



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Os Limites do Poder de Polícia do Juiz da Fiscalização Eleitoral

Antonio José Ferreira Carvalho Junior

Rio de Janeiro
2011

ANTONIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO JUNIOR

Os Limites do Poder de Polícia do Juiz da Fiscalização Eleitoral

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval

Prof. Katia Araújo

Prof. Mônica Areal

Prof. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

OS LIMITES DO PODER DE POLÍCIA DO JUIZ DA FISCALIZAÇÃO ELEITORAL

Antonio José Ferreira Carvalho Junior

Graduado pela Universidade Candido Mendes.
Advogado.

Resumo: O Processo Eleitoral Brasileiro sofre modificações a cada pleito eleitoral. As normas jurídicas e procedimentais nem sempre são claras, o que importa em diversas interpretações pelos operadores do Direito a respeito das condutas que são permitidas e vedadas. O cerne do trabalho é verificar até que ponto alcança o Poder de Polícia do Juiz da Fiscalização Eleitoral, confrontando a atividade fiscalizadora com a interpretativa normalmente desempenhada pelos magistrados no exercício de jurisdição, bem como eventuais incompatibilidades entre a atividade de fiscalização e o exercício da jurisdição.

Palavras-chave: Eleitoral. Poder de Polícia. Juiz. Fiscalização. Propaganda.

Sumário: Introdução. 1. O Poder de Polícia. 2. A Propaganda Eleitoral 3. A Fiscalização da Propaganda no Processo Eleitoral. 3.1 Propaganda Extemporânea 3.2 Formas de Propaganda Eleitoral. 3.2.1 Propagandas em Bens Públicos e Privados 3.2.2 Propaganda Pelos Meios de Comunicação em Massa 3.2.2.1 Propaganda na Imprensa 3.2.2.2 Propaganda no Rádio e na Televisão 3.2.2.3 Propaganda na Internet 4. O Mandado de Busca, Apreensão e Encerramento de Atividades Decretado de Ofício. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A cada dois anos o país se mobiliza para eleições dos políticos que ditam os rumos da nação. O procedimento eleitoral visa tornar os pleitos igualitários entre os candidatos, através de regras de conduta e da fiscalização praticada pelo Poder Judiciário.

Contudo, nos últimos anos, tem-se verificado que algumas medidas vêm sendo tomadas com base em interpretações singulares de juízes que lideram a fiscalização. Tal fato tem implicado comoção popular, como o protesto dos humoristas feito nas últimas eleições contra uma lei que é de 1997, mas que, em virtude de uma nova interpretação de alguns juízes, vinha sujeitando as

emissoras de rádio e televisão a restrições comportamentais e ao pagamento de multas.

A segurança jurídica é marco principiológico do Direito. A constante edição de resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que ditam novas regras a cada eleição gera uma instabilidade para os que concorrem a cargos eletivos. Essas resoluções e a constante substituição dos magistrados que ocupam os cargos de Juiz da Fiscalização país a fora sujeitam a população em geral a uma forte insegurança sobre quais as regras que realmente valem e como interpretá-las.

É essencial que se busque alcançar os limites da atuação do juiz eleitoral no que tange à fiscalização de condutas vedadas. A atividade meramente fiscalizadora do juiz eleitoral não pode e não deve ser confundida com a atividade jurisdicional que o magistrado comumente exerce. Para isso devem ser traçadas regras claras e de invidiosa aplicação.

A ausência de segurança quanto à interpretação das normas, de como devem elas ser entendidas pelos candidatos, pode implicar em aplicação de pesadas multas, de forma a inviabilizar campanhas e impedir que o povo possa optar por escolher determinado candidato, o que é evidente afronta à democracia.

O objetivo do presente trabalho é delinear os poderes do Juiz da Fiscalização Eleitoral, de forma a tentar conferir maior segurança jurídica ao processo eleitoral, no que diz respeito à fiscalização da propaganda, indagando quais as atividades que podem ser praticadas, de ofício ou por provocação, e o alcance normativo das Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que disciplinam as eleições.

1. O PODER DE POLÍCIA

O chamado Poder de Polícia é prerrogativa do Estado que consiste em permitir que os agentes públicos pratiquem determinados atos para fiscalizar ou coibir a prática de determinadas atividades dos particulares que possam se mostrar contrárias à lei ou ao interesse coletivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹ bem define o Poder de Polícia como

a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“*non facere*”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

A razão de existir do Poder de Polícia é a defesa dos interesses públicos, objetivando o cumprimento das normas pertinentes a cada atividade praticada pelos particulares. O Estado utiliza-se de seu Poder de Polícia ao fiscalizar atividades particulares e promover o encerramento de atividades consideradas ilegais ou antissociais.

O principal fundamento do Poder de Polícia se encontra na supremacia do interesse público sobre o privado, ou seja, na adequação do direito do indivíduo aos direitos da coletividade, através de restrições impostas pelo poder público. Nesse caminho interpretativo, há de se afirmar que cada uma das restrições a direitos individuais importa em um equivalente e proporcional poder de polícia administrativa, com o fito de tornar tais restrições efetivas e serem obedecidas por todos.

O Poder de Polícia é exercido através de um conjunto de atos administrativos. São voltados para a concretização de seu objetivo-fim, qual seja alcançar o interesse público. Dessa forma, quando um particular pratica alguma ação vedada, a Administração Pública, no exercício de seu inerente Poder de Polícia pode fazer cessar o ato, independentemente de manifestação judicial, devido ao seu atributo da autoexecutoriedade.

Destaque-se que a autoridade não pode anular uma liberdade individual do sujeito de direitos sem que norma exista nesse sentido apenas por invocar o Poder de Polícia de forma genérica.

