

A Liberdade de Expressão e a Propaganda Eleitoral Ilícita

GERALDO BRINDEIRO

Subprocurador-Geral da República e Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Doutor em Direito pela Universidade de Yale (EUA) e Professor de Direito Constitucional da Universidade de Brasília

A liberdade de expressão constitui um dos valores mais preciosos do regime democrático. Não é sem razão que já após a Revolução Francesa, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no seu art. 11 dizia: "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme". No entanto, no seu art. 10, tal declaração já permitia, mesmo à época, verificar que não se tratava de uma liberdade absoluta. O Parlamento pode e deve estabelecer os limites do exercício de tal liberdade quando o exige a ordem pública.

Como diz JEAN RIVERO sobre a matéria:

"Enfin, le droit, selon la formule de l'article 10 de la Déclaration de 1789 — 'pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi' — édicte les limites qu'exige 'l'ordre public', et en sanctionne les dépassements.

Dans le tracé de ces limites, la tentation est grande, pour les détenteurs du pouvoir, de reculer les bornes du nécessaire, soit au profit de leur propre idéologie, soit par une exacerbation du souci du maintien de l'ordre. Il reste que les principes libéraux qui dominent le droit positif ne peuvent être mis en doute, et que, si la pratique gouvernementale s'en écarte souvent, ils fournissent la référence qui permet de la condamner." (*Les Libertés Publiques*, Presses Universitaires de France, 1977, p. 143.)

Ainda na França, admitia Sieyès ter a liberdade de expressão a mesma natureza das outras liberdades. "Ela vem do direito natural e a lei nada mais faz que protegê-la, mas não a cria. Traçar os limites e punir se eles

forem ultrapassados, caracterizar os delitos, regular as penas, atender aos acusados, determinar a instrução e julgamento, eis a missão do legislador" (Apud Joseph Barthélemy et Paul Duez, *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 204; e Darcy Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa*, Vol. I, RT. S. Paulo, 1969, p. 31).

Por outro lado, a tradição da Primeira Emenda à Constituição Americana de 1787, que trata da liberdade de expressão, é uma das que mais tem procurado preservar a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por considerá-la um dos baluartes do regime democrático. A Primeira Emenda à Constituição Americana, datada de 1791, quanto à liberdade de expressão, estabelece: "Congress shall make no law . . . abridging the freedom of speech, or of the press. . .". No entanto, é a própria Suprema Corte que reconhece, já em 1919, no julgamento do caso *Schenck v. United States*, não ser absoluta tal liberdade, comportando seu exercício limites estabelecidos pelo Congresso em função da ordem pública ameaçada por *clear and present danger* (perigo evidente e atual). Naquele caso, tísse o Justice Holmes que escreveu a opinião para a Corte:

"The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. . .".

Desde então, a Suprema Corte dos Estados Unidos, como bem noticiam Bernard Schwartz (in *Direito Constitucional Americano*, Forense Rio, trad. de Carlos Nayfeld, 1966, pp. 169 e segs.), Lêda Boechat Rodrigues (in *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Forense, Rio, 1958, pp. 268/288) e Gerald Gunther (in *Constitutional Law, Cases and Materials*. The Foundation Press, Inc., New York, 1980, pp. 1326/1545), tem adotado o critério do "perigo evidente e atual" para a ordem pública, cabendo ao Poder Judiciário, como guardião da Constituição, verificar em cada caso se o Congresso extrapolou os seus poderes de legislar sobre a matéria.

Vale a pena mencionar ainda dois outros casos decididos pela Suprema Corte Americana sobre o assunto, quando a regra do *clear and present danger* foi explicada ainda com maior clareza.

