



ISSN 2447-9403

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA
DEMOCRÁTICA

VOLUME 3 • 2017



Escola Judiciária
ELEITORAL

Escola Judiciária Palmyra Figueira
TRE-MT



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA
DEMOCRÁTICA

VOLUME 3 • 2017

ISSN 2447-9403

Rev. Democrát.	Cuiabá	v. 3	p. 1-223	2017
----------------	--------	------	----------	------

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

Composição da Escola Judiciária Eleitoral – EJE

Diretor

Ricardo Gomes de Almeida
Juiz-Membro do TRE-MT

Vice-Diretor

Ulisses Rabaneda dos Santos
Juiz-Membro do TRE-MT

Secretária

Janis Eyer Nakahati
Analista Judiciário do TRE-MT

Conselho Editorial da Revista da Escola Judiciária Eleitoral

Presidente

Ricardo Gomes de Almeida - Diretor da EJE

Titulares

Pedro Francisco da Silva - Juiz Federal
Antônio Veloso Peleja Júnior - Juiz de
Direito

Nilson Fernando Gomes Bezerra
Julia Viñe

Janis Eyer Nakahati
Frederico Franco Alvim
Felipe Gelbecke Simões

Suplentes

Marcela Alves Lopes Mendes de Oliveira
Lener Aparecida Galinari
Adriana das Graças Faverão

Revisão de Normas ABNT

Júlia Viñe

Catologação na Publicação – Cuiabá, 2016.

Revista Democrática / Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. –
Vol. 3 (2017)- . – Cuiabá: Tribunal Regional Eleitoral de
Mato Grosso, 2015-
v. ; 23 cm.

Annual
ISSN 2447-9403

I. BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso
1. Direito eleitoral 2. Direito constitucional
3. Gestão pública

Notas

1. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.
2. Proibida a comercialização desta obra.
3. Os artigos doutrinários publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores e não refletem, necessariamente, o posicionamento deste Tribunal.
4. Disponível também em: [www.tre-mt.jus.br / eje/revistademocratica](http://www.tre-mt.jus.br/eje/revistademocratica).

Tiragem

600 exemplares.

Endereço

Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso Escola
Judiciária Eleitoral
Avenida Historiador Rubens de Mendonça, 4750 Centro
Político Administrativo, Setor E. CEP: 78050-908
Fones: (65) 3362-8123 e 3362-8156

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

COMPOSIÇÃO DO PLENO

Presidente

Desembargador Márcio Vidal

Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral

Desembargador Pedro Sakamoto

Juízes-Membros Titulares

Marcos Faleiros da Silva

Antônio Veloso Peleja Júnior

Ulisses Rabaneda dos Santos

Ricardo Gomes de Almeida

Vanessa Curti Perenha Gasques

Juízes-Membros Substitutos

Desembargadora Nilza Maria Pôssas de Carvalho

Desembargador Sebastião Barbosa Farias

José Antônio Bezerra Filho

Mário Roberto Kono de Oliveira

Paulo César Alves Sodré

Jackson Francisco Coleta Coutinho

Procurador Regional Eleitoral

Alisson Nelicio Cirilo Campos

Procurador Regional Eleitoral Substituto

Pedro Melo Pouchain Ribeiro

SECRETARIA DO TRIBUNAL

Diretor-Geral

Nilson Fernando Gomes Bezerra

Secretário Judiciário

Breno Antonio Sirugi Gasparoto

Secretário de Gestão de Pessoas

Valmir Nascimento Milomem Santos

Secretária de Administração e

Orçamento

Rafael Zornitta

Secretário de Tecnologia da

Informação

Luis Cezar Darienzo Alves

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso apresenta o terceiro volume da Revista DeMocrática¹ com dez temas que têm por escopo promover o estudo, o debate científico, político, social sobre assuntos atinentes à matéria eleitoral e outras áreas do Direito, visando atualizar o leitor nas discussões alusivas a questões democráticas, partidárias e eleitorais.

O atual volume discute temas como a gravação ambiental sem autorização judicial utilizada como prova; a sanção aplicável ao partido político quando da não observância do tempo mínimo para a promoção e difusão da participação feminina na propaganda partidária; o crescimento das manifestações de ódio e de intolerância na política brasileira e o posicionamento interventivo e limitador do TSE em relação à propaganda eleitoral negativa.

Dois artigos falam sobre inelegibilidade. Um discorre exclusivamente sobre as doações irregulares de campanha, analisando os critérios para apuração e punição daqueles que as praticam; o outro, mais abrangente, discute acerca da inelegibilidade por improbidade administrativa.

Outro assunto abordado neste volume é sobre o papel do juiz e o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Destaca-se ainda um estudo da propaganda eleitoral extemporânea (antecipada) com o advento da Lei nº 13.165/2015, que exigiu do intérprete e aplicador do Direito Eleitoral um novo olhar sobre o tema. O tema sobre propriedade líquida e *accountability* democrática faz uma importante interseção entre propriedade e sistema eleitoral.

¹ O título da Revista DeMocrática com as letras maiúsculas em destaque (M e T) evoca o Estado de Mato Grosso e o Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso.

Este volume trata também das diversas formas de manifestação do abuso de poder nas eleições, questionando a adequação e a eficiência dos mecanismos processuais de proteção da integridade eleitoral no cenário brasileiro, bem como aborda um tema atual e crucial para o atual momento, que é a reforma política, imprescindível para o estado democrático de direito.

Nossos agradecimentos aos autores pelo inestimável empenho em estimular os estudos eleitorais, a produção intelectual de textos científicos sobre matéria eleitoral e disciplinas correlatas e pela valiosa contribuição para mais uma edição da Revista DeMocrática.

Boa leitura!

Sumário

A gravação ambiental no processo eleitoral.....	9
Ulisses Rabaneda	
A sanção aplicável ao partido político em face da não observância do tempo mínimo para a promoção e difusão da participação feminina na propaganda partidária.....	23
Antonio Henrique Ricci Boaventura	
Ensaio sobre o ódio e a intolerância na propaganda eleitoral.....	39
Rodolfo Viana Pereira	
Inelegibilidade – doação de recursos de forma irregular.....	69
Gustavo Leandro Martins dos Santos	
Inelegibilidade por improbidade administrativa.....	85
Nelsi Camilo Evangelista Lima	
O papel do juiz e o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional..	113
João Filho de Almeida Portela	
O poder como realidade multiforme: aportes sociológicos para uma reconfiguração dos mecanismos de proteção da integridade eleitoral.....	137
Frederico Franco Alvim	

Propaganda eleitoral extemporânea (antecipada) e sua configuração.....167

Paulo Cezar Alves Sodré

Propriedade líquida e *accountability* democrática.....191

Benedito Antonio da Costa

Reforma política: imprescindível para o Estado Democrático de Direito.....209

Márcio Vidal

A GRAVAÇÃO AMBIENTAL NO PROCESSO ELEITORAL

Ulisses Rabaneda¹

RESUMO

A gravação ambiental obtida sem autorização judicial, utilizada como prova, tem despertado debates acalorados sobre sua constitucionalidade, seja no processo eleitoral, criminal, civil ou administrativo. Isto porque em jogo está a proteção constitucional à intimidade, vida privada, e, de outro, o combate à corrupção e ilícitos eleitorais, valores importantes para a democracia, autenticidade eleitoral e vida social harmônica. O presente artigo objetiva, pois, esclarecer como o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral tem tratado este tema, fazendo um breve diálogo entre a jurisprudência de ambos os Tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Gravação ambiental 2. Crime eleitoral
3. Processo eleitoral

1 Gravação ambiental: conceitos e diferenças

Inicialmente, necessário conceituarmos a gravação ambiental, diferenciando-a da escuta e da interceptação, para delimitarmos o âmbito de estudo desta figura probatória cada vez mais utilizada nos processos judiciais.

¹ Juiz - Membro do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso - TRE-MT. Advogado. Especialista em Ciências Criminais (UNUMA – LFG). Pós-Graduado em Processo Penal (IBCCRIM ; Universidade de Coimbra). Professor universitário licenciado.

Segundo Avolio (2012), a interceptação, escuta e a gravação assim se diferenciam:

a. Interceptação ambiental ou telefônica, em sentido estrito: É a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores (AVOLIO, 2012, p. 97);

b. Escuta ambiental ou telefônica: corresponde à interceptação de uma conversa, mediante o consentimento de um dos interlocutores, “o que, no entanto, não desnatura a característica de interceptação telefônica, uma vez que realizada por terceiro” (AVOLIO, 2012, p. 100);

c. Gravação ambiental ou telefônica: ocorre quando um dos interlocutores registra o diálogo, sem a anuência dos outros interlocutores e sem a intervenção de terceiros (AVOLIO, 2012, p. 102).

Ao discorrer sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scaranze Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho asseveram que:

[...] entende-se por interceptação a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se o meio utilizado for o “grampeamento” do telefone, tem-se a interceptação telefônica; se tratar de captação de conversa por um gravador, colocado por terceiro, tem-se a interceptação entre presentes, também chamada de interceptação ambiental. Se um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, fala-se apenas em gravação clandestina (GRINOVER et al., 1997, p.).

Como se vê, enquanto a escuta e a interceptação têm a participação de um terceiro captando o diálogo, o que afasta qualquer dúvida sobre a necessidade de autorização judicial, a gravação não se dá com a participação de ninguém senão os próprios interlocutores, em que um deles, autor da captação dos áudios, não dá conhecimento ao outro sobre o registro realizado.

2 Da gravação ambiental segundo a Constituição Federal, a lei e o Supremo Tribunal Federal

Muito já se debateu – e ainda tem se debatido – sobre a validade da gravação ambiental como meio de prova em processos judiciais, quando desprovida de autorização judicial.

O ponto de partida para este estudo é o texto Constitucional, que trouxe limitação absoluta à utilização de provas ilícitas em processos judiciais, incluindo, nestas, aquelas produzidas em franca violação a um dos seus postulados.

Consta, no Art. 5º XII da Constituição, que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, *salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*” (grifo do autor).

Quando se trata de comunicação telefônica, pois, resta claro que sua vulneração somente se admite com autorização judicial, não se extraindo, por outro lado, uma regra tão clara quando se trata de diálogo ambiental.

Para este tema, além da utilização análoga do já citado dispositivo, surge o art. 5º X do texto Constitucional, no qual se lê que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

Sempre que malversadas estas regras Constitucionais, com o objetivo de utilização do objeto da violação em processo judicial, aciona-se o art.º 5º LVI da Constituição Federal, para quem “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Resta bastante claro, portanto, que as interceptações de um modo geral, seja telefônica ou ambiental, demanda autorização judicial. No entanto, vácuo existe sobre a gravação, que, conforme visto, é aquela realizada por um dos interlocutores.

Sobre o tema, editou-se a Lei nº 9.034/95, com a seguinte redação:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

[...]

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, **mediante circunstanciada autorização judicial**; (grifo do autor).

Mencionada lei teria o condão de acabar com qualquer dúvida a respeito da necessidade de autorização judicial também na gravação ambiental, no entanto, a controvérsia não cessou.

Isto porque vozes com respeitabilidade jurídica continuaram a sustentar que as expressões “*captação*” e “*interceptação*”, previstas na lei, pressupunham a existência de terceira pessoa na obtenção dos diálogos, fazendo com que, no caso de gravação, fosse dispensável a autorização judicial.

O Supremo Tribunal Federal, após muito enfrentar a controvérsia (v. g. AI-AgR 503.607; RE-AgR 402.035; HC n. 75.261; AI 578.858; AP n. 447; AI-AgR 666.459; HC n. 87.341; HC n. 75.338; Inq. 657; RE n. 212.081), o fez novamente no ano de 2009, quando

em pleno vigor a citada Lei nº 9.034/95, ocasião em que julgou o RE 583.937/RJ, com repercussão geral reconhecida.

Naquela ocasião, a Suprema Corte reafirmou seu entendimento no sentido de que a gravação ambiental, que é feita por um dos interlocutores, é lícita e pode ser usada em processo judicial.

O julgado restou assim ementado:

ACÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

Para assim decidir, o Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, afirmou que *“não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo e nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais [...]”*. (grifo do autor) – (STF, RE n. 402.717; DJE de 13.02.2009; rel. Min. Cezar Peluso).

Esta posição da Suprema Corte repercutiu para os mais variados tribunais brasileiros, inclusive o STJ, que sedimentou sua jurisprudência no mesmo sentido, ou seja, da licitude da gravação ambiental mesmo sem autorização judicial, veja:

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. Penal e processo penal.
CRIME ELEITORAL. Falsidade ideológica eleitoral.
Competência do STJ. Desmembramento do processo.

