La precampaña – análisis del art. 36-A de la Ley 9.504/97 – protección de la igualdad y libertad de debate político

André Myssior

Abogado, Licenciado en Derecho y Máster en Derecho por la UFMG; miembro de ABRADEP; observador de Transparencia Electoral

Bruna F. Moreira Franco

Abogada, Licenciada en Derecho y especialista en Derecho Electoral por la PUC/MG. Aprobada en el Proceso de Selección 2025 del Programa de Posgrado en Derecho de la UFMG.

RESUMEN: El artículo examina los impactos de la legislación y la jurisprudencia electoral brasileña sobre la libertad de expresión y la igualdad en el proceso político, centrándose en los marcos regulatorios de precampaña y campaña electoral. Inicialmente, se analiza la evolución normativa introducida por la Ley 13.165/2015, que privilegió la libertad al condicionar la propaganda extemporánea a la solicitud explícita de voto, ampliando el espacio para manifestaciones políticas legítimas. Luego se analiza cómo la jurisprudencia del Tribunal Superior Electoral (TSE), al adoptar el concepto de "palabras mágicas", reintrodujo criterios interpretativos que pueden representar un retorno al modelo restrictivo previo a la reforma. El estudio sostiene que este enfoque aumenta los litigios, favorece a los precandidatos con mayor poder económico y desalienta el debate político, comprometiendo los valores democráticos. Con base en el criterio de Escrutinio Estricto de la Corte Suprema de Estados Unidos, el texto sugiere que la interpretación normativa debe ser más objetiva y proporcional, garantizando seguridad jurídica y fortaleciendo el equilibrio entre libertad e igualdad en el proceso electoral.

PALABRAS CLAVE: Precampaña – libertad de expresión – igualdad de oportunidades – palabras mágicas.

I. Introducción

El Estado Democrático de Derecho, entendido como la única manera concebida y concebible de alcanzar el valor supremo de la dignidad humana, se presupone más como un proceso que como un valor constitucional abstracto. La democracia, entendida también como proceso, está sujeta a consultas populares periódicas mediante elecciones de quienes pretenden ejercer el mandato. Sin embargo, la mera existencia de elecciones periódicas no garantiza una democracia efectiva, como lo ejemplifican varios estados en los que hay elecciones periódicas y, aun así, no hay democracia.

El proceso electoral, entendido como instrumento del proceso democrático, sólo logra este propósito cuando se materializan dos valores igualmente esenciales en

Modo armónico: libertad e igualdad. La libertad, de manera un tanto resumida, comprenderá la posición jurídica de ofrecerse al escrutinio popular para representar o gobernar territorios o de otro tipo de una población determinada, combinada con la posición jurídica de libre expresión del pensamiento, las ideas y la crítica y de las personas e instituciones; la igualdad presupone que estas posiciones jurídicas se disfruten.

manera equilibrada para todos los que quieran participar en el proceso político-electoral. El marco legal – relevante aquí, la Ley 9.504/97 – como su alcance central es la protección de la igualdad de condiciones entre los actores políticos, a través de la definición de plazos, formalidades partidarias, medios de financiamiento, control de las acciones administrativas de los agentes públicos y – objeto de este estudio – comunicación. Y, en el contexto de la comunicación, el aspecto que aquí se debatirá es el marco temporal del contenido del discurso permitido. Se trata, por supuesto, de la disciplina de la precampaña y de la campaña electoral. Con estos plazos, la ley regula la expresión, en nombre de la igualdad de oportunidades. Es necesario determinar si los criterios utilizados por la ley y la jurisprudencia son adecuados.

Según Sérgio Abranches, en democracia las reglas electorales nunca garantizan el resultado, y ésta es una de sus grandes virtudes. "La democracia no es un punto de llegada, es un proceso, un objetivo en movimiento", por lo que siempre debemos estar atentos al mejor modelo a adoptar, que priorice la mejora y garantía del proceso democrático brasileño.

II. La precampaña y la propaganda subliminal: ¿prohibir el debate político?

Hasta la entrada en vigor de la Ley 13.165/2015, la jurisprudencia consolidada era prohibir prácticamente cualquier manifestación relacionada con las elecciones antes del inicio formal de la campaña (5 de junio). Prevaleció el entendimiento de que, antes del 5 de junio, se entendía que la propaganda electoral contenía una solicitud explícita o implícita de votación. Es decir, se prohibió cualquier manifestación de un posible precandidato que el Tribunal Electoral considera portadora de un mensaje oculto o subliminal solicitando el voto.

La citada Ley 13.165/2015 rompió con este sistema de privilegio absoluto de la igualdad en detrimento de la libertad, pasando a prever que sólo la solicitud expresa de votación, antes del 15 de agosto (fecha en la que se pasaba a prever como fin inicial de la campaña) se consideraría publicidad extemporánea ilegal.

El movimiento del Congreso Nacional, en ese momento, privilegió la libertad de expresión de los actores en disputa al intentar imponer que las manifestaciones que hicieran la intención de disputar elecciones fueran consideradas actos de la vida política normal en cualquier momento o las acciones políticas que se realizaran. se pretendía desarrollar, siempre y cuando no existiera una solicitud explícita de votación. Al condicionar la configuración de la propaganda extemporánea a este criterio, el legislador buscó respetar el pluralismo político y asegurar que las manifestaciones de los precandidatos fueran tratadas como parte del proceso democrático natural, siempre y cuando se respetaran los límites establecidos por la legislación. Además, buscó asegurar una mayor posibilidad de presentar precandidatos al público, considerando el acortamiento del período electoral, de 90 a 45 días.