Em *Pennekamp v. Florida* (1945), disse o Justice Frankfurter:

"A regra do 'perigo evidente e atual' nunca foi usada pelo Juiz Holmes a fim de expressar uma doutrina legal técnica ou de fornecer uma fórmula para o julgamento. Era uma frase literária, que não devia ser torcida, tirando-se-a do seu contexto. Ao ser expressa, serviu não só para indicar a importância da liberdade de palavra para uma sociedade livre, como para mostrar que o seu exercício deve ser compatível com a preservação de outras liberdades essenciais à democracia e garantidas pela

nossa Constituição. Quando esses outros atributos de uma democracia são ameaçados pelo uso da palavra, não nega a Constituição aos Estados o poder de restringi-la." (Lêda Boechat Rodrigues, op. cit., p. 270.)

E, em *Terminiello v. Chicago* (1949), disse o Justice Jackson:

"Não se trata de escolher entre a ordem e a liberdade, e sim entre a liberdade com ordem e a anarquia sem ambas. Se esta Corte não temperar sua lógica doutrinária com um pouco de sabedoria prática, corremos o risco de converter a Declaração de Direitos num pacto suicida." (Lêda Boechat Rodrigues, op. cit., p. 278.)

O Colendo Supremo Tribunal Federal tem também admitido que a liberdade de expressão, garantida pela Constituição, tem, como toda liberdade, limites que visam a assegurar a liberdade de todos e a manutenção da ordem pública (vide e. g., ACR n.º 1.509, Acórdão de 4-6-1954). Na mesma linha doutrinária tem atuado com eficácia o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral.

Não se trata, pois — como disse a Suprema Corte Americana —, de escolher entre a ordem e a liberdade, e sim entre a liberdade com a ordem e a anarquia sem ambas. Se não se temperar a lógica doutrinária relativa à liberdade de expressão com um pouco de sabedoria prática, corre-se o risco de convertê-la num pacto suicida. Cumpre citar George Burdeau quando qualifica a liberdade de expressão como liberdade instrumental ou *liberdade-participação*, que visa a assegurar a todos outras liberdades essenciais, devendo, portanto, ser submetida a técnicas de limitação pelo legislador para evitar o seu abuso (*in Traité de Science Politique*, t. V, 1953, p. 11).

Não há, assim, a nosso ver, como admitir, segundo pretendem certos setores da política nacional, a inconstitucionalidade do art. 242 do Código Eleitoral e do art. 1.º, § 1.º, da Res. TSE n.º 16.402/90, quando visam a evitar o emprego na propaganda eleitoral de "meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais emocionais ou passionais". O objetivo da propaganda eleitoral gratuita é permitir aos Partidos Políticos e aos candidatos apresentar suas idéias, programas e projetos de governo (Constituição Federal, art. 17, § 3.º). O art. 243 do Código Eleitoral, numa lista não exaustiva, menciona expressamente inúmeras hipóteses em que a propaganda, por ferir a ordem pública, não pode ser tolerada. Além disso, o art. 220, § 1.º, da Constituição Federal, admite que a liberdade de expressão deve ser exercida também com observância do disposto no art. 5.º, inciso X, quanto à inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas. E sobre a produção e programação das emissoras de rádio e televisão, estabelece ainda o art. 221, inciso IV, da Constituição Federal, o princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

É evidente que existe uma distinção entre a vida pública e a vida privada dos cidadãos e dos candidatos. A crítica política dirigida à Administração governamental ou à atuação de candidato como homem público não somente é legal mas é também salutar para a vida democrática. E tem sido inteiramente aceita pelo Ministério Público e admitida pela Justiça Eleitoral. Tal crítica, no entanto, não se confunde com ofensas à honra pessoal de candidatos, caracterizando injúria, difamação ou calúnia. Nestes casos, a Justiça Eleitoral deve exercer o poder de polícia que lhe é inerente em benefício da ordem pública (Código Eleitoral, art. 249; Res. TSE n.º 16.402/90, art. 14). E se já foi concedido direito de resposta ao ofendido — tratando-se, portanto, de hipótese de reincidência do ofensor — não mais há falar de censura prévia, vedada pela Constituição (CF, arts. 5.º, IX, e 220, § 2.º). Não é possível permitir a utilização ilícita da propaganda eleitoral gratuita de forma contínua e sem possibilidade de coibição das ilegalidades.

