante da inércia e omissão legislativa, é tarefa cômoda defender irrestritamente a ausência de quaisquer limites aos atos de pré-campanha – olvidando-se que a autorregulação entre os candidatos importa na evidente sobreposição dos candidatos com maiores recursos em detrimento dos demais concorrentes ao prélio, Exatamente por tal motivo, buscou-se fixar algumas premissas básicas e preliminares sobre esse tema e estabelecer determinados limites principiológicos nesses atos de antecipação do debate político, sempre tendo por base o ideal democrático de uma corrida eleitoral mais igualitária e justa.

Em síntese, considerando a grande multiplicidade de possibilidade nas formas de divulgação desses atos, buscou-se – longe de esgotar o tema e considerado o tempo de conclusão do presente articulado¹² – apenas afastar critérios

¹² O presente artigo foi concluído definitivamente em 1º de agosto de 2016.

aleatórios para definir os limites na divulgação dos atos de pré-campanha. A ideia, em suma, é repudiar atos que sejam ostensivos e que importem em alto custo financeiro, bem como não admitir condutas perpetradas através de uma estratégia padronizada ou que demonstre similitude organizacional com os denominados atos de campanha. De outro lado, com fundamento no princípio da liberdade de expressão, prestigia-se a divulgação de atos de pré-campanha, ainda que pagos, por formas que não sejam ostensivas e que permitam uma disseminação democrática dessas manifestações com finalidade a anunciar futura candidatura. De qualquer sorte, parece certo admitir que a exata concepção do que representam os atos de pré-campanha no processo eleitoral e quais os limites adequados que lhe devem ser impostos será tarefa de paulatina construção jurisprudencial, buscando uma adequada compatibilização entre liberdade de expressão e isonomia entre os candidatos.

Referências

- CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e mentira na política*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SANTANO, Ana Cláudia. *O financiamento da política, teoria geral e experiências no direito comparado*. 2. ed. Curitiba: Íthala, 2016.
- SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 5º, inciso IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

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

ZILIO, Rodrigo López. A pré-campanha: limites e vedações. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 18, p. 185-207, jan./jun. 2018.