Si en un principio la jurisprudencia del Tribunal Superior Electoral siguió la nueva ley, en la sentencia del Recurso de Regimiento en Instrumento de Apelación 9-24.2016.6.26.0242, el Tribunal creó cierta apertura en lo que el legislador había cerrado.[1]

La respuesta del Tribunal Superior Electoral se basó en el uso de su función regulatoria y no pudo ser más clara. Actualmente, en la Resolución N° 23.610/2019, que regula las materias relativas a la propaganda electoral, se establece que la solicitud explícita de voto puede inferirse de términos y expresiones que engloban un mismo contenido.

Al establecer además las "palabras mágicas" como criterio mediante el cual el precandidato incurriría en propaganda electoral extemporánea, la jurisprudencia de la Corte se posiciona en el sentido de que la solicitud explícita es aquella que se revela claramente por la forma, técnica comunicativa o contexto en el que se realiza. que se transmite el mensaje (Ag. Reg. no. RE nº060010778, Sentencia, Min. Benedito Gonçalves, Publicación: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, 19/10/2023).

Este movimiento puede constituir una retomada del concepto de propaganda subliminal, ya que parece rescatar implícitamente el entendimiento previo a la Reforma Electoral de 2015, que atribuía ilegalidad a mensajes políticos no explícitos. Este retorno se produce al ampliar la noción de solicitud explícita de votación para incluir expresiones que puedan transmitir el mismo contenido de manera indirecta, reintroduciendo límites al debate político que la legislación buscaba superar. Y, aunque la jurisprudencia es restrictiva, el hecho de que la tributación del art. 36-A de la Ley 9.504/97 fue mitigado en AgRg 9-24 y cristalizado en el art. 3-A, párrafo único, de la Resolución 23.610/2019, abre la puerta a un aumento de litigiosidad e inseguridad jurídica.

Se retoma así un modelo en el que la interpretación del discurso político se ve obstaculizada por el plazo establecido por la ley -el 15 de agosto de los años electorales-, criterio típico de la propaganda subliminal, cuyo principal rasgo es el intento de influir en el elector sin petición de Voto claro y directo. Al hacerlo, el TSE ignora la evolución normativa que ha privilegiado la libertad de expresión de quienes enfrentarán el escrutinio popular.

Con la reducción del proceso electoral brasileño, medida también implementada con la llegada de la Reforma Electoral de 2015, la solicitud explícita de votar como criterio orientador de la propaganda electoral pretendía fomentar el debate político, la discusión de los planes de gobierno entre potenciales candidatos a presidente y destinatarios de las políticas públicas que ellos deben implementar, los electores.

El criterio utilizado por las "palabras mágicas" del TSE, tomado de la jurisprudencia norteamericana, puede servir como inicio de una transición de marco teórico en la protección de la libertad de expresión –especialmente en materia electoral.

En resumen muy ajustado, la Corte Suprema de Estados Unidos, al tratar de la libertad de expresión (Primera Enmienda), utiliza el criterio Strict Scrutiny.[2]

[1] El concepto de "palabras mágicas" fue planteado por el Min Luiz Fux, al mencionar el caso Buckley vs. Valeo de la Corte Suprema de los Estados Unidos [Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)], aunque el contexto, en ese punto específico del juicio estadounidense, se refería a límites al gasto de terceros a favor o en contra de una determinada candidatura. De hecho, las "palabras mágicas" aparecen en una nota al pie (nota al pie 52) y recibieron esta designación en una mención hecha en FEC v. Wisconsin Right to Life, Inc., 551 U.S. 449 (2007).

[2] Strict scrutiny is a form of judicial review that courts in the United States use to determine the constitutionality of government action that burdens a fundamental right or involves a suspect classification (including race, religion, national origin, and alienage). Strict scrutiny is the highest standard of review that a court will use to evaluate the constitutionality of government action, the other two standards being intermediate scrutiny and the rational basis test.

Once a court has determined that it applies, strict scrutiny starts from a presumption of unconstitutionality, shifting the burden of persuasion to the government, which must then produce evidence sufficient to show that its actions were constitutional. To that end, the government must show that its actions were "narrowly tailored" to further a "compelling government interest," and that they were the "least restrictive means" to further that interest. (https://www.law.cornell.edu/wex/strict_scrutiny, acesso em 6/12/2024).

Nos parece un criterio algo más objetivo y más seguro –ciertamente más eficaz para proteger el núcleo esencial del Estado democrático de derecho contra la discreción del Estado– que el criterio tradicionalmente utilizado de simple equilibrio.

En otras palabras: el acortamiento de la campaña electoral, en sí mismo, es un factor de desigualdad, pues da ventaja a los ya conocidos en detrimento de los desconocidos; el

legislador, al ampliar la libertad de expresión, en el art. EI 36-A, al mismo tiempo, privilegió los dos valores supuestamente en conflicto.

Al aumentar el campo de prohibiciones antes del 15 de agosto, el TSE incentiva el litigio preelectoral, nuevamente como factor de desigualdad, ya que el precandidato con mayor poder adquisitivo/económico tendrá más acceso a asesoría jurídica que el precandidato con menor poder adquisitivo/económico. condiciones. Por otro lado, la mera amenaza de que la expresión pueda ser penalizada desalienta el debate.

Por lo tanto, utilizando el Strict Scrutiny, nos parece que no existe un interés público suficientemente relevante como para mitigar la tributación del art. 36-A; el criterio de las "palabras mágicas" no es suficientemente claro y objetivo (estrictamente adaptado) ni proporcionado, ya que posibles abusos están sujetos a protección por la Acción de Investigación Judicial Electoral - AIJE y por la Acción de Impugnación de Mandato Electoral - AIME.

Bibliografía:

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas sobre as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis n º 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm#art2. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: AgR-AI nº 9-24/SP. Relator: Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Brasília, 26 jun. 2018. Disponível em: https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes. Acesso em: 05 dez. 2024.
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.