A intervenção do Estado na sociedade é medida que deve ser contida e sempre promovida dentro de parâmetros razoáveis de atuação, sempre passíveis de posterior controle judicial. Como

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.733

em qualquer ato administrativo, aqueles voltados ao exercício do Poder de Polícia também possuem elementos vinculados, ou seja, devem seguir estritamente o disposto em lei, razão pela qual pode o Poder Judiciário manifestar-se quando provocado por parte legítima.

É de se ressaltar que o exercício do Poder de Polícia é inerente ao Órgão estatal que exerce a função administrativa do Estado, o Poder Executivo. Somente em caráter excepcional, pode ser atribuído a órgãos pertencentes ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo.

Na seara eleitoral, o Juiz responsável pela fiscalização das eleições pode exercer o Poder de Polícia, diante do permissivo constante no art. 41, §1º, da Lei n. 9.504/97². Tal dispositivo legal foi incluído na recente minirreforma eleitoral promovida pela Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009, substituindo o *caput* e a ele acrescentando dois parágrafos. A redação anterior previa que a propaganda eleitoral não podia ser cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia.

Candido³ entendia, ainda antes da referida alteração legislativa que a vedação constante na antiga redação do art. 41 era aplicável apenas à força pública do Poder Executivo, sendo o poder de polícia da Justiça eleitoral pleno. A discussão, entretanto, restou superada em razão da atual redação do dispositivo legal tratado.

Interpretava-se, todavia, a norma contida na anterior redação com parcimônia, porque havia uma série de condutas vedadas, algumas inclusive tipificadas como crimes, no Código Eleitoral, bem como na Lei ordinária n. 9.504/97 e na Lei Complementar n. 64/90, que se relacionavam com propaganda. Tal fato impunha a presença do Estado na fiscalização dos abusos eventualmente praticados na seara eleitoral.

Há de se ressaltar que o poder de polícia exercido para coibir prática de ilícitos eleitorais não pode ser exercido por qualquer autoridade administrativa, mas apenas pelos órgãos judiciais

²Art. 41. *omissis*

§ 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

§ 2º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet.

³ CÂNDIDO, Joel José. Direito eleitoral brasileiro. 12. ed. São Paulo: Edipro, 2006, p.456.

próprios da Justiça Eleitoral, quais sejam os Juízes Eleitorais, os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral. Diante da verificação por parte de autoridade administrativa não pertencente à estrutura da Justiça Eleitoral, é descabida a atuação direta, devendo a autoridade reportar o fato ao órgão próprio da Justiça Eleitoral, sob pena de incorrer no crime tipificado no art. 331 ou no art. 332, ambos do Código Eleitoral⁴.

Embora pareça, em uma análise superficial, estranha a ideia de que a Administração Pública não possa agir de ofício em caso de verificadas ilicitudes, é de se ter em mente que os que estão a normatizar e fiscalizar no Poder Executivo estão, direta ou indiretamente, vinculados a determinados candidatos, que poderiam desejar usar a máquina pública para evitar a exposição de seus concorrentes. Além desses, existem diversos outros artifícios que serão após analisados.

2. A PROPAGANDA ELEITORAL

A propaganda eleitoral é a forma pela qual o candidato expõe ao público o seu desejo de candidatar-se a um cargo eletivo estatal. É o meio através do qual é possível a divulgação de suas ideias e programas para a população.

Para Rodrigo López Zilio⁵, a propaganda eleitoral consiste na força motriz do processo eleitoral, por ser o método de maior aproximação entre o candidato ao cargo eletivo e o eleitorado, através da qual o aspirante a cargo eletivo faz veicular suas propostas para o exercício do mandato que pretende cumprir.

A divulgação da plataforma política dos candidatos deve ser possibilitada da maneira mais ampla possível, para nutrir o conhecimento dos eleitores e providenciar uma votação mais consciente. Contudo, ao longo da história, verificou-se que os candidatos com maior poder

4 Art. 331. Inutilizar, alterar ou perturbar meio de propaganda devidamente empregado:
Pena – detenção até 6 (seis) meses ou pagamento de 90 (noventa) a 120 (cento e vinte) dias-multa.

Art. 332. Impedir o exercício de propaganda:

Pena – detenção até 06 (seis) meses e pagamento de 30 (trinta) a 60 (sessenta) dias-multa

5 ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral* : noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p.280

econômico, usando de artifícios de alto valor, mantinham seus nomes em evidência durante períodos extensos, de forma a angariar mais votos.

Na busca de evitar o abuso do poder econômico de alguns candidatos, a legislação eleitoral foi alterada para impor determinadas restrições à propaganda eleitoral com a finalidade de torná-la mais equânime. Dentre essas alterações, merecem destaque a restrição temporal para propaganda eleitoral particular feita pela Lei n. 9.504/97 e a proibição de utilização de *outdoor* contida na minirreforma eleitoral promovida pela Lei n. 11.300/2006.

As restrições impostas não visam a diminuir o acesso à informação ao eleitor, mas sim proporcionar igualdade material de oportunidades aos candidatos para mostrar sua plataforma política. Evita-se que, em razão de melhor condição financeira, um candidato possa ter uma exposição muito maior que outro.

3. A FISCALIZAÇÃO DA PROPAGANDA NO PROCESSO ELEITORAL

A correta fiscalização das condutas vedadas é de extrema importância para que se evitem abusos que possam desequilibrar o pleito.

O já citado §2º do artigo 41 da Lei das Eleições tenta delimitar o Poder de Polícia do Juiz Eleitoral responsável pela fiscalização com termos genéricos, portanto sujeito a interpretações.

Não apenas este dispositivo legal é sujeito a críticas. As diversas vedações contidas na legislação eleitoral contêm termos sujeitos a entendimentos diversos, muitas vezes contraditórios entre si. Daí exsurge a necessidade da análise do objeto e do procedimento a ser adotado para coibir práticas ilícitas.