Acusado com prerrogativa de foro. Possibilidade. Mudança na capitulação legal do fato descrito na denúncia, sem alteração da conduta fática imputada ao réu. Pedido formulado pelo ministério público antes do recebimento da denúncia. viabilidade. Inépcia da denúncia não configurada. **Justa causa demonstrada. Gravação ambiental por um dos interlocutores. LICITUDE. Conduta típica. Denúncia recebida.** [...] 5. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro. Precedente do STF decidido em repercussão geral (RE 583.937, Rel. Ministro CEZAR PELUSO). [...] 8. Verificando-se a existência de indícios suficientes de materialidade e de autoria de conduta típica, antijurídica e culpável, é cabível o recebimento da denúncia [STJ; APn 693 / PA; j. em 17.06.2015; Rel. Min. Raul Araújo] (grifo do autor).

Como destacado, a Suprema Corte, mesmo na vigência da Lei nº 9.034/95, já havia consolidado o entendimento de que a gravação ambiental é lícita, mesmo que desprovida de autorização judicial.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013, a Lei nº 9.034/95 foi revogada, de modo que, se antes havia um dispositivo legal que indicava a necessidade de autorização judicial para as gravações, agora, com a lei de organização criminosa, este dispositivo deixou de existir.

Por outro lado, quem defende a necessidade de autorização judicial, mesmo nas gravações ambientais, tem utilizado o argumento respeitabilidade incontestede que a vedação à produção desta prova sem audiência do Judiciário decorre da Constituição Federal.

É neste sentido os ensinamentos do professor Luiz Flávio Gomes, para quem:

De acordo com a redação da revogada Lei nº 9.034/1995 (antiga lei de Combate às Organizações Criminosas) para a implementação da Vigilância Eletrônica era necessária “circunstanciada” autorização judicial. A Lei nº 12.8520/2013, todavia, não repetiu essa exigência, mas por observância ao artigo 93, IX da CF (onde exige que toda decisão seja fundamentada) e por implicar em medida que atinge direitos fundamentais (a exemplo da privacidade), entendemos ser necessária autorização judicial, em especial quando se tratar de domicílio ou locais com proteção constitucional equivalente ou em locais semipúblicos (restaurantes ou similares) (GOMES, 2015, p. 413).

Importa dizer, em remate, que a jurisprudência do STF se consolidou tendo como motivo determinante a utilização da gravação para defesa dos direitos daquele que efetua a captação do áudio, não havendo posição tão clara quando se tratar de hipótese diversa.

Dessa forma, em que pese se possa argumentar que o Supremo pacificou a questão da admissibilidade da gravação ambiental, feita sem o conhecimento de um dos interlocutores, no sentido da admissibilidade irrestrita da prova, não houve ainda um pronunciamento do Tribunal Pleno em que o quadro fático seja o uso em situação na qual não se verificava hipótese de excludente de ilicitude.

Assim, bem delineada a evolução do tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal, necessária se faz a análise de seus desdobramentos no Tribunal Superior Eleitoral.

3 Da gravação ambiental como prova segundo o Tribunal Superior Eleitoral

Na seara eleitoral, a gravação ambiental desprovida de autorização judicial tem sofrido severa variação jurisprudencial. Isto porque, aqui, nem sempre se usa a gravação para defesa de interesse particular de defesa, mas, sim, para fins de se alcançar o poder, razão da controvérsia. (suprimir a vírgula após particular)

Ilustrativo precedente do TSE é o do RO 507/MT, julgado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no ano de 2001, que versava sobre a hipótese de um vereador que propôs a desistência de sua candidatura para apoiar candidato da oposição ao cargo de prefeito, gravando diálogo sem a ciência do interlocutor.

Naquela ocasião, a questão restou assim decidida:

RECURSO ORDINÁRIO RECEBIDO COMO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. FITA CASSETE CONTENDO GRAVAÇÃO DE DIÁLOGO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LEGÍTIMA DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVA ILÍCITA. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E DE AUTORIDADE. EXAME DA MATÉRIA PREJUDICADO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (...) III - A prova consistente em fita cassete contendo gravação de diálogo efetuada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro ou dos demais, não produzida para uso futuro, em defesa, é de ser tida como ilícita, a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da qual o relator, respeitosamente, guarda reserva. IV- Ilícita a prova dos autos, prejudicado fica, com suporte na

doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), o exame da matéria atinente à alegação de ocorrência de prática de abuso de poder econômico e de autoridade [TSE - RO n. 507/MT, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJ de 14.5.01].

Posteriormente, no ano de 2003, novo julgamento do TSE sobre o tema, agora da relatoria do Ministro Fernando Neves, em que se decidiu:

RECURSO ESPECIAL - INVESTIGAÇÃO JUDICIAL - CONVERSAS - GRAVAÇÕES NÃO AUTORIZADAS POR UMA DAS PARTES - PROVA ILÍCITA - TESTEMUNHAS - DEPOIMENTOS - PROVA CONTAMINADA - NULIDADE - REEXAME DE PROVA. RECURSO NÃO CONHECIDO. [TSE - REspe n. 20.945/SC, Acórdão de 18.2.03, Rel. Min. FERNANDO NEVES, DJ de 23.5.03].

Outros precedentes foram produzidos pelo TSE no mesmo sentido, a saber: Respe n. 21.248/SC, **Rel. Min. FERNANDO NEVES**, DJ de 08.8.03; Respe nº 21.261/MG, **Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS**, DJ de 05.3.04; MC n. 1645/SP, Decisão de 28.4.05, **Rel. Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS**, DJ de 04.5.05 (grifos do autor). No ano de 2006 e 2010, contudo, em uma guinada jurisprudencial, o Tribunal Superior Eleitoral, julgando dois casos distintos, decidiu por validar a gravação ambiental sem autorização judicial, recebendo os julgados a seguinte ementa, na parte interessante:

Agravo regimental em recurso especial. Captação ilícita de sufrágio. Prova consubstanciada em gravação ambiental. [...] 4. A gravação ambiental realizada por

um dos interlocutores é prova válida. [...] [TSE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 36992, Acórdão de 19/08/2010, Relator(a) Min. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 28/9/2010, Página 16-17].

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - É lícita a prova obtida por meio de gravação de conversas por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, para documentar a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em juízo. II - Agravo regimental desprovido. [AgR-Respe nº 36.035 (43614-37.2009.6.00.0000)/CE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 18.3.2010, DJe 10.5.2010].

Já por ocasião do Respe nº 36.992, o Tribunal Superior Eleitoral, desta vez pelas mãos do Ministro Marco Aurélio Mello, mais uma vez opta por declarar ilícita a gravação ambiental sem autorização judicial, veja:

RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO. A matéria versada no recurso especial há de ter sido objeto de debate e decisão prévios na origem, ante a necessidade de prequestionamento. PRIVACIDADE - DADOS - GRAVAÇÃO AMBIENTE. A regra é a proteção à privacidade. Viabiliza-se a gravação quando, em investigação criminal ou processo penal, há a ordem judicial [TSE; Respe nº 344-26.2010.6.00.000; Rel. Min. Marco Aurélio Mello; j. em 16.08.2012].

O relator, na ocasião, assentou que

[...] a gravação ambiente submete-se à regra segundo a qual são invioláveis os dados, sendo que o afastamento da proteção não pressupõe gravação sub-reptícia, escondida, dissimulada, por um dos interlocutores, mas sim decorrente de ordem judicial, sempre vinculada à investigação criminal ou à instrução processual penal. Constitui verdadeiro paradoxo reconhecer-se como válida gravação ambiente sem o conhecimento dos interlocutores, tendo em conta admitir-se tal prova, observada a previsão constitucional, somente quando autorizada pelo Poder Judiciário para instruir investigação criminal no processo penal.

A Ministra Luciana Lóssio, na oportunidade, externou posicionamento de que não contraria a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, já que, conforme visto acima, a Suprema Corte enfrentou o tema sob a ótica do direito de defesa, não daquele atinente a uma exclusiva acusação.

Na ocasião, então, afirmou a Ministra:

Senhora Presidente, estou plenamente de acordo com o relator, Ministro Marco Aurélio. **Não tenho a menor dúvida de que esse tipo de gravação clandestina, não deve jamais ser usada para acusação. A gravação clandestina é legítima para ser usada na defesa do cidadão; jamais para acusação.** Podemos imaginar a que tipo de trocas, num processo eleitoral, esse tipo de gravação pode levar. Um correligionário ou um apoiador que passa a fazer gravações clandestinas, em jogo político, é muito perigoso. Ainda na terça-feira,

no julgamento a que o Ministro Gilson Dipp fez referência de sua relatoria, na sustentação oral do Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, ele reconheceu que esse tipo de prova dá ensejo a verdadeiras armadilhas no processo eleitoral. Devemos rechaçar isso o quanto antes e veementemente. Por essas razões, acompanho o relator e os demais ministros (grifo do autor).

A partir de então, a jurisprudência do TSE teria se consolidado neste sentido, ou seja, da ilicitude da gravação ambiental desprovida de autorização judicial.

Em 2016, o TSE teve a oportunidade de enfrentar mais dois *habeas corpus*, nos quais a controvérsia foi novamente debatida, ocasião em que reafirmou sua jurisprudência quanto à ilicitude da prova contra o terceiro que desconhecia a gravação e a licitude da mesma em relação àqueles que efetuaram a captação, veja:

HABEAS CORPUS. GRAVAÇÃO AMBIENTAL EM LOCAL PRIVADO. ILCITUDE. DEPOIMENTO DOS AUTORES DA GRAVAÇÃO. ILCITUDE POR DERIVAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Esta Corte Superior firmou orientação no sentido da ilicitude da prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e em violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores. Precedentes. 2. A exceção à regra da ilicitude da gravação ambiental feita sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem autorização judicial ocorre quando a mídia registra fato que ocorreu à luz do dia, em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou que-

bra da expectativa de privacidade (REspe nº 1660-34, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 14.5.2015), o que não se aplica ao caso dos autos. 3. É inadmissível, por derivação, o depoimento das pessoas que realizaram a gravação ambiental tida por ilegal. Precedentes. 4. Ordem concedida. [Habeas Corpus nº 30808, Acórdão de 01/03/2016, Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 28/04/2016, Página 54].

ELEIÇÕES 2012. HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA PELOS ELEITORES QUE VENDERAM O VOTO. LICITUDE DA PROVA. 1. A gravação ambiental que registra o crime de corrupção, quando realizada pelos próprios eleitores que venderam o voto, pode ser utilizada contra eles no processo penal. Do contrário, a eles seria permitido aproveitar-se da ilicitude a que deram causa. **2. A gravação ambiental não viola a privacidade e intimidade de quem teve a iniciativa da diligência.** 3. É irrelevante que a gravação ambiental tenha sido considerada ilícita em relação ao prefeito em ações eleitorais julgadas por esta Corte. 4. Ordem denegada. [Habeas Corpus nº 44405, Acórdão de 01/03/2016, Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, Relator(a) designado(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 86, Data 05/05/2016, Página 39-40] (grifos do autor).

Ainda recentemente, o TSE, analisando gravação ambiental ocorrida em local público, situação que se diferencia das anteriores analisadas, entendeu pela licitude da prova, mantendo-a nos autos.

Trata-se do Respe 8547, em que o Ministro Herman Benjamin assentou que “*vídeo realizado em local aberto ao público e sem nenhum controle de acesso não está protegido pelas garantias constitucionais de privacidade e intimidade (art. 5º, X, da CF/88), sendo, portanto, lícito*”.

4 Conclusão

Portanto, o tema gravação ambiental, especialmente no âmbito eleitoral, ainda possui opiniões oscilantes, prevalecendo, ainda, posição majoritária pela sua inadmissibilidade quando desprovida de autorização judicial, merecendo o tema, contudo, constante análise de cada caso concreto e profunda reflexão dos juízes eleitorais.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador: Juspodvm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

A SANÇÃO APLICÁVEL AO PARTIDO POLÍTICO EM FACE DA NÃO OBSERVÂNCIA DO TEMPO MÍNIMO PARA A PROMOÇÃO E DIFUSÃO DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NA PROPAGANDA PARTIDÁRIA

Antonio Henrique Ricci Boaventura¹

RESUMO

O presente artigo pretende responder qual a sanção aplicável ao partido político quando da não observância do tempo mínimo para a promoção e difusão da participação feminina na propaganda partidária, levando-se em conta a máxima efetividade da norma.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Partido político 2. Propaganda partidária
3. Mulher 4. Participação feminina

1 Introdução

No Brasil, a propaganda partidária veiculada na rádio e TV só é permitida nos horários previamente definidos pela legislação eleitoral. No artigo 45 da Lei nº 9.096/95, o tema é tratado:

Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao

¹ Especialista em Direito Público Avançado e Especialista em Direito Eleitoral – 01 Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso – Analista Judiciário.

vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão, será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade:

I - difundir os programas partidários;

II - transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com este relacionados e das atividades congressuais do partido;

III - divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários; IV - promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento) do programa e das inserções a que se refere o art. 49. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

A propaganda partidária visa à propagação do ideário partidário e à conquista de apoiadores e eleitores para a agremiação que a veicula. Gomes (2016, p. 474) traça os eixos da propaganda partidária:

[...] consiste a propaganda partidária na divulgação de ideias, projetos e programa do partido. Tem por finalidade facultar-lhe a exposição e o debate público de sua ideologia, de sua história, de sua cosmovisão, de suas metas, dos valores agasalhados, do caminho para que seu programa seja realizado, enfim, de sua doutrina e, pois, de suas propostas para o desenvolvimento da sociedade. Com isso, a agremiação aproxima-se do povo, ficando sua imagem conhecida e, pois, fortalecida. Pode haver confronto de opiniões, teses, propostas de

soluções para problemas nacionais, regionais ou locais mas sempre à luz do ideário partidário.