Compete, pois, ao Poder Judiciário, devidamente provocado pelo Ministério Público Eleitoral ou pelos candidatos e Partidos Políticos, verificar os abusos cometidos na propaganda eleitoral gratuita e coibi-los. Os ânimos dos candidatos muitas vezes estão exaltados durante a campanha eleitoral, trazendo riscos para a manutenção da ordem pública e o seu controle com conseqüências imprevisíveis. É fácil imaginar como o nível da propaganda eleitoral gratuita seria ainda mais baixo caso não pudesse o Poder Judiciário disciplinar o exercício da liberdade de expressão, em função da ordem pública, dentro dos limites regulares do *police power*.

Não nos parece ainda possível deixar de considerar propaganda eleitoral ilícita pelo rádio e televisão a apresentação de programas por candidatos a cargos eletivos. Na hipótese, haveria, a nosso ver, nos termos do art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90 “a utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de Partido Político”. E a única propaganda eleitoral no rádio e televisão permitida por lei é a do horário gratuito (Lei n.º 6.091/74, art. 12; Res. TSE n.º 16.402/90, arts. 1.º, §§ 1.º e 4.º, e 21).

Não se trata de impedir o exercício da profissão dos profissionais de rádio e televisão, que podem continuar a exercer atividades outras próprias de sua profissão desde que não caracterizem violação da legislação eleitoral. Trata-se do afastamento da apresentação de programas de rádio e televisão dos candidatos a cargos eletivos, já registrados, apenas durante o período destinado à realização da propaganda eleitoral gratuita. Note-se que o art. 1.º, II, c, da Lei Complementar n.º 64/90, vetado pelo Presidente da República, incluía tais profissionais entre os casos de inelegibilidades, o que seria algo bem mais grave.

O Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, aliás, na Resolução n.º 12.384, de 22 de outubro de 1985, de que foi Relator o Eminentíssimo Ministro CARLOS VELLOSO, procurou estabelecer o *princípio da isonomia* na concorrência eleitoral, considerando constitucionais as restrições estabelecidas por

lei às apresentações de programas de rádio e televisão durante a campanha eleitoral.

Isso ficou bem claro no voto do Eminentíssimo Relator naquele feito, apesar de a hipótese não ser exatamente a mesma, quando disse, *in verbis*:

“Permitir que candidatas concedam entrevistas, individualmente, às emissoras de rádio e de televisão, *seria afrontar o princípio da igualdade que a lei instituiu em favor dos candidatos, assim impedindo que uns tenham maior acesso aos meios de comunicação, em detrimento de outros*. Seria fácil para uns, e mais difícil para outros, ter acesso ao rádio e à televisão, não se descartando, evidentemente, a possibilidade da intervenção do poder econômico, custeando programas de entrevistas para um ou outro candidato, *o que seria desastroso para a ordem jurídico-eleitoral.*” (Grifamos.)

Se restrições à participação desigual de candidatas em entrevistas no rádio e na televisão são consideradas constitucionais pelo Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, em respeito ao princípio da isonomia, parece-nos óbvio que o afastamento da apresentação exclusiva de programas pelos candidatos, pelo menos durante o período de propaganda eleitoral gratuita, é igualmente uma restrição legal, fundada no art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90, que em nada ofende a Constituição Federal. Pelo contrário, tal restrição faz valer princípio constitucional da mais alta significação para assegurar a legitimidade da concorrência eleitoral e garantir a ordem jurídica eleitoral.