3.1 PROPAGANDA EXTEMPORÂNEA

A fiscalização da Justiça Eleitoral, no que tange à propaganda, tem por objeto qualquer

meio hábil a transmitir uma mensagem que, ainda que de forma dissimulada, induza o eleitor a votar em determinado candidato⁶. Tal definição passou a ter especial importância após a vedação à propaganda eleitoral antes do dia 06 de julho do ano da eleição com o advento do art. 36 da lei n. 9.504/97.

É certo que diversos candidatos, com o intuito de angariar votos, tentam, ainda hoje, promover eventos ou divulgar fatos que os tornariam mais aptos ao exercício do cargo eletivo que pretendem perante o eleitorado, de maneira a tentar burlar a proibição. Trata-se de propaganda extemporânea evidentemente disfarçada. Vale destacar que o Tribunal Superior Eleitoral já pacificou o entendimento de que para averiguar a existência da propaganda eleitoral extemporânea, devem ser observados os fatos que a circunscrevem e não apenas a literalidade do texto⁷.

Assinala-se o primeiro cuidado do juiz responsável pela fiscalização: não é qualquer fato divulgado que configura espécie de propaganda extemporânea. É perfeitamente possível – e não atenta contra os princípios ordenadores do Direito brasileiro – que um futuro candidato faça propagandas visando a sua promoção pessoal, desvinculada de qualquer interesse eletivo. Há inúmeras razões para que alguém se promova, em especial no meio artístico. Outra hipótese comumente aceita pela jurisprudência é a divulgação de informativos chamados de “Prestação de Contas” por parte daqueles que já ocupam algum cargo eletivo, ainda que pretendam concorrer à reeleição ou a outro cargo. Esses informativos são lícitos porque – ao menos em tese – não focam na eleição seguinte, mas sim no princípio da transparência que deve guiar o atuar do agente público investido em cargo eletivo.

3.2 FORMAS DE PROPAGANDA ELEITORAL

6 Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral - Representação nº 152392, Acórdão de 16/08/2011, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 30/08/2011, P. 85/86.

7 Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 197990, Acórdão de 12/05/2011, Relator Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 01/08/2011, P. 202.

Dentro do período permitido por lei para realização de propaganda eleitoral, pode-se classificá-la quanto ao meio de apresentação. A divulgação da propaganda pode ser feita através dos meios de comunicação (rádio, televisão, imprensa ou internet), por objetos (faixas, galhardetes, placas ou outdoors) expostos em bens (públicos ou privados) ou pela utilização de alto-falantes e serão analisados a seguir.

3.2.1 PROPAGANDA EM BENS PÚBLICOS E PRIVADOS

A mais comum e talvez mais antiga forma de propaganda eleitoral destinada a um amplo público é aquela aposta em bens através de inscrições à tinta, aposição de faixas, placas ou galhardetes, etc. É essa a forma mais usual de propaganda e a que, até não muito tempo, conferia maior visibilidade ao rosto, à expressão física, do candidato e ao seu número.

Atualmente, a veiculação de propaganda eleitoral em bens públicos, móveis ou imóveis, é vedada pelo *caput* do art. 37 da lei das eleições, com a redação dada pela minirreforma de 2006. Pretendeu-se, com essa reforma, impedir o uso de bens que têm grande impacto social para evitar o desequilíbrio, econômico ou social, no pleito. Dessa mesma ideia surgiu a vedação ao uso de outdoors (art. 39, §8, da Lei 9.504/97) por conta de seu grande alcance, bem como da equiparação de todos os locais de acesso geral da população (cinemas, clubes, etc) aos bens de uso comum do povo, previstos no Código Civil, para que fossem alcançados por essa vedação.

É importante o destaque de que, nas propagandas colocadas em bens públicos e equiparados, a regra é a da proibição. O interesse público é o norteador da atividade do juiz da fiscalização para fazer retirar, de imediato, quaisquer propagandas irregulares em bens públicos, independente de anterior ou posterior representação, pois há de se manter a ordem pública, permitindo-se a manutenção dos serviços públicos, o direito de ir e vir das pessoas e impedindo depredação dos bens.

A atuação da fiscalização nos bens públicos e equiparados deve ser rígida e imediata, por conta dos bens jurídicos que podem ser atingidos até mesmo fora da esfera eleitoral. Veja-se que, embora a utilização de placas móveis, cavaletes, bonecos, bandeiras, etc, seja permitida no passeio público⁸, esta não pode dificultar o bom andamento de pessoas e veículos.

Por vezes, a disputa por um bom ponto pode implicar que vários candidatos acabem por apor suas propagandas de forma a dificultar ou mesmo impedir o direito de ir e vir dos cidadãos. Cavaletes cada vez maiores vêm sendo utilizados pelos candidatos na busca de maior visibilidade pelo público, mas não raro a força do vento é mais forte que a pessoa a segurar o objeto e os carrega para o meio das vias e causa acidentes que implicam em danos a terceiros. A fiscalização eleitoral nessas hipóteses deve ser ativa e imponente, para ser vista e ser respeitada.

Cabe fazer breve ressalva quanto à utilização das dependências do Poder Legislativo. Essa será regulada a critério da Mesa Diretora de cada Casa Legislativa, na forma do §3º do art. 37 da Lei n. 9.504/97, permitir ou não a propaganda dentro de suas dependências. A proibição ou permissão fica, então, dependente de norma interna.

Diferente visão deve ser dada, entretanto, no tocante à propaganda eleitoral feita em bens particulares. A lei das eleições⁹ prevê como regra ser permitida a propaganda posta em bens particulares e vai mais além ao deixar expresso que a veiculação independe de obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral.