Visto que paga em última análise com recursos públicos através de compensação fiscal concedida às emissoras, a propaganda partidária deve estar em consonância com os princípios da República Federativa do Brasil e, em especial, com os princípios inseridos na Carta Magna.

É fato que a participação da mulher na política no Brasil é bem aquém da sua representatividade como eleitorado. Vemos que como nossa sociedade evoluiu a partir de um passado escravocrata e patriarcal, foi negado à mulher a participação nas tomadas de decisões políticas, mesmo o direito ao voto só foi possível no século XX.

Buscando solucionar tão terrível discriminação por parte do Estado Brasileiro, o legislador atual definiu que os partidos políticos em sua propaganda partidária deverão promover e difundir a participação feminina na política.

Neste artigo se verificará como a difusão da participação feminina deve ser observada e qual a sanção ao partido, quando do seu descumprimento. Será abordada, ainda, a participação feminina na política e como a obrigatoriedade da difusão e promoção da participação feminina se insere como ação afirmativa.

Vale afirmar que, ainda, não é consenso na Jurisprudência Pátria qual a sanção que a agremiação política deverá sofrer caso não seja cumprida a letra da lei. Aqui defenderemos uma interpretação teleológica da Lei, a fim de que a norma encontre sua máxima efetividade.

2 Participação feminina nos parlamentos

O Brasil tem uma baixa participação feminina na política. Podemos constatar tal fato ao observar a Tabela 1, da União Interparla-

mentar (UIP) citado por Congresso em Foco (2014) que posiciona o Brasil na 129ª colocação em representação feminina no parlamento. A seguir, vemos a comparação percentual entre os 20 países com melhor colocação na referida tabela e nosso país.

Tabela 1 – Representação feminina no parlamento

Posição	País	Câmara baixa ou única				Senado ou Câmara alta			
		Eleitos	Vagas*	Mulheres	%	Eleitos	Vagas*	Mulheres	%
1	Ruanda	2013	80	51	63.8%	2011	26	10	38.5%
2	Andorra	2011	28	14	50.0%	—	—	—	—
3	Cuba	2013	612	299	48.9%	—	—	—	—
4	Suécia	2010	349	157	45.0%	—	—	—	—
5	África do Sul	2009	400	179	44.8%	2009	53	18	34.0%
6	Seicheles	2011	32	14	43.8%	—	—	—	—
7	Senegal	2012	150	65	43.3%	—	—	—	—
8	Finlândia	2011	200	85	42.5%	—	—	—	—
9	Nicarágua	2011	92	39	42.4%	—	—	—	—
10	Equador	2013	137	57	41.6%	—	—	—	—
11	Bélgica	2010	150	62	41.3%	2010	71	28	39.4%
12	Islândia	2013	63	25	39.7%	—	—	—	—
“	Espanha	2011	350	139	39.7%	2011	266	89	33.5%
13	Noruega	2013	169	67	39.6%	—	—	—	—
14	Moçambique	2009	250	98	39.2%	—	—	—	—
15	Dinamarca	2011	179	70	39.1%	—	—	—	—
16	Holanda	2012	150	58	38.7%	2011	75	27	36.0%
17	Timor-Leste	2012	65	25	38.5%	—	—	—	—
18	México	2012	500	187	37.4%	2012	128	44	34.4%
19	Angola	2012	220	81	36.8%	—	—	—	—
20	Argentina	2013	257	94	36.6%	2013	72	28	3
129	Brasil	2010	513	44	8.6%	2010	81	13	16.0%

Fonte: Congresso em foco (2014).

Nota: Corresponde ao número de assentos atualmente preenchidos no Parlamento.

É patente a sub-representação feminina no parlamento, que nada mais é, que um reflexo da baixa participação feminina na vida política nacional. Tais fatos têm raízes históricas, são exemplificativos da atuação do Estado Brasileiro e da cultura misógina que reina em nossa sociedade, como dito anteriormente, notadamente no papel da Igreja em sempre relegar à mulher a um papel submisso e de simples anuência das decisões do macho da espécie.

Observamos que a pequena parcela do poder político ocupado pela mulher não é fruto de sua inércia, mas de uma cultura machista arraigada que, todavia, sofria um embate de várias lutadoras que fizeram com que a participação feminina ainda, que de forma lenta, evoluísse. Vejamos a trajetória histórica da luta da mulher por participação política no Brasil, Noremborg e Antonello (2016, p. 11) aduzem:

A busca por espaço de igualdade de direitos vem se tornando uma realidade para as mulheres. A promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 1988 acarretou em novas buscas pela identidade feminina. A consideração que todas as pessoas são iguais perante a Constituição, leva a compreender que a mulher possui os mesmos direitos do homem, a participação feminina na sociedade busca ultrapassar o que um dia lhes foi negado, principalmente, quando se refere ao legislativo. Sendo assim, observa-se que há um histórico a respeito da trajetória da mulher que luta por seus direitos políticos, que almeja fazer parte do legislativo e executivo no Brasil.

As primeiras mulheres a participarem ativamente no legislativo e no executivo foram Alzira Soriano, Carlota Pereira de Queirós, Antonieta de Barros, Euníce Michiles, Esther de Figueiredo Ferraz, Roseana Sarney, Maria Pio de Abreu e Dilma Rousseff. Mas, para compreensão

do histórico da trajetória da mulher na política brasileira deve-se observar, que, conforme já foi discutido no capítulo anterior, referente aos problemas que a mulher enfrenta, principalmente, na busca por espaço de igualdade de direitos. Também, pode-se considerar que, nos últimos tempos, a mulher tem buscado seu espaço na política; a sua vontade de participar do legislativo, bem como do executivo através do voto eleitoral.

Contudo, há quem conclua que o *déficit* feminino na esfera política advém, dentre outros fatores, de um conservadorismo das mulheres, vejamos, Lima (2015, p. 9):

Por fim, apesar das teorias contemporâneas de democracia concederem a participação política como fator importantíssimo para o desenvolvimento da democracia, ainda encontramos diversas barreiras que permitam o livre desenvolver democrático, dentre estas barreiras encontram-se a apatia, que diante do reforço do discurso masculino no campo político, aumenta a resistência da participação feminina, a diferença de acesso a recursos financeiros e políticos e o conservadorismo do eleitorado feminino também agravam este cenário.

3 Ação afirmativa para ampliação da participação feminina na política

A fim de sanar tão grande disparate, o Congresso Nacional normatizou, como ação afirmativa a ser implementada pelos parti-

dos políticos, o incentivo à participação política feminina em seus programas veiculados no rádio e na TV.

Essa ação afirmativa caminha ao lado de outras como a reserva de gênero nos registros de candidatura, tendo como intuito o resgate histórico da imensa dívida que a Nação tem para com a maioria dos seus cidadãos, uma vez que as mulheres compõem a maior fatia do eleitorado no Brasil.

Vemos que é uma iniciativa tímida, mas que caminha na direção de emprestar subsídios ao público feminino para que se veja como protagonista, também, das decisões políticas. Serve de instrumento para o empoderamento das mulheres, em uma sociedade que urge por combater sua herança machista, já que observamos um índice altíssimo de feminicídios e outros atentados à condição feminina.

Noremberg e Antonello (2016, p. 7) ressaltam o papel das ações afirmativas na esfera da participação política feminina, vejamos:

Então, no momento em que as políticas públicas estão sendo implantadas em favor da desigualdade de gênero e raça proporciona a condição da mulher, desenvolver o seu papel na sociedade com mais confiança. Desse modo, ela estará podendo usufruir dos mesmos direitos tanto civis como políticos, o que pode ocasionar abertura de espaço para ela desenvolver seus direitos de cidadã numa sociedade repressiva.

4 A norma garantidora da promoção e difusão da participação feminina na propaganda partidária

A Lei nº 13.165/15, da última assim denominada Minirreforma Eleitoral, incluiu o inciso IV no art. 45 e estabeleceu a obrigatoriedade de reserva de 10% do tempo de propaganda partidária para a

difusão de mensagem para promover e difundir a participação política feminina, *verbis*:

Art. 45

IV - promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento) do programa e das inserções a que se refere o art. 49.

Nos artigos 10º e 11 da referida lei observamos regras de transição, onde nos anos indicados o tempo destinada à promoção da participação feminina será ampliada, senão vejamos:

Art. 10º Nas duas eleições que se seguirem à publicação desta Lei, o tempo mínimo referido no inciso IV do art. 45 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, será de 20% (vinte por cento) do programa e das inserções.

Art. 11. Nas duas eleições que se seguirem à última das mencionadas no art. 10º, o tempo mínimo referido no inciso IV do art. 45 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, será de 15% (quinze por cento) do programa e das inserções.

A letra da Lei é clara, assegurando-se que a agremiação partidária deverá, quando da confecção e divulgação de sua propaganda partidária, observar o incentivo ao protagonismo da mulher na política, não bastando, conforme decisões do TSE, a mera manifestação de parlamentar mulher ou de membro feminino do partido sobre tema diverso. Há que existir mensagem clara para que as mulheres sejam senhoras do seu destino no que diz respeito à política e participem ativamente do processo de construção de políticas públicas.

Evidentemente, como dito alhures, é uma tentativa do Estado Brasileiro em caminhar no sentido de dar maior voz à sua parcela feminina, um caminhar na direção contrária de séculos de um ambiente em que a mulher era vista apenas como responsável pelos afazeres domésticos e objeto a ser usada pelo varão.

5 A sanção pela não difusão e promoção da participação feminina na propaganda partidária

A sanção prevista para o partido político que não respeitar o espaço destinado à participação feminina atrai a sanção do artigo 45, § 2º, da Lei nº 9.096/85, vejamos:

Art. 45

§ 2º O partido que contrariar o disposto neste artigo será punido: (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

I - quando a infração ocorrer nas transmissões em bloco, com a cassação do direito de transmissão no semestre seguinte; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

II - quando a infração ocorrer nas transmissões em inserções, com a cassação de tempo equivalente a 5 (cinco) vezes ao da inserção ilícita, no semestre seguinte. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009).

No entanto, havia divergências acerca do tempo a ser cortado, no caso violação da norma quando existia o descumprimento parcial da norma. Algumas decisões apontavam no sentido do corte ser efetuado na dimensão do tempo que deixou de ser propagandeada a

participação feminina.

Nos parece que a melhor solução foi a adotada pelo TSE no Respe nº 181-10.2015.6.13.0000/MG, de Relatoria da Ministra Luciana Lóssio que firmou o seguinte entendimento:

[...] diante da importância da norma relativa à participação das mulheres na política e da necessária interpretação finalística que lhe deve ser conferida, proponho uma nova reflexão sobre o tema, não havendo espaço para que a Justiça Eleitoral, valendo-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, abrande a aplicação da penalidade prevista no art. 45, § 2º, II, da Lei dos Partidos Políticos.

Afinal, penso que uma leitura mais atenta do inciso II do § 2º do art. 45 da Lei nº 9.096/95, Lei dos Partidos Políticos, não deixe dúvida de que a sanção deve ser a cassação do tempo equivalente a 5 (cinco) vezes ao da inserção ilícita no semestre seguinte.

É a solução à qual nos afiliamos, ou seja, havendo descumprimento da norma, ainda que parcial, a sanção será calculada na ordem de cinco vezes o tempo que deveria ser dedicado à difusão da participação da mulher na política e no caso de programa em cadeia, a perda do direito de divulgação da propaganda partidária no semestre seguinte.

Em sua parte dispositiva, a decisão é ainda mais precisa ao resguardar que o tempo cassado pela decisão não seja subtraído do tempo de propaganda da participação da mulher e prevê de forma acertada que a Justiça Eleitoral assuma o tempo de veiculação do partido determinando que a Justiça Especializada realize a multi-

mencionada propagação do ativismo feminino.