Uma questão importante ainda é a que diz respeito à chamada propaganda institucional do Governo. A Presidência da República, os Governos dos Estados e dos Municípios normalmente realizam contratos com empresas jornalísticas e de radiodifusão para divulgar suas obras e realizações. Nada há de ilegal, a nosso ver, em tal propaganda desde que não se caracterize, em cada caso, hipótese de propaganda eleitoral ilícita. É evidente que tal hipótese se configura caso o Presidente da República, o Governador do Estado ou o Prefeito Municipal apareça, por exemplo, na televisão, inaugurando alguma obra acompanhado de determinado candidato ou, até mesmo, lhe dando apoio político ostensivo. No entanto, o simples fato de realizar a propaganda institucional do Governo não constitui *de per se* violação da legislação eleitoral (Res. TSE n.º 16.402/90, art. 30; Código Eleitoral, art. 251). É óbvio que todo Governo — Federal, Estadual ou Municipal — tem vinculações com Partidos Políticos. Mas é até salutar para a democracia, a nosso ver, a divulgação das obras e realizações da Administração Pública tanto quanto o é a crítica política a candidatos, perfeitamente legal na propaganda eleitoral gratuita. Seria um exagero sem precedentes pretender impedir *a priori* a propaganda institucional em todo o país. Proibir o cumprimento dos contratos pelas empresas jornalísticas e de radiodifusão seria, a nosso ver, realizar *censura prévia*,

vedada pela Constituição (CF, arts. 5.º, IX, e 220, § 2.º). A atuação da Justiça Eleitoral deve limitar-se a examinar caso a caso e, no exercício regular do poder de polícia, coibir as ilegalidades cometidas.

Outra questão importante é ainda a relativa à propaganda eleitoral direta ou indireta através de noticiários políticos e entrevistas pelo rádio e pela televisão. Trata-se de propaganda ilícita que tem ocorrido de maneira dramática em alguns Estados da Federação em que familiares de candidatos a Governador são concessionários de estações de rádio e televisão e competem entre si. O controle da *media* por políticos é, a nosso ver, um dos graves problemas que se apresentam ao Congresso Nacional na sua competência para deliberar sobre a renovação das concessões (Constituição Federal, art. 223, §§ 1.º, 2.º e 3.º). Os fatos têm revelado que o constituinte cometeu grave equívoco ao permitir que Partidos Políticos participem do capital de empresas jornalísticas e de radiodifusão (Constituição Federal, art. 222, § 1.º).

Finalmente, cabe renovar agora as reflexões sobre possíveis alternativas para a propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão que já fazíamos no I Seminário Brasileiro sobre Direito Eleitoral, realizado em maio deste ano, em Porto Alegre — RS. É hoje notória a insatisfação do público com o baixo nível dos programas eleitorais dos Partidos Políticos e dos candidatos no horário gratuito. É evidente que não há solução de curto prazo se o problema mais grave é o baixo nível dos próprios candidatos. É possível, porém, promover uma completa reformulação nas técnicas de organização e na utilização da publicidade e do *marketing* político no horário eleitoral gratuito, para permitir que o seu objetivo legal de difundir as idéias, os programas e os projetos de governo dos Partidos Políticos e dos candidatos seja realmente atingido. Os níveis de audiência do horário eleitoral gratuito são baixíssimos em todo o país, o que revela ainda sua ineficácia na promoção do princípio de inegável função democrática que é a isonomia na propaganda eleitoral, evitando-se o abuso do poder econômico.

A legislação eleitoral e partidária, na verdade, a nosso ver, encontra-se defasada, pois sua vigência iniciou-se durante o período do bipartidarismo no país, quando não havia eleições regulares em todos os níveis do Executivo e do Legislativo. A situação do país em 1990, na plenitude de sua vida democrática, após a promulgação da Constituição de 1988 e as eleições presidenciais de 1989, é bem diversa. Há mais de trinta Partidos Políticos em pleno funcionamento — o que já é uma aberração em termos de organização partidária — e eleições regulares e periódicas em todo o país para Prefeitos, Vereadores, Deputados Estaduais, Deputados Federais, Senadores, Governadores dos Estados e Presidente da República. E o país exige do Congresso Nacional mudanças urgentes na legislação eleitoral e partidária que permitam o aperfeiçoamento do processo eleitoral e do regime democrático.