Nesse tipo de propaganda é que há grande parte das divergências no tocante à interpretação das normas. A título de exemplo, temos a questão do tamanho máximo permitido para a propaganda eleitoral. Havia tão somente entendimento jurisprudencial de que o tamanho máximo seria de 04m² (quatro metros quadrados). O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), então, passou a incluir essas proporções às suas resoluções. O legislador, anos após, tornou esse tamanho um critério objetivo fixado em lei. Mas o problema não se resolveu.

8 Art.37, §5º, Lei n. 9.5104/97

9 Art. 37, §2º da Lei n. 9.504/97

Alguns candidatos, em evidente abuso de direito, passaram a produzir placas com metragem inferior à prevista na lei, mas colocando-as em conjunto, para alcançar maior efeito visual. Os Tribunais Regionais Eleitorais, assim como o TSE, passaram a entender que a formação desses mosaicos seria violação da limitação, sempre que tiverem efeito visual de *outdoor*.

Ocorre que, embora haja um requisito objetivo relacionado ao tamanho, o grau de subjetivismo das decisões é extremamente alto. O efeito visual atingido pelas placas pode ser analisado de diversas formas. Fica a questão de o que, efetivamente, é vedado. O candidato, por vezes, promove a colocação da placa de boa-fé, entendendo que está agindo conforme a norma, mas acaba por ser notificado e/ou punido em razão da colocação de sua propaganda.

Não se pode, ainda, esquecer que várias propagandas são, licitamente, distribuídas para os eleitores exercerem seu direito à manifestação de suas convicções políticas. Problema ocorre quando dois eleitores, moradores de um mesmo edifício apõem em suas janelas a propaganda de apoio ao seu candidato preferido. Os Tribunais Regionais vêm entendendo que, dado o efeito visual, devem ser somadas as dimensões para fins de análise do requisito objetivo legal.

Parece, entretanto, equivocada a posição. Cada eleitor tem seu direito individual de manifestar sua posição política. Trata-se de norma que visa a tipificar uma irregularidade e impor uma punição. Somente por este fato, já se deve ter em mente que a interpretação extensiva não é a adequada porque se está diante de uma norma repressiva.

Não é compatível com Estado democrático de Direito, alcançado a duras penas em nosso país, a extensão do alcance de normas que impõem restrições e penalidades que podem chegar a inviabilizar campanhas, em especial de candidatos pequenos, que procuram representar a população de suas regiões, em geral as mais pobres.

A expressão “mesmo local”, comumente utilizada na jurisprudência merece ser lida com parcimônia, de forma a entender que signifique “cada unidade imobiliária autônoma”, para permitir que cada eleitor possa apresentar à sociedade a sua opção política.

Não se busca, aqui, entender lícita a elaboração de mosaicos, que visam burlar a proibição de *outdoor*¹⁰. O que se pretende é afirmar que não há como se vedar ao eleitor a colocação de placas de seu candidato predileto porque seu vizinho, anteriormente, já colocou.

A atividade do Juiz da Fiscalização deve ser um tanto quanto restrita nessas hipóteses, uma vez que além das normas eleitorais estão em apreço também o direito à propriedade de cada indivíduo e o direito à livre manifestação.

Ademais, as propagandas colocadas em bens particulares não necessariamente estão sob o controle do candidato. A ele é vedado o ingresso nas propriedades sem que haja a autorização do proprietário ou possuidor. É possível e até mesmo fácil de se supor que um partidário de determinado candidato coloque uma propaganda irregular do inimigo político com tamanho superior ao permitido justamente com o fito de se alcançar a degradação da imagem perante o público em virtude da atuação da fiscalização eleitoral.

Diante desse tipo de acontecimento, adveio orientação jurisprudencial, capitaneada pela corte do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de que faz-se necessária a comprovação do prévio conhecimento do candidato para responsabilizá-lo. Deu-se um ar de responsabilidade subjetiva com relação à propaganda irregular.

O entendimento da corte fluminense acabou por ser seguido e positivado com a minirreforma de 2009 que acrescentou o art. 40-B à Lei das Eleições, que prevê que a responsabilidade do candidato ficará demonstrada se, após intimado da existência da irregularidade não providenciar a retirada ou regularização.

A redação do dispositivo supracitado torna evidente que o juiz da fiscalização não deve, de imediato, retirar a propaganda irregular através de seus agentes, mas sim notificar o candidato sobre a irregularidade, sob pena de não se conseguir responsabilizá-lo.

E pode-se ir além. Como a lei expressamente prevê um procedimento a ser seguido, a

10 Embora a Lei nº. 9.504/97 tivesse previsto a propaganda por “outdoor” em seu art. 42, o dispositivo foi revogado pela minirreforma ocorrida em 2006, pela lei n. 11.300/06, com visis a reduzir o impacto visual da imagem de candidatos com maior poder aquisitivo.

retirada ou destruição da propaganda, sem observância dos procedimentos legalmente previstos, será ato ilícito. Tal é a importância desse ilícito de impedir a manifestação em propaganda que o Código Eleitoral prevê tipos penais que objetivam tutelar a proteção à propaganda permitida. Afirma-se, aqui, que o ato de retirada da propaganda irregular em bens particulares, sem prévia notificação, importa em o autor do ato e aquele que o determinou ficarem sujeitos à responsabilização pelos tipos penais dos art. 331 e 332 do Código Eleitoral¹¹, conforme o caso.

Cautela é, portanto, absolutamente necessária ao fiscal quando da verificação de ocorrência de irregularidades nas propagandas.

3.2.2 PROPAGANDA PELOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO EM MASSA

Os meios de comunicação em massa devem ser tratados de forma especial no que tange à fiscalização eleitoral pois são os de maior efetividade para as finalidades tanto lícitas quanto ilícitas.

De uma primeira perspectiva, tem-se que a utilização desses meios é a mais eficiente em se divulgar uma ideia que o contato direto pois não necessita da presença física do candidato para cada um dos eleitores. Por outro lado, é de se ressaltar que alguns dos meios de comunicação são de apenas uma via, ou seja, a informação é apenas jogada ao público, que pouco ou nada pode fazer para questionar ou debater ideias.