A última decisão do TSE sobre o tema no AI - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 15741 - TERESINA – PI - Acórdão de 28/03/2017 - Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho também foi no sentido de garantir a efetividade da norma protetiva do espaço feminino na política, através de reserva na propaganda partidária de espaço reservado para a promoção deste fim. *Verbis*:

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO. REPRESENTAÇÃO AJUIZADA PELO MPE. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. INSERÇÕES. 1º SEMESTRE DE 2015. PROMOÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DA MULHER. INOBSERVÂNCIA DA REGRA PREVISTA NO ART. 45, INCISO IV DA LEI nº 9.096/95. INEXISTÊNCIA DE AUTONOMIA PARTIDÁRIA PARA EXCLUIR DAS INSERÇÕES SEMESTRAIS A VEICULAÇÃO DA PROMOÇÃO DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA. CARÁTER DE AÇÃO AFIRMATIVA DA NORMA. APLICAÇÃO DA SANÇÃO PREVISTA NO ART. 45, § 2º, II DA LEI nº 9.096/95. DECISÃO REGIONAL EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A norma legal estipula que se deve difundir a participação da mulher na política nas inserções ou nos blocos da propaganda partidária veiculadas no semestre, o que constitui ação afirmativa, a qual deve ser interpretada de forma a conferir a maior efetividade possível à norma, cuja relativização da sanção

implicaria seu esvaziamento (AgR-REspe 111-15/BA, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe 19.8.2016).

2. Ademais, a jurisprudência desta Corte, em hipótese semelhante à dos autos, já assinalou que não há como falar em autonomia partidária, pois o acesso ao rádio e à televisão assegurado pela Constituição se dá na forma da lei, justamente daquela que determina a observância do mínimo de tempo para a divulgação e promoção da participação feminina na política (AgR-REspe 111-15/BA, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe 19.8.2016).

3. Esta Corte também já decidiu que a determinação do art. 45, IV da Lei dos Partidos Políticos, que reserva o mínimo de 10% para promover e difundir a participação política feminina, **é regra a ser observada no mesmo semestre em que veiculado o programa, não havendo previsão quanto a eventual possibilidade de compensação posterior. Precedente: AgR-REspe 93-78/ES, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 13.10.2015.**

4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Decisão:

O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Votaram com o Relator a Ministra Luciana Lóssio e os Ministros Admar Gonzaga, Luiz Fux, Rosa Weber e Gilmar Mendes (Presidente). Ausente, ocasionalmente, o Ministro Herman Benjamin.

Partes:

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

AGRAVANTE: PARTIDO PROGRESSISTA (PP) - ESTADUAL

Advogado(a): EDSON VIEIRA ARAÚJO - OAB nº 3285/PI.

6 Conclusão

É de se concluir, portanto, que devemos adotar a sanção explicitada no item anterior em caso de violação ao dispositivo que prevê reserva de tempo em propaganda partidária para a divulgação e promoção do envolvimento feminino com a política. Tal fato se dá em face da necessidade de suplantarmos um atraso secular neste envolvimento, que, importante frisar, não é casual, mas foi engedrado dentro do Estado Brasileiro e contou com o apoio dos organismos culturais da sociedade brasileira com intuito de reservar o poder político à sua parcela masculina. Não é por acaso que, ainda hoje, observamos a formação de um governo de homens, brancos e ricos.

Realizada a conclusão, é necessário, ainda, afirmar que a estipulação de cotas para as candidatas femininas nos parlamentos é medida que se impõe, a fim de garantir que metade dos parlamentos federais, estaduais e municipais contenham metade de sua composição para cada gênero. Bolognesi (2012, p. 126) reconhece a importância de cotas, pois,

[...] como se afirmou no início deste texto, acredita-se que se pode considerar as cotas de gênero para eleições no Brasil como uma medida de política pública. Não somente pelo aparato conceitual dos estudos do tema, mas também pelo caráter propriamente público em que as co-

tas inserem-se. Ao mesmo tempo em que estão atreladas a um sistema complexo de instituições, estruturas e indivíduos, as cotas de gênero são uma discriminação positiva que visa garantir direitos a uma minoria específica.

Por fim, imprescindível aduzir que o aumento da participação feminina na política brasileira se dará por obra da ação consciente e determinada das mulheres. Os detentores do poder não cederão parcela deste por desejo próprio. As mulheres precisam seguir os exemplos das pioneiras citadas neste artigo e conquistarem seu lugar de direito na vida política nacional.

REFERÊNCIAS

BOLOGNESI, Bruno. A cota eleitoral de gênero: política pública ou engenharia eleitoral? **Paraná Eleitoral**, v. 1 n. 2, p 113-29, 2012.

CONGRESSO EM FOCO. **Ranking mundial da participação feminina no Parlamento**. 04 jul. 2014. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/ranking-mundial-da-participacao-feminina-no-parlamento/>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo, Atlas, 2016.

LIMA, Juliana Macedo. Democracia no Brasil e participação das mulheres na política: algumas barreiras para o desenvolvimento democrático. SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIA POLÍTICA, (1., 2015, Porto Alegre). **Anais...** Porto Alegre: UFRGS, 2015. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/sicp/anais/>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

NOREMBERG, Alessandra; ANTONELLO Isabelle Pinto. A trajetória feminina na política brasileira. SEMINÁRIO NACIONAL DE-MANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 22., 2016. **Anais...** Santa Cruz do Sul, UNISC, 2016. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/issue/current>>.30 /current>.30. Acesso em: 12 mar. 2017.

ENSAIO SOBRE O ÓDIO E A INTOLERÂNCIA NA PROPAGANDA ELEITORAL¹

Rodolfo Viana Pereira²

RESUMO

Apesar do crescimento das manifestações de ódio e de intolerância na política brasileira e do posicionamento interventivo e limitador do Tribunal Superior Eleitoral em relação à propaganda eleitoral negativa, o artigo sustenta uma visão favorável à ampliação da liberdade de expressão no ambiente da propaganda eleitoral.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Propaganda eleitoral 2. Intolerância
3. Discurso de ódio
4. Liberdade de expressão

1 O crescimento do ódio nas manifestações políticas brasileiras

As eleições presidenciais de 2014 foram um marco destacado na história da polarização política brasileira. Como consequência, o que

¹ Artigo originalmente publicado em KIM, Richard Pae; NORONHA, João Otávio de (Orgs). **Sistema político e direito eleitoral brasileiro**: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016.

² Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-Graduado em Direito Eleitoral e Administração de Eleições pela Universidade de Paris II. Pós-Graduado em Educação a Distância pela Universidade da Califórnia, Irvine. Membro fundador e Primeiro Coordenador-Geral da Abradep – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Coordenador Acadêmico do IDDE – Instituto para o Desenvolvimento Democrático. Advogado Sócio da Madgav Advogados.

se viu, sobretudo na campanha eleitoral do segundo turno, foi a utilização de estratégias de comunicação de índole negativa, com notas de desqualificação pessoal dos candidatos em disputa. A agressividade da propaganda foi de tal modo marcante que chegou a provocar a revisão da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral sobre os limites da liberdade de expressão no horário eleitoral gratuito³.

Desde então, a cena política brasileira vem presenciando a radicalização do discurso político alimentada pela nota da intolerância, da animosidade e, mesmo, do ódio. Logo após a eleição, foram presenciados na internet posicionamentos difusos contra os nordestinos por parte de alguns segmentos de eleitores da campanha derrotada, a quem se atribuía a “culpa” pela eleição da Presidente Dilma Rousseff em razão, exclusivamente, de um suposto alinhamento eleitoral fisiológico conquistado pela distribuição de benefícios públicos gratuitos.⁴

Ao longo do ano de 2015, eclodem no país várias manifestações populares, sendo as mais expressivas, em termos de número de adesão, as de 15 de março, 12 de abril, 16 de agosto e 13 de dezembro. Convocadas basicamente de modo difuso⁵, em especial pela internet, conviveram com uma ampla pauta reivindicatória⁶, apesar de convergirem nas críticas direcionadas ao Governo Federal, ao Partido dos Trabalhadores e aos seus quadros políticos centrais.

Inaugurado o ano de 2016, dois fatos impactaram a correlação de forças nas manifestações: o avanço do processo de *impeachment*

³ Tal se deu na Representação no 165865/2014, a ser trabalhada mais detidamente a seguir.

⁴ Ver, por exemplo, a interessante matéria intitulada **Preconceito geolocalizado**: o ódio aos nordestinos no Twitter, publicada pelo jornal Huffpost Brasil (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, 2017).

⁵ Apesar da participação de alguns movimentos sociais como o *MBL – Movimento Brasil Livre* e o *Movimento Vem pra Rua* na organização.

⁶ A “carnavalização” das reivindicações nas manifestações não passou despercebida. Ver, por exemplo, o estudo realizado pelo Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital, da Faculdade de Direito da USP (MAIOR, 2015).

da Presidente no Congresso Nacional e as decisões do Juiz Sérgio Moro, na Operação Lava-Jato, de condução coercitiva do ex-Presidente Lula para prestar depoimento, bem como de levantamento do sigilo das interceptações judiciais das suas comunicações telefônicas. Tais fatos provocaram a imediata reação de setores pró-governo, o que culminou na destacada manifestação popular do fim do mesmo mês (31 de março), batizada de “Mobilização Nacional em Defesa da Democracia e Contra o Golpe”.

Como resultado direto deste magma político, tem-se presenciado, de um lado e de outro do espectro, o forte crescimento da animosidade mútua que se espraia, de forma inédita, para os mais diversos setores da vida social: o trabalho, a casa, a sala de aula, os bares, a rua. Essa ambiência foi retratada de modo ímpar nas belas palavras de Sepúlveda Pertence em sua Conferência de Encerramento do V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral, proferida aos 08 de abril desse ano.

Eu vejo na crise de hoje algo que nenhuma reforma poderá vencer e eu não sei como será vencida. Há um contingente que eu não me lembro de ter visto na terrível oposição ao Getúlio de 1954, na tentativa desesperada com a ferrenha, terrível voz oposicionista de Carlos Lacerda, a posse de JK, a crise do veto militar à posse de Jango e a vitória militar de 1964 e os 20 anos de obscurantismo que a ela se seguiu. Eu não vi, eu não me lembro de ter visto um componente da atual crise que é inédito: a animosidade transformada em muitos setores no verdadeiro ambiente de ódio, de intolerância (PERTENCE, 2016).⁷

⁷ A fala reproduzida pode ser conferida às 4h 42min e 28 segs do vídeo disponível em: <<https://www.eventials.com/pontohelp/congresso-brasileiro-de-direito-eleitoral-dia-08/>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

É de se esperar que todo esse clima impacte o discurso eleitoral das disputas municipais deste ano e, bem provavelmente, impacte as eleições gerais de 2018. O componente do ódio, exatamente porque inédito, traz desafios vários ao universo do marketing político, da liberdade de expressão e da regulação jurídica e judicial da propaganda.

2 O “novo modelo” de controle da propaganda eleitoral pelo TSE

O Brasil é marcado, sobremaneira, pelo forte intervencionismo em matéria de propaganda eleitoral. Especialmente ao longo da última década, tem-se presenciado ondas de reforma legislativa cada vez mais restritivas em relação às modalidades de expressão e de convencimento nas campanhas. Nesse período, contamos com nada menos que 04 minirreformas eleitorais voltadas majoritariamente para a regulação da propaganda, com tonalidade limitadora⁸.

Essa tendência também vem sendo observada na própria jurisprudência eleitoral. As bandeiras do combate ao abuso do poder econômico, da proteção à isonomia das candidaturas, do receio do “transbordamento” e da perda de controle sobre o comportamento mediático das campanhas têm sido utilizadas como pano de fundo para justificar uma contestável atitude constritiva.

Essa tendência foi muito bem destacada por Carlos Neves ao sustentar que a propaganda eleitoral vem sendo interpretada com forte apego ao princípio da legalidade estrita e não, como seria de se supor, ao princípio da liberdade (NEVES FILHO, 2012, p. 103-104). Dita visão acaba por limitar a manifestação dos candidatos e o direito à informação por parte dos eleitores, pois termina por autorizar apenas os atos amoldados à tipificação legal estrita. Por outras palavras, o entendimento jurisprudencial majoritário inverte a lógica que

⁸ Lei no 11.300/06, Lei no 12.034/09, Lei no 12.891/13 e Lei no 13.165/15.

deveria ser própria à liberdade de manifestação nas democracias: ao invés de aceitar como válidas todas as formas de manifestação não vedadas, tolhe a liberdade ao proibir as manifestações que não sejam expressamente autorizadas por lei.

Recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral, preocupado com os rumos que a campanha presidencial no segundo turno estava tomando, teve oportunidade de dar um recorte peculiar a esta temática, na trilha da tendência restritiva. No julgamento da Representação nº 165.865, na sessão de 16 de outubro de 2014 (BRASIL, 2014a), a Corte entendeu por limitar o conteúdo da propaganda eleitoral quando realizada no chamado Horário Eleitoral Gratuito. Conforme consta da Ementa do julgado:

ELEIÇÕES 2014. REPRESENTAÇÃO. DIREITO DE RESPOSTA. OFENSA À HONRA. HORÁRIO ELEITORAL GRATUITO. BLOCO TELEVISIVO. MEDIDA LIMINAR. DEFERIMENTO.