A utilização dos meios de comunicação em massa é essencial para a distribuição da plataforma dos candidatos, mas também pode servir a fins escusos. Sem a devida contra-argumentação, deixa de ser um debate político para apenas uma difusão de ideias, muitas vezes falaciosas, que podem seduzir os eleitores, principalmente os de origem mais humilde, que, normalmente, possuem pouca escolaridade.

¹¹ Art. 331. Inutilizar, alterar ou perturbar meio de propaganda devidamente empregado:

Pena - detenção até seis meses ou pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Art. 332. Impedir o exercício de propaganda:

Pena - detenção até seis meses e pagamento de 30 a 60 dias-multa.

Com o advento da internet, novas questões surgiram e devem ser apreciadas, em contraposição com os meios de comunicação em massa convencionais.

3.2.2.1 PROPAGANDA NA IMPRENSA

A propaganda na imprensa é regulada pelo art. 43 da lei nº 9.504/97 e é permitida até a antevéspera das eleições e limitada a dez anúncios por veículo, em datas diversas, por candidato, no espaço máximo de um oitavo de página de jornal padrão e de um quarto de página de revista ou tabloide. Nesse aspecto, os critérios são definidos de forma bastante objetiva, o que confere ao juiz da fiscalização uma maior certeza no seu atuar, de maneira a poder determinar, de ofício e de imediato, o recolhimento do material em desacordo, com base em seu Poder de Polícia.

Em relação à consequência destinada pelo legislador para o descumprimento das normas traçadas, existe previsão de multa, de R\$1.000,00 (um mil reais) até R\$10.000,00 (dez mil reais). Em uma primeira leitura, parece tímida a penalidade para violações que podem alcançar um número de pessoas grande e indeterminado. Por conta disso, o legislador previu a possibilidade de aplicação de multa no valor da propaganda, que poderá ser em muito superior ao da multa legalmente prevista.

O baixo valor da multa poderia ser alvo de críticas, pelo fato de, por si só, não ser meio suficiente para coibir a prática da conduta não permitida em lei por candidatos que detenham muito capital a sua disposição. Todavia, quando há suspeitas de que o agente se utilizou desse seu poder econômico de forma abusiva, é possível a instauração de uma Ação de Investigação Judicial que vise a apuração por abuso do poder econômico que, caso julgada procedente, implicará na inelegibilidade do candidato, na forma do art. 1º, I, “d” da Lei Complementar n. 64/90.

Repare-se que não há ocorrência de *bis in idem* pois, embora possa parecer uma dupla punição pelo mesmo ato de efetuar propaganda irregular, tem-se que, na verdade, há dois fatos

diversos: a propaganda irregular e o abuso de poder econômico.

Há, ainda, que se tecer breve comentário sobre eventual utilização da propaganda veiculada pela imprensa que seja ofensiva a terceiros. A Lei das Eleições¹² estabelece que, a partir da escolha dos candidatos em convenções, é assegurado o direito de resposta, a ser exercido pelo ofendido ou seu representante legal.

O direito de resposta surge quando é veiculada propaganda, seja por candidato ou partido, que por qualquer meio, ainda que indireto, projete uma noção caluniosa, difamatória ou injuriosa ao ofendido ou que divulgue fatos sabidamente inverídicos.

As hipóteses que versam sobre o cabimento do direito de resposta que tratam de ofensa à honra e a dignidade de outras são uma tentativa do legislador de evitar os ataques pessoais que em nada ajudam ao eleitorado na escolha da plataforma política que querem seguir. Os eleitores são mantidos alienados do processo político verdadeiramente democrático, sendo conduzidos a votar em determinados candidatos porque são melhores pessoas que outros, ainda que o eleitor tenha posicionamento político de orientação completamente dissonante daquele candidato que acaba por passar a melhor imagem. Nessas hipóteses, a legitimidade é exclusiva de quem se sinta ofendido, sendo descabida, salvo melhor juízo, a atuação da justiça eleitoral de ofício, por não se tratar de matéria sujeita ao poder de polícia.

Em relação à segunda hipótese, de divulgação de fatos sabidamente inverídicos, a lei não estabelece qualquer diferença quanto aos legitimados para a atuação. Entretanto, dado o efeito que um meio de comunicação em massa pode ter sobre o eleitorado, deve ser conferido ao Ministério Público a legitimidade para atuar e evitar a divulgação de material inverídico que possa causar mal estar social, por ofender a própria democracia, em si.

Entretanto, mais uma vez, não caberá, ao magistrado atuar de ofício, sob o argumento de exercício de poder de polícia. Cabe ao magistrado o procedimento previsto em lei para determinar que o suposto ofensor ofereça sua resposta em vinte e quatro horas e determinar, quando for o caso,

12 Art. 58 da Lei n. 9.504/97

a publicação da resposta oferecida pelo ofensor já na inicial, no mesmo veículo da imprensa, nas mesmas condições nas quais foi publicada a propaganda ofensora.

3.2.2.2 PROPAGANDA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO

A propaganda no rádio é regulada em conjunto com a feita pelo meio televisivo, a partir do art. 44 da Lei n. 9.504/97, e possui uma série de regras específicas delimitadoras da atividade.

Antes de mais nada, é necessário que se tenha em mente que a difusão de informações por rádio ou televisão depende de concessão pública. Disso surgem duas considerações importantes a serem assinaladas.

A primeira se refere ao fato de que, como concessionárias de serviços públicos, devem atender ao interesse público, de forma a que veiculem as propagandas na forma determinada pela lei, sem possibilidade de ingerência, cobrança ou influência sobre o conteúdo a ser veiculado. Dai se justifica a existência do horário eleitoral gratuito e das diversas propaganda partidárias veiculadas.

É extremamente importante que os meios de comunicação em massa tenham a liberdade de se expressar, mas não podem impedir que os candidatos defendam suas posições por serem contrários aos interesses das emissoras.

O segundo ponto a ser assinalado se refere justamente à influência política que pode ser exercida, especialmente por aqueles que se encontram investidos de cargos públicos, pois, como as emissoras de rádio e televisão são concessionárias de serviços públicos, poderiam se sentir pressionadas a adotar determinadas posições políticas para evitar retaliações que poderiam chegar à perda da concessão.

A propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV é deveras importante para impedir que determinadas influências políticas gerem consequências indesejáveis na exposição de ideias por

aqueles que não estão no poder. Por conta disso, é proibida a propaganda nesses meios de comunicação fora do âmbito da propaganda gratuita (art. 44 da Lei das Eleições).

No que tange aos debates, há de se fazer pequena ressalva em relação à busca da igualdade entre os candidatos. Só é necessário que sejam os debates feitos entre candidatos de partidos com representação na Câmara dos Deputados. Evidente que o art. 46 da Lei n. 9.504/97 deu tratamento desigual aos candidatos. Entretanto, a lei visou a tornar possível os debates coerentes e organizados, sem delongas desnecessárias causadas por candidato de partido inexpressivo perante a população. Tratou-se de uma ponderação entre o princípio da igualdade entre candidatos com a necessidade de tornar o debate político mais factível. Um debate contendo excessivos personagens certamente impediria a todos de expor suas ideias de maneira coerente e suficiente para o público.

Fora da realidade dos grandes centros, a divulgação das mensagens dos candidatos ao público pelos meios de comunicação em massa é historicamente mais complicada porque vários pequenos municípios não possuem emissoras próprias. Até a edição da Lei n. 12.034/09, era complexo e dificultoso para os candidatos a cargos no interior se manifestarem, especialmente na TV.

No procedimento anterior, os candidatos deviam conseguir junto aos órgãos regionais de direção da maioria dos partidos participantes do pleito um requerimento à Justiça Eleitoral para que fosse reservado 10% (dez por cento) do tempo destinado à propaganda gratuita. Os interesses políticos acabavam por se sobrepor, pois não era interessante para os órgãos regionais perder tempo de propaganda de massa com candidatos que alcançariam cargos de expressão diminuta, se comparado àqueles que buscam cargos importantes nos grandes centros.

Atualmente, a veiculação da propaganda eleitoral municipal pode ser feita através de pedido elaborado diretamente à Justiça Eleitoral, na forma da atual redação do art. 48 da Lei n. 9.504/97, nas localidades em que seja operacionalmente viável realizar a transmissão.

Zílio¹³ aponta interessante aspecto sobre a utilização desse tempo no Rádio e na TV. Afirma

13 ZÍLIO, op. cit., p.339.

o autor que o partido ou coligação não pode utilizar o tempo para fim diverso do qual se destina, ou seja, não pode utilizar o tempo a que tem direito para promover outro candidato que interesse mais ao partido ou coligação, porque estaria, em verdade, ferindo a isonomia entre os candidatos.

Inexistir qualquer sanção específica para esse ato, devendo ser eventual ação proposta por prejudicado, sendo descabida a atuação do Juiz Eleitoral de ofício, sob pena de se configurar uma verdadeira censura prévia.

Em relação ao conteúdo da propaganda, há vedação expressa de qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais no *caput* do artigo 53 da Lei das Eleições. Contudo, os demais parágrafos do referido dispositivo legal impõem vedações à propaganda que veicule informações que degradem ou ridicularizem candidatos, sujeitando-os à perda do direito de veicular sua propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte.

No Brasil, a sátira às pessoas com maior visibilidade é objeto recorrente no meio artístico. Afinal, é uma forma de se unir a produção de arte com as críticas sociais, culturais e políticas do povo. Inúmeras são as vantagens em se incluir essas formas de distribuição do pensamento no meio artístico, que se expressa de uma forma fora dos padrões de seriedade, mas incitam o pensamento crítico na população em geral.

Veja-se que, antes da Constituição Cidadã de 1988, havia séria repressão contra essa forma de pensamento, de forma a que o constituinte originário fez constar dentre o rol dos direitos e garantias fundamentais a livre expressão da atividade intelectual e artística, independente de censura ou licença, no art. 5º, IX da Carta Política.

Há um evidente contraponto a ser ponderado entre o direito de manifestação do meio artístico e as regras das eleições. É nobre a posição do legislador em desejar que as eleições sejam limpas, sem agressões verbais que não passam de argumentos falaciosos *ad hominem*. Entretanto, há de se ter em mente que a população é livre para escolher seu candidato de acordo com sua convicção interna.

Se eventual argumento é degradante, há de se verificar se a informação é um abuso cometido pelo candidato que se opõe ou mera informação repassada ao público que torne o candidato supostamente ofendido menos apto ao exercício do cargo perante o público. Daí exsurge a necessidade de uma atuação jurisdicional e não meramente administrativa.

O Juiz da Fiscalização eleitoral não deve atuar de ofício para coibir a prática de conduta ofensiva seja na propaganda eleitoral gratuita seja em relação à menção de nomes, sátiras ou quaisquer outros meios de produção artística e cultural. Cabe a eventual interessado, na forma definida em lei, buscar seu direito de resposta ou mesmo as sanções penais cabíveis, junto ao Poder Judiciário, que poderá atuar não como fiscal, mas como Estado-Juiz, determinando o que for de Direito.

Sempre há de se ter em mente que a interpretação das regras contidas na legislação devem ser lidas à luz do princípio que guiou a construção da norma e que, eventual conflito da regra com outro princípio deve ser resolvida através da ponderação entre os princípios e não apenas com a aplicação da regra de forma cega e inconsequente.