1. Nos programas eleitorais gratuitos, as campanhas devem ser programáticas e propositivas, visando ao esclarecimento do eleitor quanto a temas de interesse público.
2. Não é permitido o uso do horário eleitoral gratuito para a veiculação de ofensas ou acusações a adversários, decorrentes de manifestações de terceiros ou de matérias divulgadas pela imprensa.
3. Eventuais críticas e debates, ainda que duros e contundentes, devem estar relacionados com as propostas, os programas de governo e as questões de políticas públicas.
4. Liminar deferida, por maioria, para determinar a suspensão da veiculação do trecho impugnado.

O caso tratava de representação ajuizada pelo candidato oposicionista Aécio Neves contra propaganda realizada pela Coligação Com a Força do Povo, sustentadora da candidata Dilma Rousseff. A peça publicitária sugeria, com base em depoimentos de terceiros, que o referido político, quando era Governador do Estado de Minas Gerais, intimidava jornalistas contrários ao seu governo.

Segundo a petição inicial, a propaganda baseava-se em fatos sem amparo na realidade e atacava a honra do candidato, afrontando sua reputação, dignidade e decoro. Por isso, pediam a suspensão liminar da sua veiculação e, no mérito, a concessão de direito de resposta, bem como a abstenção de reiteração da propaganda impugnada.

O relator Min. Admar Gonzaga votou pelo indeferimento do pedido liminar, com apoio na jurisprudência tradicional que visualiza tal contorno temático como inerente ao debate político, merecedor de resposta no próprio ambiente do horário eleitoral gratuito. No mesmo sentido foi o parecer do Ministério Público Eleitoral.

Após alguns esclarecimentos de fato, a divergência foi inaugurada pelo Min. Gilmar Mendes e seguida pelos Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Dias Toffoli, tendo-se sagrada vencedora. O Ministro Relator foi seguido pelas Ministras Maria Thereza de Assis e Luciana Lóssio no posicionamento minoritário.

Nos debates, dois novos direcionamentos interconectados foram destacados na posição majoritária: a) o debate no horário eleitoral gratuito deve ser propositivo e exclusivamente vinculado à discussão programática, e b) não há espaço para críticas pessoais de candidatos que não estejam conectadas com o debate de questões programáticas.

Portanto, o caráter propositivo, o debate em torno de temas de índole política deve ser a tônica do discurso propagandístico. E a ampla margem de liberdade para exercício da crítica, ainda que ácida ou áspera, sofreu forte redução, aplicando-se, a partir de então, apenas ao universo temático das propostas. Ou seja, com base

nessa nova orientação, não se permite mais a exploração crítica de características e fatos ligados exclusivamente à pessoa do candidato, ainda que não sejam inverídicos, sobretudo se tais fatos tenham sido divulgados no passado por terceiros.

É assim que o Min. Toffoli, sensibilizado com o impacto da exploração no horário eleitoral de acusações ácidas feitas pela imprensa (BRASIL, 2014a, p. 11), evidencia a preocupação no sentido de que a propaganda não se torne um “baile do risca-faca” (BRASIL, 2014a, p. 11, p. 20). Por isso, segundo ele, só se deve admitir debate ácido ou duro “no que diz respeito a questões programáticas e questões de políticas públicas” (BRASIL, 2014a, p. 20). Nas palavras do Min. João Otávio de Noronha: “o horário eleitoral gratuito encontra-se umbilicalmente vinculado a propostas de governo” (BRASIL, 2014a, p. 16).

Subjacente, há também a preocupação quanto à veracidade das informações de caráter pessoal utilizadas nesse ambiente. Especificamente em relação ao caso, o Min. Gilmar Mendes mostrou-se preocupado “diante da falta de fundamentação, da falta de base fática na afirmação” (BRASIL, 2014a, p. 15), o que também foi destacado pelo Min. Luiz Fux ao sublinhar que o “fato é expressivo, é significativo na medida em que incompatibiliza um dos disputantes desta etapa extremamente acirrada [...]” e que, portanto, seria justificável adotar “uma posição menos minimalista e mais maximalista” (BRASIL, 2014a, p. 16).

Houve, ainda, outra questão igualmente citada como razão de decidir, no sentido de que o controle mais rígido do conteúdo da propaganda no horário eleitoral gratuito seria justificável em razão do envolvimento de gasto de dinheiro público. Como se sabe, tal modalidade de publicidade implica renúncia fiscal, a teor do art. 99 da Lei nº 9.504/97⁹. Nessa linha, o Min. João Otávio de Noronha

⁹ A título de curiosidade, os valores são bastante expressivos. Conforme reportagem da Revista *Carta Capital*, de 2002 a 2014, a União deixou de arrecadar aproximadamente 3,5 bilhões de reais (LOCATELLI, 2016).

afirmou textualmente: “[...] penso que não podemos permitir que se gaste o dinheiro público para esse tipo de propaganda eleitoral, para esse tipo de ataque – baixo nível de ataque” (BRASIL, 2014a, p. 16), o que foi seguido também pelo Min. Dias Toffoli quando ressaltou que “[...] o Estado brasileiro arca com esse horário, que sabemos, de gratuito não tem nada, existe a contraprestação do erário, do tesouro em relação ao imposto de renda do uso desse horário.” (BRASIL, 2014a, p. 19).

Como se vê, o *decisum* tem extrema relevância porque inaugura um novo paradigma quanto ao exercício da liberdade de expressão no horário eleitoral gratuito. É um importante *leading case* que sinaliza um novo modo de gerir o controle de conteúdo da propaganda gratuita, com possível extensão ao regime jurídico geral dos demais tipos de publicidade eleitoral.

A própria corrente vencedora fez questão de evidenciar essa viragem no entendimento aplicável ao tema, o que ficou bastante claro nas seguintes palavras do Min. Toffoli: “[...] penso que este julgamento muda a jurisprudência da Corte, sinaliza pró-futuro outro estilo de propaganda eleitoral e, ao mesmo tempo, insta o Congresso Nacional” (BRASIL, 2014a, p. 21) ou, de modo ainda mais veemente: “fica claro que é um novo modelo que se está sinalizando para a propaganda eleitoral gratuita” (BRASIL, 2014a, p. 22).

Esse novo paradigma reconstrói o espaço de liberdade de expressão no horário eleitoral gratuito, afastando expressamente críticas de cunho pessoal desconectadas do debate em torno de propostas. Para alguns Ministros, representa, inclusive, uma exceção consciente às suas próprias pré-compreensões expressamente trabalhadas em julgados anteriores sobre os limites da liberdade de expressão em matéria eleitoral, como é o caso tanto do Min. Toffoli quanto do Min. Luiz Fux.

No caso do primeiro, este já teve oportunidade de deixar registradas as seguintes palavras ao tratar da configuração do ilícito da propaganda eleitoral extemporânea: “Vejam que, há muito tempo, as

minhas premissas são as mais liberais na Corte” (BRASIL, 2014b, p. 20). Quanto ao Min. Luiz Fux, este também deixou consignado em oportunidade anterior sua adesão ao minimalismo judicial de Cass Sustein, sustentando postura de mínima intervenção quando o que estiver em jogo for a análise da pertinência das críticas sobre o conteúdo das propostas dos adversários (BRASIL, 2014c).

Considerado esse novo paradigma interpretativo e o recente acirramento político brasileiro, não é difícil supor que essas duas tendências se confrontarão em breve. Nessa hipótese, algumas indagações surgem de modo inexorável. Os efeitos proibitivos da decisão se estendem também para críticas a candidatos com base em discursos de ódio e de intolerância política? Pode o horário eleitoral gratuito ser palco de mensagens de intransigência em relação a filiação político-ideológica dos adversários?

Por óbvio, a resposta a essas perguntas não é simples. A sondagem segue caminhos tortuosos e difíceis. A começar porque deve partir de uma macrovisão sobre a temática da (in)tolerância e do discurso de ódio, o que certamente levará, ao final, ao enfrentamento dos próprios fundamentos do referido *leading case*, seja para confirmá-los, seja para propor sua revisão. É o que se pretende fazer a seguir, ainda que à moda de ensaio.

3 Aproximações sobre a (in)tolerância no quadro da democracia constitucional

Os debates sobre a (in)tolerância estão intimamente ligados ao princípio da liberdade de expressão. Liberdade esta que mobiliza, no seio do constitucionalismo democrático, uma dupla autonomia: tanto privada, quanto pública. *Autonomia privada* porque o discurso representa o móvel essencial da exteriorização do pensamento, logo, o requisito de possibilidade de desenvolvimento pessoal, o teste de validade

linguística daquilo que se é e daquilo que se pode vir a ser. Também *autonomia pública* porque a fala catalisa o conjunto de visões de uma determinada comunidade política que, a partir de um arranjo normativo pré-constituído – que também é linguagem –, possibilita a metabolização dos valores em jogo e a construção de procedimentos decisórios coletivos que compõem toda forma de organização social complexa¹⁰.

Na doutrina, o conceito de tolerância política pode ser definido como a “predisposição em permitir a expressão de ideias ou interesses opostos”¹¹. Considerada um dos alicerces da tradição liberal e, por que não, da democracia constitucional, sua estrutura baseia-se, em uma primeira aproximação, em dois pilares: a) a existência de um desacordo prévio e b) a neutralidade de conteúdo¹².

A primeira característica aponta para a divergência como um requisito constitutivo do princípio. O acordo, a concordância não convoca a tolerância. Entre partes que se alinham em suas posições, não há o que tolerar. Logo, pressuposta a hipercomplexidade das sociedades contemporâneas, a tolerância ganha relevo na medida em que pressupõe, em essência, o reconhecimento da importância do discurso, do pensamento, ainda que divergentes. Curioso perceber, no fundo, que a tolerância é um trunfo voltado à proteção da divergência, uma nota do altruísmo mínimo necessário à convivência comunitária e o reconhecimento da própria falibilidade, como indivíduo ou grupo.

A segunda característica, a neutralidade de conteúdo, implica o fato de que a atitude de tolerar não se vincula a tipos específicos de discursos, como se fosse possível traçar uma linha divisória en-

¹⁰Sobre a importância dos procedimentos decisórios nas sociedades complexas, ver Luhmann (1989, p. 11).

¹¹ Tradução livre de “willingness to permit the expression of ideas or interests one opposes”, tal como sustentado na importante obra de Sullivan et al. (1982, p. 2).

¹² Ver, por exemplo, Harell (2010, p. 409).

tre o que pode ser considerado um universo de conteúdos aceitáveis (ainda que sujeitos a divergências) e outros não. Não há, em princípio, tipos de fala e atitudes que sejam, *a priori*, excluídos do raio de alcance conceitual da ideia de tolerância. Como se verá, essa é uma posição passível de contestação, na medida em que o desenvolvimento da teoria e as contradições próprias da hipercomplexidade social, mesmo no interior do pensamento liberal, levaram ao reconhecimento da possibilidade de detectar franjas de discurso passíveis de reprovação¹³.

Fato é que nas sociedades com razoável índice de democracia, a incorporação da tolerância nas práticas políticas é, em certa medida, certa e contraditória. Por um lado, há pesquisas indicando um crescimento geral dos níveis de tolerância como consequência do enraizamento das práticas democráticas¹⁴. Por outro lado, em sentido oposto, há igualmente vários estudos demonstrando o aumento setorial dos discursos de intolerância, sobretudo oriundos de grupos específicos: extremistas religiosos, ultranacionalistas etc. (VIEGAS, 2010, p. 94)¹⁵.

Quanto ao primeiro aspecto (*crescimento global da tolerância*), é possível avançar alguns motivos. Em primeiro lugar, a convivência democrática torna cotidiana a exposição ao outro, promovendo

¹³ Há inclusive, na jurisprudência americana, um profícuo debate sobre leis regulatórias cuja constitucionalidade é questionada caso elas promovam a limitação de discursos com base em conteúdos específicos. A distinção é feita por Douglas Fraleigh e Joseph Tuman: “Content neutrality is the first prong of the test, primarily because a regulation’s status as either content neutral or content based is key to determining the level of scrutiny the Supreme Court will use in evaluating the constitutionality of the regulation. By *content neutral*, the Court means that the purpose or motivation behind the regulation is unrelated to the content of the restricted message. [...] *Content based* means that the purpose of the regulation is to restrict a certain message content.” (FRALEIGH e TUMAN, 2010, p. 245).

¹⁴ As investigações científicas sobre essa temática são inúmeras e multifacetárias. Com forte viés empírico, elas vêm se avolumando desde a década de 80 a ponto de existirem, inclusive, sólidas divergências quanto às metodologias aplicáveis para fins de apreciação do tema. Um breve histórico dessas distintas metodologias pode ser visto em Gibson (2013).

¹⁵ Ver também o já mencionado estudo de Gibson (2013).

o confronto de ideias e a experiência da diversidade de pensamento. Isso que podemos chamar de “banalização da divergência” termina por dessacralizar posições fechadas vez que transforma em objeto de debate toda e qualquer visão, pressuposto ou argumento¹⁶.

Em segundo lugar, estar imerso em uma cultura discursiva e heterogênea traz para o universo individual e coletivo a experiência do repensar. Ao experimentar eventuais mudanças ou ajustes nas posições argumentativas iniciais, próprias ou do interlocutor, o partícipe transfere para seu universo pessoal a convivência com a mudança de entendimento ou, na pior das hipóteses, sua plena possibilidade de ocorrência¹⁷.

Em terceiro lugar, a democracia e seus adornos institucionais reforçam a importância simbólica da tolerância em sociedades que atingiram o nível de preocupação com “valores pós-materiais”, para ficarmos com a famosa expressão de Ronald Inglehart. Para este autor, as sociedades que alcançaram certo grau de satisfação de carências materiais voltam seus interesses para valores outros. Essa análise teve o mérito de reconhecer que o advento da sociedade pós-industrial proporcionou algumas condições (sociais, econômicas, políticas, culturais) para o discernimento da relevância de certas questões não vinculadas diretamente às preocupações materiais, tais como a busca por maior participação política, pela proteção ambiental, pela qualidade de vida e, por que não, pelo reconhecimento da dignidade do outro enquanto copartícipe da comunidade política

¹⁶ Há uma pesquisa curiosa realizada na Dinamarca a indicar que o comportamento de grupos extremistas no que se refere a normas mínimas de reciprocidade (não violência, por exemplo) impacta no nível de tolerância que o público em geral tem em relação a eles (PETERSEN et al., 2011, p. 588).

¹⁷ Muito interessante é o estudo de Philip Schwadel e Christopher Garneau que atesta altos índices de tolerância encontrados na chamada geração dos *baby boomers* americanos. Nascidos na década de 40 e 50, eles cresceram em um ambiente turbulento e em épocas de grande questionamento sobre comportamentos sexuais, visões convencionais sobre drogas etc., o que poderia explicar essa maior disposição para abertura à expressão de visões contrárias (SCHWADEL e GARNEAU, 2014, p. 444-7).

(INGLEHART, 1988, p. 70)¹⁸.

Não obstante, embora existam provas deste crescimento global da tolerância, convive-se igualmente com a radicalização de pontos de vista setoriais, marcados por forte preconceito, ausência de predisposição ao diálogo e direcionados a grupos identitários específicos, tais como gays, estrangeiros, negros etc. Há aqui uma parcela de discursos e posicionamentos que insiste em não se mesclar ao universo geral da reciprocidade.

Nesse contexto, a expressão mais representativa dessa franja de opiniões que rompe com o ambiente de tolerância é o chamado “discurso de ódio”. Tais discursos derivam exatamente dessa parcela refratária ao diálogo que, utilizando-se de pré-compreensões excludentes, municia a fala com xingamentos, depreciação e instigação à perseguição de grupos específicos.

Dessa constatação surgem dois dilemas: por um lado, o sistema democrático deve tolerar os discursos de ódio ou há justificativa para a sua restrição e, mesmo, punição? Por outro, ainda que se conclua por um regime jurídico mais restritivo em termos, digamos, de teoria geral do controle do discurso, essa regulação deve ser estendida ao regime da propaganda eleitoral, quando o discurso de ódio se basear em argumentos de índole político-ideológica? Por outras palavras, a mobilização da intolerância e do ódio na propaganda eleitoral, motivada por razões de fundo ideológico, deve se sujeitar ao mesmo regime geral de controle dos discursos de ódio?

4 A tormentosa temática do controle dos discursos de ódio

Ainda que tomemos a questão pelo ângulo estrito do liberalis-

¹⁸ Também aqui, o já citado estudo empírico realizado por Schwadel e Garneau (2014) demonstra que o acréscimo nos níveis de formação escolar de jovens levou ao incremento dos níveis de tolerância.

mo, as restrições a um conceito absoluto de liberdade encontram eco na própria tradição liberal. Isso porque se detecta como outro valor essencial o da posição de igualdade originária dos indivíduos, em razão da inconciliabilidade do liberalismo com a ideia de uma sociedade estamental, isto é, formada por categorias de indivíduos com status preferencial em relação a outros. Na formulação magistral de Robert Simpson, o discurso de ódio revela a tensão existente entre dois compromissos gêmeos do liberalismo: a liberdade de expressão e a igualdade social. Isto é, “se por um lado, os liberais acreditam que o discurso deve ser protegido especialmente contra interferência estatal”, por outro lado, preveem “a utilização da função disciplinar do direito para combater e reformar as hierarquias sociais baseadas em grupos preferenciais” (SIMPSON, 2013, p. 702)¹⁹.

Por derivação, pouco importa o tipo de abordagem, haverá sempre um limite imposto em nome da própria coerência do sistema de liberdade, a justificar o combate a discursos que semeiam o ódio. Até este ponto, nada a divergir. O grande problema é o que surge a seguir a este pressuposto: o que, então, caracteriza uma fala, um comportamento como sendo *discurso de ódio*?

A questão é de extremo relevo porque, em maior ou menor extensão, os ordenamentos jurídicos nacionais preveem, em regra, instrumentos protetivos contra o abuso da liberdade de expressão. Neste ponto, a literatura e os próprios ordenamentos nacionais divergem sobremaneira, seja quanto à definição do que seja *hate speech*, seja quanto a quais medidas jurídicas podem ser adotadas.

No direito comparado, os Estados Unidos da América são

¹⁹ Literalmente: “The legal status of hate speech is an absorbing issue because it lies across a point of tension in liberal democratic thought. On one hand, liberals believe that speech must be specially protected against government interference, particularly where the political character of speech would figure as part of the rationale for the government’s interfering. But liberals also typically want to use the disciplinary function of the law to combat and reform identity-based social hierarchies. The twin liberal commitments to free speech and social equality thus seem to come into conflict where hate speech is at issue” (SIMPSON, 2013, p. 702).

reconhecidamente o país que menos interfere na liberdade de expressão. O fundamento constitucional essencial repousa na 1ª Emenda à Constituição americana, na medida em que esta proíbe o Congresso Nacional de publicar leis que restrinjam a liberdade de expressão²⁰. Em razão deste dispositivo, a jurisprudência alinhouno-se no sentido da máxima proteção da liberdade e, por consequência, da mínima intervenção judicial em termos de restrição ou de reparação de danos.

Os *leading cases* mais famosos são *Brandenburg v. Ohio* (1969)²¹, *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992)²² e *Snyder v. Phelps* (2011)²³. Em todos esses casos, a Suprema Corte americana teve que decidir se fortes manifestações carregadas de preconceitos estariam ou não protegidas pela cláusula do *free speech*. O conteúdo das manifestações fala por si: discursos de supremacia racial e de perseguição a negros e judeus em reunião da Ku Klux Klan, queima de cruz no jardim de uma casa em frente à residência de uma família afroamericana e exortações homofóbicas por ocasião da cerimônia fúnebre de um soldado americano.

Apesar da gravidade dos atos, a Suprema Corte entendeu que todas essas manifestações estavam protegidas pela cláusula da liberdade de expressão. Como consequência direta, estabeleceu que apenas discursos que podem levar a uma ação ilegal dotada de perigo iminente podem se sujeitar a controle e sanção (tese do *imminet lawless action* e do *imminet danger*). Por outras palavras, a ofensa, ainda que grave, só gera consequências condenatórias e limitadoras

²⁰ Texto original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

²¹ 395 U.S. 444.

²² 505 U.S. 377.

²³ 562 U.S. 443.

se provocarem um perigo iminente e real de prática de ações ilegais.

Contudo, se levarmos em consideração a regulação do tema no âmbito internacional, veremos que o espaço de liberdade é bem mais restrito. Há dois marcos regulatórios importantes, ambos introduzidos no sistema nacional brasileiro: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966).

A primeira, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969, traz em seu art. 4º as medidas legais que devem ser adotadas para combater a discriminação:

Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente:

a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;

- b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar a discriminação racial e que a encorajar e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.
- c) a não permitir as autoridades públicas nem às instituições públicas nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.

O segundo, promulgado no espaço jurídico nacional brasileiro pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, trata especificamente da questão nos artigos 20, item 2 e 26:

Artigo 20.2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

A maior parte dos países caminha sob esse mesmo paradigma (HARELL, 2010, p. 410). Distanciando-se do modelo estadunidense, apontam para a possibilidade de restrição de discursos discriminatórios, ainda que incapazes de gerar perigo iminente. Mais do que a preocupação com o deslanche de ações danosas, a regulação

jurídica mira igualmente o conteúdo do discurso. A cláusula geral a orientar a regulação parece ser, portanto, a da “proibição de qualquer forma de discriminação”²⁴.

Não obstante, a questão está longe de se resolver tranquilamente com base nesse critério. Há um imenso debate nos setores especializados a discutir os benefícios e os malefícios de um modelo de regulação mais proibitivo em matéria de discurso de ódio²⁵. E o que mais chama a atenção é a dificuldade visível no ambiente teórico em demarcar o território daquilo que é compatível com a liberdade de expressão, embora possa ser enquadrado no universo semântico do *hate speech*.

E esta delimitação é imprescindível, sob pena de que todo discurso de contraposição a grupos identitários seja qualificado como discriminatório e, logo, interdito. Nesse ponto, a doutrina deveria apresentar um critério que fosse capaz de mapear adequadamente a dispersão semântica do termo “discurso de ódio”, definindo o que pode ser enquadrado como tal – logo, passível de controle – e o que, apesar de incômodo e mesmo ultrajante, está protegido pela liberdade de expressão.

Uma análise exploratória na doutrina demonstra esse impasse. Fiquemos com duas tentativas de classificação. A primeira, sustentada por Caleb Yong que propõe a possibilidade de regulação (e restrição) dos discursos, à luz do princípio da liberdade de expressão (*free speech principle – FSP*), consoante a seguinte classificação: 1) discursos cobertos vs. não cobertos (*covered vs. uncovered speech*) e, 2) como subdivisão dos discursos cobertos, os discursos protegidos e não protegidos (*protected vs. unprotected speech*). Os discursos não

²⁴ O Brasil também segue essa trilha. Além da incorporação de ambos os tratados mencionados, há ainda um conjunto de normas infraconstitucionais que regulam diretamente a questão. É o caso, a título de exemplo, da Lei no 7.716, de 05 de janeiro de 1989.

²⁵ Lawrence Liang sustenta, por exemplo, que, na Índia, organizações de extrema-direita fazem uso estratégico da legislação regulatória dos discursos de ódio para limitar, de modo abusivo e sistemático, as liberdades individuais (LIANG, 2015).

cobertos (*uncovered speech*) e os discursos que, embora cobertos, não são protegidos pelo FSP (*unprotected speech*) devem ser regulados e limitados por instrumentos jurídicos de controle (YONG, 2011, p. 385–403).

De modo mais detalhado, na primeira categoria, a dicotomia apresentada se dá em relação a discursos albergados pela liberdade de expressão e outros completamente excluídos. Neste último caso, são exemplos de *uncovered speech* a prática de crimes tais como calúnia, perjúrio, *insider trading*, dentre outros. Não obstante a existência, para o autor, de discursos que se acomodam ao FSP (*covered speech*), alguns são passíveis de regulação e outros absolutamente livres. Por isso, avança aquela segunda categoria: dentre os discursos cobertos pelo FSP, há discursos protegidos e outros não protegidos, sendo esses últimos passíveis de restrição.

Estabelecido este universo referencial, o autor promove a classificação dos discursos quanto ao seu conteúdo para fins de tipificação final entre conteúdos reguláveis e conteúdos livres. Para tanto, são criadas 4 (quatro) categorias distintas de “discursos de ódio”: 1) discriminação direcionada; 2) discriminação difusa; 3) defesa política organizada em prol de políticas de exclusão e/ou de eliminação; 4) outras assertivas de fato ou de valor que constituem um juízo adverso sobre um grupo identitário definido²⁶.

O primeiro tipo de discurso (*discriminação direcionada*) seria enquadrado na categoria *uncovered speech*, logo, não coberto pelo FSP e inadmitido pelo ordenamento. Ou seja, naqueles casos em que há discriminação caracterizada pela vontade de ferir, insultar ou intimidar um indivíduo ou um pequeno grupo de pessoas, motivada pela hostilidade em razão de sua base identitária.

O segundo tipo de discurso (*discriminação difusa*), apesar de

²⁶ Respectivamente: 1) targeted vilification; 2) diffuse vilification; 3) organised political advocacy for exclusionary and/or eliminationist policies; 4) other assertions of fact or value which constitute an adverse judgment on an identifiable racial or religious group. Tradução livre (YONG, p. 385).

contido no raio da liberdade de expressão, deve ser restringido, vez que se insere nas categorias dos *unprotected/regulable speech*. Apesar de o direcionamento ser difuso, o objetivo do discurso ainda pode ser caracterizado como o de intimidar ou de ferir. O autor cita, como exemplo, a polêmica marcha neonazista na cidade de Skokie (EUA) onde vive um grande número de judeus, incluindo sobreviventes do Holocausto.