No caso da atuação do juiz eleitoral como fiscal, surge a especial importância de se ponderar sua atuação com os princípios norteadores do Direito, em especial no que tange à proteção oriunda do devido processo legal. Não pode o magistrado esquecer-se de que figura ocupa no momento do seu atuar.

3.4.3. PROPAGANDA NA INTERNET

Em relação às propagandas feitas pela internet, temos que a atual regulamentação das publicações feitas por este meio veio com o advento da lei 12.034/09 para as eleições de 2010. O art. 57-B da lei das eleições enumera praticamente todas as formas atualmente disponíveis para veiculação de informações na rede mundial de computadores como hipótese de propaganda lícita. É

de se entender, portanto, que a regra é a liberdade na utilização desse meio.

Contudo, nos artigos seguintes, são estabelecidas normas restritivas que visam a coibir o abuso do direito em moldes semelhantes às demais formas de propaganda, ou seja, evitando a utilização exacerbada de poder econômico, o uso indevido de cargo público que eventualmente ocupe, a veiculação de informações falsas, etc.

O maior problema no tocante à regulamentação da propaganda eleitoral na internet é o contraponto entre a rápida evolução da tecnologia e a forma como o legislador vem optando por regulamentar seu uso.

A legislação pátria tenta enumerar especificamente as formas pelas quais será possível a divulgação da propaganda. Entretanto, com essa maneira de legislar, exige-se constante modificação das normas e uma insegurança jurídica patente, na medida em que o planejamento para as eleições é feito com uma antecedência tal que, muitas vezes, antecede à alteração legislativa. Por vezes, o hiato deixado na normatização acaba por forçar o Tribunal Superior Eleitoral a editar resoluções que tratam da matéria, criando deveres e impondo restrições, o que seria, em tese, vedado a essa espécie normativa inovar no ordenamento jurídico pátrio¹⁴.

Para o pleito de 2008, foi editada a Resolução TSE n. 22.718, que continha apenas dois artigos no capítulo destinado à propaganda feita pela internet. A redação era bastante restritiva, impondo como regra a proibição da propaganda eleitoral fora dos domínios “*.can”, criados exclusivamente para a utilização em campanha. Já nas eleições de 2010, vigiu a Resolução n. 23.191, bem mais ampla, porém praticamente uma cópia do disposto na Lei n. 9.504/97, com a nova redação dada pela minirreforma eleitoral de 2009.

A diferença entre as normas é contrastante, na medida em que se abriu um leque de possibilidades para atuação política pelos meios virtuais. Permitiu-se que os candidatos passassem a utilizar virtualmente qualquer meio gratuito para a divulgação de suas ideias. O art. 20, IV da Resolução n. 23.191 do TSE apresentou um rol meramente exemplificativo, que se mostra mais

14 Art. 5º, II, CRFB/88. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

adequado à constante evolução da tecnologia.

No que toca à atuação do Juiz da Fiscalização eleitoral, no exercício de seu poder de polícia, há de se verificar o conteúdo da norma contida no art. 57-I da Lei das Eleições:

Art. 57 – I A requerimento de candidato, partido ou coligação, observado o rito previsto no art. 96, a Justiça Eleitoral poderá determinar a suspensão, por vinte e quatro horas, do acesso a todo conteúdo informativo dos sítios de internet que deixarem de cumprir as disposições desta lei. (Incluído pela Lei n. 12.034 de 2009)

Dessa norma pode se extrair que há um rito a ser seguido para que seja determinada a suspensão do acesso ao conteúdo produzido pela internet. Sob outro prisma, verifica-se que o dispositivo legal atribuiu legitimidade para questionar as ilegalidades apenas àqueles que são diretamente prejudicados no pleito eleitoral, ou seja, candidatos, partidos ou coligações.

Parece correto, portanto, afirmar que a norma impõe reserva de jurisdição para o combate às ilegalidades, o que torna impossível a atuação administrativa de ofício do juiz eleitoral para coibir as práticas ilegais existentes na internet.

4. O MANDADO DE BUSCA, APREENSÃO E ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES DECRETADO DE OFÍCIO

Durante o pleito eleitoral ocorrido em 2010, foi muito utilizado pelo Juiz da fiscalização do município do Rio de Janeiro o instrumento nominado Mandado de Busca, Apreensão e Encerramento de Atividades.

O Mandado de Busca e Apreensão é medida jurisdicional, ou seja, exclusiva do membro do Poder Judiciário, no exercício da função judicante, para determinar que seja recolhido determinado bem. Para que o Juiz Eleitoral se utilize desse instrumento, é essencial que esteja imbuído da função judicante, não podendo fazê-lo de ofício sob o pretexto de estar no exercício do poder de polícia que a lei o atribui.

Como anteriormente visto, o Juiz Eleitoral pode se utilizar do poder de polícia para coibir a prática de alguns atos ilícitos praticados por candidatos ou partidários que possam ferir algum dos

princípios que norteiam o processo eleitoral, mas o magistrado deve saber separar quando está no exercício da função administrativa e quando está na função judicante.

Veja-se que o enunciado sumular nº 18 do TSE coíbe, expressamente, que o juiz eleitoral instaure, de ofício, procedimento que tenha por finalidade a aplicação de multa por veiculação de propaganda eleitoral irregular. O atuar do magistrado como julgador deve se dar de forma separada da atuação como fiscal.

O Mandado de Busca e Apreensão é, como já dito, um instrumento da jurisdição e não da pessoa que ocupa o cargo de juiz. É, portanto, ilícita a utilização desse instrumento para efetivar qualquer atividade fundada no poder de polícia.

Ocorre que os magistrados, em especial no estado do Rio de Janeiro, vêm se utilizando desse instrumento para encerrar atividades onde entendem que está sendo praticada alguma conduta ilícita. Não parece correta, entretanto, a utilização desse instrumento.