O terceiro tipo de discurso (*defesa de políticas de exclusão ou eliminação*), também é passível de limitação (*regulable speech*), ainda que coberto pelo FSP. Trata-se aqui das hipóteses de sustentação pública de exclusão de certos grupos identitários da plena fruição de direitos fundamentais ou da eliminação desses grupos através de limpeza étnica ou repatriação forçada.

Por fim, o único discurso livre, na medida em que coberto e protegido, é o quarto tipo, atinente a declarações de fato ou de valor que constituam um juízo contrário a um grupo identitário. Para o autor, a resposta correta aqui é a tônica do “mais discurso”, já que tais assertivas possuem claro conteúdo cognitivo e, por isso, podem ser respondidas adequadamente através de discursos deliberativos e articulados. Dá como exemplo falas pejorativas, associando certo grupo étnico ou religioso à criminalidade ou doença.

A segunda tentativa doutrinária de definição conceitual trazida à análise é a de Bhikhu Parekh que desenvolve três núcleos essenciais a tipificarem o discurso de ódio: 1) atitude direcionada a um indivíduo ou a um grupo identificável de indivíduos; 2) estigmatização do alvo, mediante a atribuição de um conjunto de qualidades constitutivas depreciativas, indesejáveis, mesmo demonizadoras, impossíveis de serem alteradas e que subjagam permanentemente seus membros; e 3) exclusão do grupo do conjunto das relações sociais normais, considerando sua existência como hostil e inaceitável (PAREKH, 2006, p. 214).

A partir desse enquadramento conceitual, Parekh (2006) faz

um interessante esforço de qualificar tipos específicos de frases enquadrando-as em quatro categorias: 1) discursos de ódio; 2) discursos de ódio a depender do contexto de fala; 3) discursos de suspeição, mas não de ódio; e 4) discursos não caracterizáveis como de ódio. Alguns exemplos de frases e comportamentos correlatos:

- Tipo 1: “Criolos voltem pra casa”. “Islam fora da Inglaterra!”. “Negros são inerentemente inferiores e predispostos a praticar crimes, por isso devem ser proibidos em áreas nobres”. “Judeus são conspiradores, desonestos e pretendem dominar o país”.
- Tipo 2: “O Holocausto nunca ocorreu. É uma invenção judaica criada para conquistar simpatia, compensação financeira e justificar a criação do Estado de Israel”. “Judeus devem condenar a si próprios pelo seu sofrimento nas mãos de outros povos. Eles mataram nosso Senhor e alguns admitiram, no seu julgamento, que ‘Seu sangue caia sobre nós e nossos filhos’. Eles estão merecidamente vivendo as consequências desta praga”.
- Tipo 3: Pôster com uma mulher de burka e a seguinte frase: “Quem sabe o que ela está carregando por baixo da sua roupa sinistra e horrenda? Bens roubados, armas, talvez até bombas?”.
- Tipo 4: A abordagem literária de Salman Rushdie’s no livro “Versos Satânicos”²⁷.

²⁷ A abordagem envolve narrativa com uso de elementos de realismo mágico e tangencia questões ligadas à teologia do islamismo.

Como se percebe nesta breve exploração, há uma dificuldade em traçar uma linha divisória clara entre o que pode e o que não pode ser admitido à luz do princípio da liberdade de expressão. Em Yong (2011), a dificuldade maior está no fato deste não conseguir definir de modo seguro o que seriam as tais “outras assertivas sobre fatos e valores” que não se enquadrariam nos conceitos precedentes de “discriminação direcionada” ou “discriminação difusa”. Em Parekh (2006), a definição do que não se enquadra na categoria de “discurso de ódio” está atrelada à descrição específica de um único exemplo (o romance de Rushdie’s) como sendo prova da ausência de atribuição de qualidades indesejáveis aos muçulmanos ou de sustentação de sua incapacidade de viver em sociedade, o que, por si só, é pouco conclusivo.

Ambos os autores introduzem outro fator que leva à maior complexidade e dificuldade conceitual: para eles, determinadas assertivas podem ou não ser consideradas discursos de ódios a depender do *contexto de aplicação*, seja em razão da motivação do agente (YONG, 2011, p. 394), seja em razão do conjunto de circunstâncias históricas e culturais (PAREKH, 2006, p. 215).

Como avançado aqui de modo exploratório, nota-se haver um longo caminho para o aprimoramento dos critérios analíticos hábeis a separar, conceitualmente, de modo rigoroso, discursos de ódio de discursos protegidos pela liberdade de expressão, ainda que incômodos e desprezíveis. É uma trilha importante, pois, como já referido, a ausência de definição mínima arrisca arrastar para a modalidade do *proibido* todo e qualquer discurso de contraposição a grupos identitários, o que, com base nos pressupostos deste ensaio, considera-se equivocado. Na prática, a construção conceitual para fins de avaliação da incidência ou não de instrumentos jurídicos limitativos e compensatórios varia segundo o sabor casuístico do enquadramento judicial do fato.

Logo, se nem mesmo no regime geral de controle dos discurs-

sos de ódio é possível chegar a um conceito estável, o que se dirá no regime específico da propaganda eleitoral quando o que está em jogo é a depreciação, a desvalorização do outro e de suas propostas em razão de suas convicções político-ideológicas.

Por isso, mais uma vez, não há como afastar certas indagações: o marco conceitual regulatório próprio ao que temos chamado de regime geral de controle dos discursos de ódio pode ser estendido às hipóteses de intolerância e de intransigência destiladas em razão de opções político-ideológicas? Em complemento: o espaço de comunicação próprio da propaganda eleitoral deve ser imunizado contra tais tipos de discursos?

5 Intolerância eleitoral e revisão jurisprudencial

A questão central aqui debatida envolve a dúvida sobre se o “discurso eleitoral” deve ser submetido a regime jurídico distinto no que se refere a práticas de intolerância e discursos de ódio baseados em divergências político-ideológicas. A resposta deve ser positiva. Discursos virulentos, em sede de propaganda eleitoral, mesmo que desnaturalizem o concorrente quanto às suas opções político-ideológicas não devem ser coibidos de modo comparável ao que se pratica no regime jurídico aplicável à liberdade de expressão em geral. A tese fundamental deste ensaio é a de que se justifica, nessa hipótese, adotar uma posição próxima do paradigma estadunidense da *imminent lawless action*.

A começar pelo fato de que é incomum considerar o alinhamento ideológico a algum grupo político-partidário como exemplo de base identitária merecedora de proteção. As próprias normas protetivas existentes no âmbito interno e internacional demonstram isso, pois, ao se referirem à proteção contra discriminação, fazem em regra menção basicamente a religião, gênero, sexo, racismo e

etnia. No Brasil, até onde se tem notícia, apenas o art. 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos faz referência à discriminação por *opinião política*.

Aqui vai um importante esclarecimento conceitual. Por certo, atitudes que gerem discriminação pessoal em razão de alinhamento político a esta ou aquela corrente devem ser punidas com base nos estatutos jurídicos tradicionais, como é o caso do próprio direito penal. São exemplos as hipóteses tradicionais de calúnia, assédio moral e demissão motivados por razões políticas. Não deve ser este o caso, contudo, quando a intolerância se circunscrever ao mero nível linguístico, a partir de ódio ou animosidade destilados em propaganda eleitoral, afastado qualquer *perigo iminente*. Nesta hipótese, o que se sustenta, é a necessidade de aproximação do modelo de controle praticado nos EUA.

Em segundo lugar, porque a lógica de proteção ínsita à regulação do discurso de ódio esteve majoritariamente associada à proteção de minorias qualificadas em razão da perenidade de alguns traços identitários: cor da pele, gênero, filiação religiosa, orientação sexual, etnia etc. O discurso eleitoral trata de opções valorativas que, apesar de atreladas prioritariamente a este ou àquele grupo, são sujeitas às intempéries e viragens próprias da alternância democrática. Rótulos como “direita” e “esquerda”, “neoliberal” e “bolivariano”, para ficar com alguns exemplos, variam em termos de relevância e adesão em razão das próprias alterações das prioridades políticas que são, sempre, circunstanciais e mutáveis nas democracias.

Em terceiro lugar, no Brasil, após a redemocratização, não há concretamente histórico de violência física e/ou simbólica quanto às correntes antagônicas em questão. As divergências, por mais ácidas que sejam, convivem no espaço aceitável da prática democrática. Ao menos, até a conclusão deste ensaio. Por isso, apesar de a polarização política ter aumentado consideravelmente, tal como descrito no

início deste artigo, a solução julgada mais adequada neste momento é a da tradicional resposta liberal e democrática: para combater o discurso, nada melhor que o discurso; para corrigir as instabilidades típicas dos regimes democráticos, nada melhor do que mais democracia (PEREIRA, 2010, p. 135). O expurgo do dissenso político-eleitoral extremado só será possível (se realmente o for) através de mais discurso, de mais visibilidade, de mais exposição.

Quarto, na exposição do DNA ideológico de candidatos a cargos eletivos, a fronteira entre o que é história pessoal e programa político sustentado se esfacela. Traços sobre dados individuais compõem o mosaico que ajuda a formar o juízo do eleitor sobre as melhores opções políticas em jogo. O palanque mediático deve e pode ser usado para explorar características de índole pessoal e o julgamento acerca do que é positivo ou negativo, válido ou inválido deve ficar a cargo do eleitor.

Tais argumentos são reforçados por um interessante estudo de Joost van Spanje e Claes de Vreese a propósito do impacto eleitoral causado ao Partido da Liberdade holandês em razão da perseguição judicial promovida contra um de seus quadros que preferira discurso de ódio contra imigrantes. Mais especificamente, o estudo abordou o caso da condenação do Deputado Geert Wilders por declarações discriminatórias, tais como “Já estou saturado de Alcorão na Holanda; temos simplesmente que banir este livro fascista” (SPANJE e VREESE, 2015).

Realizado a partir de várias pesquisas de opinião na sociedade holandesa, a investigação acabou por demonstrar que, de um modo geral, a proposição do processo judicial e a decisão condenatória acabaram por aumentar o apoio eleitoral ao Partido, a curto e a longo prazos. Certamente, o universo de pesquisa é restrito – os próprios autores são cautelosos quanto à generalização das conclusões –, mas oferece material empírico relevante para apoiar a ideia de que a proibição e a punição de discursos de ódio na linguagem político-eleitoral revela matizes distintas, sobretudo se os discursos de intransi-

gência tiverem como conteúdo o alinhamento político-ideológico do candidato ou do Partido atacado, tal como delimitado neste ensaio.

Com base nessas premissas, é válido repensar o paradigma jurisprudencial inaugurado pelo TSE na já citada Representação nº 165865, de outubro de 2014. Por mais que se entenda e louve a preocupação da Corte em estimular o bom combate²⁸, a análise consequencialista dos efeitos negativos ou positivos de uma campanha extravasa o poder preditivo da Justiça Eleitoral. Sendo a democracia o regime cujo “lugar do poder” é um “lugar vazio”, não ocupável, para usar a bem-sucedida expressão de Claude Lefort (1993, p. 93), e sendo a crise um dos seus elementos constitutivos ontológicos (PEREIRA, 2010, p. 129), a gestão do que pode ou não ser dito em matéria de discurso eleitoral deve se submeter ao regime da liberdade de expressão que conclama uma atitude minimalista quanto ao controle dos conteúdos de fala.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão** RP 1658-65.2014.6.00.0000. Classe 42. Brasília. DF. Relator Min. Admar Gonzaga. 16.10.2014. PSESS - Publicado em Sessão, Data 16/10/2014. **PSESS - Publicado em Sessão**, Data 16/10/2014a. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=50982&noCache=702193840>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

²⁸ No mesmo sentido, Fernando Neisser levanta dúvidas sobre a adequação de uma perspectiva intervencionista no conteúdo da propaganda eleitoral. Para o autor, sequer é justificável a criminalização da mentira na propaganda, tal como instituído pelo artigo 323 do Código Eleitoral. (NEISSER, 2016, p. 279).

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão**. REC-RP 380-29.2014.6.00.0000. Classe 42. Brasília. DF. Relator originário Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Redator para o acórdão Min. Gilmar Mendes. **PSESS - Publicado em Sessão**, Data 07/08/2014b. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=50438&noCache=211955190>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão**. RP 1201-33.2014.6.00.0000. Classe 42. Brasília. DF. Relator Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. **Publicado em Sessão – PESS**, 23.09.2014c. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=50739&noCache=1225300151>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

FRALEIGH, Douglas M.; TUMAN, Joseph S. **Freedom of expression in the marketplace of ideas**. Thousand Oaks, CA: SAGE Publ, 2010.