Veja-se que no caso específico dos mandados de busca, apreensão e encerramento de atividades expedidos pela autoridade em procedimentos instaurados de ofícios, certamente há uma sanção ao particular, que terá seu estabelecimento, seja comercial ou não, impedido de continuar as suas normais atividades, o que, certamente, causa prejuízos.

Chamou a atenção, no pleito de 2010, a enorme quantidade de centros sociais fechados mediante a utilização desse instrumento. É notoriamente sabido que a grande maioria dos centros sociais existentes em nosso país existe para suprir a carência da incompetência estatal para suprir serviços básicos, em especial no que tange à saúde. Por anos, a população pobre das localidades acaba por votar naqueles que estão à frente desses centros sociais porque os conhecem e confiam.

O entendimento de alguns membros que compunham a coordenação de fiscalização é de que a simples existência de centro social vinculado a candidato era socialmente nefasto, pois afetaria de maneira abusiva o pleito eleitoral. De fato, após a minirreforma eleitoral ocorrida em 2009, os centros sociais não mais podiam ser vinculados nominalmente aos candidatos, mas a

questão a ser abordada é: Esse é o meio correto para se proceder?

O fechamento de centros sociais acarreta um prejuízo imensurável. São tratamentos interrompidos e um incontável número de voluntários que acaba por abandonar a boa ação que já estavam acostumados a praticar.

A análise da atuação de políticos em centros sociais, por exigir uma abordagem não apenas legal, mas também principiológica, ética e filosófica merece um estudo próprio ao qual este trabalho não se destina. Ressalte-se, apenas, que durante boa parte da história do Brasil, a saúde pública era operada, basicamente, através da caridade, em especial por organizações religiosas que ainda detêm grande expressão política.

O que se busca nesse trabalho é apontar que o encerramento das atividades é medida por deveras gravosa, o que implica em necessidade de um pronunciamento judicial a respeito, sendo impossível a mera atuação de ofício do fiscal. Lembre-se que o Juiz, enquanto no exercício do Poder de Polícia funciona como um fiscal e não como julgador.

No exercício do Poder de Polícia, o Juiz não pode restringir o patrimônio ou a atividade dos particulares, principalmente daqueles que ainda não buscam algum mandato eletivo. Em verdade, trata-se de afronta ao artigo 5º, LIV da CRFB/88, porque priva os cidadãos de seus bens sem que haja um devido processo legal, sem que haja qualquer direito prévio à defesa.

O mesmo raciocínio pode ser também extraído da ADI 1668-MC, que suspendeu a norma contida no art. 19, XV da Lei nº. 9.472/98, que deferia o poder à ANATEL para, no uso do poder de polícia, realizar buscas e apreensões. No voto condutor, o Min. Marco Aurélio bem disse que

A rigor, o que se tem, na espécie, é o exercício, pela Administração Pública, de maneira direta, a alcançar patrimônio privado, de direito inerente à atividade que exerce. Se de um lado à Agência cabe a fiscalização da prestação dos serviços, de outro não se pode compreender, nela, a realização de busca e apreensão de bens de terceiros. A legitimidade diz respeito à provocação mediante o processo próprio, buscando-se alcançar, no Âmbito do Judiciário, a ordem para que ocorra o ato de constrição, que é o de apreensão de bens. O dispositivo acaba por criar, no campo da administração, figura que, em face das repercussões pertinentes, há de ser sopesada por órgão independente e, portanto, pelo Estado-juiz.

Dessa forma, há de se concluir que inconstitucional a utilização do Mandado de Busca, Apreensão e Encerramento de atividades por ofender o artigo 5º, LIV, da CRFB/88.

5. CONCLUSÃO

Como visto, várias são as questões atinentes à fiscalização da propaganda eleitoral pelo juiz eleitoral diante de seu poder-dever de exercer o poder de polícia. Trata-se de um poder-dever eminentemente atípico exercido por membro do Poder Judiciário que ele atribuído em razão da menor influência que pode sofrer dos demais poderes.

Em que pese ser o magistrado normalmente isento de interesses político-partidários, a CRFB/88, a legislação infraconstitucional e até mesmo resoluções do Tribunal Superior Eleitoral restringem a atuação do magistrado como fiscal das condutas vedadas nas eleições.

Diante da argumentação esposada, há de se concluir que os limites da atuação do poder de polícia do juiz eleitoral são os derivados de vedações normativas e do próprio instituto, devendo ser absolutamente afastada a atuação atípica como fiscal da atividade típica do magistrado, qual seja o exercício da jurisdição.

6. REFERÊNCIAS

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. *O Poder de polícia do magistrado na propaganda eleitoral e uma releitura da súmula 18 do Tribunal Superior eleitoral*. Disponível em <<http://www.trepi.gov.br/novo/eleicoes2010/arquivos/ArtigoLucianaCostaAglantzakis.pdf>> Acesso em 15 mai. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03

mar. 2011.

_____. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 03 mar. 2011

_____. Código Eleitoral. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737compilado.htm>. Acesso em 03 mar. 2011.

_____. Resolução TSE n. 22.718, de 28 de fevereiro de 2008.
<<http://www.tse.gov.br/internet/eleicoes/2008/pdf/r22718.pdf>> Acesso em 03 mar. 2011.

_____. Resolução TSE n. 23.191, de 16 de dezembro de 2009. Disponível em
<http://www.tse.gov.br/internet/eleicoes/normas_2010/arquivos/Original/23191.pdf> Acesso em 03
mar. 2011.

CÂNDIDO, Joel José. Direito eleitoral brasileiro. 12. ed. São Paulo: Edipro, 2006

DI PIETRO, Maria Sylvia Zannella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTIÇA ELEITORAL EM DEBATE, Rio de Janeiro: TRE-RJ, ano 1, n.1, mai./jul. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Direito eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais*. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.