GIBSON, James L. Measuring political tolerance and general support for pro-civil liberties policies: notes, evidence, and cautions. **Public Opinion Quarterly**, v. 77, Suppl. 1, p. 45-68, 2013.

HARELL, Allison. The limits of tolerance in diverse societies: hate speech and political tolerance norms among youth. **Canadian Journal of Political Science**, n. 43, v. 2, p. 407-432, 2010.

INGLEHART, Ronald. La nuova partecipazione nelle società post-industriali. **Rivista Italiana di Scienza Politica**, anno 18, n. 3, p. 403-445, dic. 1988.

LEFORT, Claude. L'Indeterminazione, qualità della democrazia. **Democrazia e diritto**, anno 33, n. 3, lug./set., p. 83-97, 1993.

LIANG, Lawrence. Censorship and the politics of micro-fascism. **Television & New Media**, v. 16, n. 4, p. 388-393, 2015.

LOCATELLI, Piero. **Horário eleitoral ‘gratuito’ é pago e sem transparência**. 25 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.carta-capital.com.br/politica/horario-eleitoral-2018gratuito2019-pago-e-sem-transparencia-4821.html>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch verfahren**. 2.Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Dialética das manifestações**. São Paulo: USP: Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital, 2015. Disponível em: <<https://grupodepesquisatrabalhoecapital.wordpress.com/2015/04/06/dialetica-das-manifestacoes/>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Crime e mentira na política**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NEVES FILHO, Carlos. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

PAREKH, Bhikhu. Hate speech: is there a case for banning? **Public Policy Research**, v. 20, p. 213-223, dec. 2005/feb. 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PERTENCE, Sepúlveda. CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ELEITORAL. Curitiba: IPRADE, 09 de abril de 2016. **Anais...** Disponível em: <<https://www.eventials.com/ponto/help/congresso-brasileiro-de-direito-eleitoral-dia-08>> Acesso em: 14 abr. 2016.

PETERSEN, Michael; SLOTHUSS, Rune; STUBAGER, Rune; TOGEBY, Lise. Freedom for all? The strenght and limits of political tolerance. **British Journal of Political Science**, v. 41, n. 3, p. 581-597, jul. 2011.

SCHWADEL, Philip; GARNEAU, Christopher R. H. An age-period-cohort analysis of political tolerance in the United States. **Sociological Quarterly**, v. 55, p. 421-452, 2014.

SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm, and hate speech. **Law and Philosophy**, v. 32, n. 6, p. 701-728, 2013.

SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The Good: the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. **Party Politics**, v. 21, n. 1, p. 115-130, 2015.

SULLIVAN, John L.; PIERSESON, James E.; MARCUS, George E. **Political tolerance and american democracy**. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Núcleo de pesquisa em conexões intermediáticas. **Preconceito geolocalizado: o ódio aos nordestinos no Twitter**. 2017. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/ufmg-nucon/preconceito-geolocalizado-odio-nordestinos-twitter_b_5942628.html>. Acesso em: 26 abril 2016.

VIEGAS, José Manuel Leite. Political tolerance in Portugal and Spain: the importance of circumstantial factors. **Portuguese Journal of Social Science**, v. 9, n. 2, p. 93-107, 2010.

YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res. Publica**, v. 17, n. 4, p. 385-403, 2011.

INELEGIBILIDADE – DOAÇÃO DE RECURSOS DE FORMA IRREGULAR

Gustavo Leandro Martins dos Santos¹

RESUMO

Com os decorrentes escândalos relativos às doações irregulares de campanha, referentes às “trocas de favores” entre empresas, empresários e eleitores, para obtenção de vantagens/preferências ilícitas em contratos e convênios com a administração pública nas diferentes esferas dos poderes, a legislação e a jurisprudência eleitoral foram forçadas a evoluir na tentativa de coibir práticas irregulares e corriqueiras na história da política brasileira. A legislação prevê punição para quem pratica doação irregular, com sanções de multa e inelegibilidade para infrator, mas que ainda não eram tão eficazes para coibir tal prática. Como resultado da tentativa de aperfeiçoamento, foi editada a Lei nº 12.034/2009, que derogou a Lei nº 9.504/1997, retirando de seu texto o artigo 81 e seus parágrafos, que tratavam especificamente das doações de campanhas feitas por Pessoas Jurídicas, tornando tal prática vedada em nosso ordenamento jurídico. Assim, o artigo tem por foco apontar as regras do direito eleitoral que regulamentam a matéria, bem como suas consequências jurídicas, analisando de forma objetiva os critérios para apuração e punição daqueles que praticam doações irregulares, fazendo uma abordagem legislativa e jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral.

¹ Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pela União das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU). Foi professor do curso de MBA e pós-graduação do Instituto Superior de Pesquisa e Pós-Graduação (ISUPP). Professor de Direito Administrativo e Tributário da Faculdade de Direito de Alta Floresta (FADAF) e Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Doação de campanha
2. Irregularidade - Ilegalidade
3. Medida judicial 4. Inelegibilidade

1 Introdução

Os limites para doações em dinheiro feitas por pessoas físicas estão estabelecidos no artigo 23, §1º, inciso I, da Lei nº 9.504/1997, sendo que tais doações não devem superar 10% (dez por cento) do rendimento bruto que o doador auferiu no ano anterior ao da eleição, sob pena de pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso (artigo 23, §3, da lei nº 9.504/97).

Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 1º A - O candidato poderá usar recursos próprios em sua campanha até o limite de gastos. § 2º As doações estimáveis em dinheiro a candidato específico, comitê ou partido deverão ser feitas mediante recibo, assinado pelo doador, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 28 (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013).

§ 3º A doação de quantia acima dos limites fixados neste artigo sujeita o infrator ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

Merece destaque que a Lei nº 9.504/97 não distinguiu o denominado rendimento bruto tributável, este considerado pela Receita Federal do Brasil no momento do cálculo do Imposto de Renda, do rendimento bruto total.

Contudo, tal entendimento carece de razoabilidade, e o cálculo dos valores passíveis de doação devem recair na totalidade dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior ao da eleição, incluindo-se aqueles advindos, por exemplo, de atividade rural.

Além da aplicação de multa prevista na Lei nº 9.504/97, o infrator também está sujeito à sanção prevista no artigo 1º, inciso I, alínea “p”, da Lei Complementar nº 64/90, tornando-o inelegível pelo prazo de 08 (oito) anos.

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Ressalte-se que, no caso de pessoa jurídica, a Lei nº 12.034/2009 derogou a Lei nº 9.504/1997, retirando de seu texto o artigo 81 e seus parágrafos, que tratavam especificamente das doações de campanhas feitas por Pessoas Jurídicas, tornando tal prática totalmente vedada, não importando o valor envolvido.

Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou co-

ligações. (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição. (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 2º A doação de quantia acima do limite fixado neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso. (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no § 1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa. (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015)

A questão da derrogação da Lei nº 9.504/97 trouxe à justiça eleitoral uma série de questionamentos sobre o tratamento jurídico dado àqueles casos em que houve doação acima do limite legal, quando em vigor o dispositivo agora não mais vigente.

A jurisprudência do TSE tem sido fixada no sentido da aplicação do princípio *tempus regit actum*, em detrimento do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 16-75/SP RELATOR: MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA EMENTA: ELEIÇÕES 2014. REPRESENTAÇÃO. DOAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. DECISÃO REGIONAL. MANUTENÇÃO. PROCEDÊNCIA. IMPOSIÇÃO. MULTA NO MÍNIMO LEGAL. Agravo regimental de

Perplan Empreendimentos e Urbanização Ltda. 1. As Sociedades de Propósito Específico (SPEs) são pessoas jurídicas formadas para a execução de determinado empreendimento, dotadas de personalidade jurídica e patrimônio próprios, distintos dos demais empreendimentos da sociedade majoritária ou da incorporadora. 2. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral sobre os grupos econômicos, aplicável ao caso por analogia, é no sentido de que o limite de doação então previsto no art. 81, § 1º, da Lei nº 9.504/97 deve ser aferido a partir do faturamento bruto da pessoa jurídica doadora, não sendo possível a soma dos faturamentos das pessoas jurídicas componentes de determinado grupo. 3. É firme a jurisprudência no sentido de que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem balizar a fixação da multa nos limites de que trata o § 2º do art. 81 da Lei nº 9.504/97, sendo inviável a sua fixação abaixo do limite legal. 4. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.650 agravou a situação dos doadores empresariais. Antes, algumas empresas estavam proibidas de doar em razão de, por exemplo, serem concessionárias públicas, e todas as que podiam estavam proibidas de fazê-lo em valor superior a 2% do faturamento bruto verificado no ano anterior. No quadro atual, independentemente de valores ou da manutenção de determinados tipos de contratos públicos, todas as pessoas jurídicas estão proibidas de doar recursos financeiros para os partidos políticos ou para os candidatos com destinação às campanhas eleitorais. 5. **Na hipótese em exame, é impróprio afirmar a incidência do princípio da retroatividade da lei benéfica em favor da doadora, seja por não se tratar na espécie de sanção penal, seja porque a retroativi-**

dade da norma não penal pressupõe a existência de regra expressa que a determina, e, principalmente, porque não há lei mais benéfica que permita sem nenhum limite ou sanção as doações realizadas pelas pessoas jurídicas. 6. No caso, por se tratar de ato jurídico perfeito cuja prática configurou irregularidade administrativa, é aplicável o princípio *tempus regit actum*. A revogação da norma que impõe multa não implica a isenção dos responsáveis em relação às sanções vigentes no momento em que a irregularidade foi praticada. 7. O Direito Eleitoral tem como princípio fundamental a igualdade de chances, para assegurar que os direitos e os deveres sejam respeitados e aplicados de forma igualitária nos pleitos eleitorais. Agravo regimental do Ministério Público Eleitoral A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a aplicação das penalidades previstas nos §§ 2º e 3º do art. 81 da Lei nº 9.504/97 não é cumulativa, de forma que as penas devem ser impostas com a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em conta a gravidade da infração. Agravos regimentais aos quais se nega provimento. DJE de 7.11.2016 (grifo do autor).

Fonte Informativo TSE ano 18, n. 13, 31 out. / 20 de nov. 2016.

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 12-81/SP RELATOR: MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ES-

PECIAL. DOAÇÃO ACIMA DO LIMITE LEGAL. PESSOA JURÍDICA. Agravo regimental de Nelben – Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda. – EPP 1. No procedimento de quebra do sigilo fiscal, o contraditório é exercido de forma diferida, o que não configura ilegalidade. 2. É firme a jurisprudência no sentido de que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem balizar a fixação da multa nos limites de que trata o § 2º do art. 81 da Lei nº 9.504/97, não sendo possível fixá-la abaixo do mínimo legal. 3. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.650 agravou a situação dos doadores empresariais. Antes, algumas empresas estavam proibidas de doar em razão de, por exemplo, serem concessionárias públicas, e todas as que podiam estavam proibidas de fazê-lo em valor superior a 2% do faturamento bruto verificado no ano anterior. No quadro atual – independentemente de valores ou da manutenção de determinados tipos de contratos públicos –, **todas as pessoas jurídicas estão proibidas de doar recursos financeiros para os partidos políticos ou para os candidatos com destinação às campanhas eleitorais**. 4. No extrato do julgamento da ADI nº 4.650/DF, rel. Min. Luiz Fux, julgada em 17.9.2015, constou: “o Tribunal rejeitou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por não ter alcançado o número de votos exigido pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99, e, conseqüentemente, **a decisão aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão. Com relação às pessoas físicas, as contribuições ficam reguladas pela lei em vigor**”. 5. No caso, por se tratar de ato jurídico perfeito cuja prática configurou irregularidade administrativa, é

aplicável o princípio *tempus regit actum*. A revogação da norma que impõe multa não implica isenção dos responsáveis em relação às sanções vigentes no momento em que a irregularidade foi praticada. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL – A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a aplicação das penalidades previstas nos §§ 2º e 3º do art. 81 da Lei nº 9.504/97 não é cumulativa, de forma que as penas devem ser impostas com a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em conta a gravidade da infração e as peculiaridades do caso, como ocorreu na espécie. Agravos regimentais aos quais se nega provimento. 8 Informativo TSE – Ano 18, n. 13 Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto do relator. Brasília, 27 de outubro de 2016. MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA–RELATOR. DJE de 8.11.2016 (grifo do autor).

Fonte Informativo TSE ano 18, n. 13, de 31 out./20 nov. 2016.

2 Da medida judicial para apuração da irregularidade da doação

A medida judicial adequada para averiguação da irregularidade da doação se dá por meio de Representação, proposta pelo Ministério Público Eleitoral, dentro do lapso temporal estipulado no artigo 24-C, § 3º, da Lei nº 9.504/97, com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015.

Art. 24-C. O limite de doação previsto no § 1º do art. 23 será apurado anualmente pelo Tribunal Superior

Eleitoral e pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

§ 3º A Secretaria da Receita Federal do Brasil fará o cruzamento dos valores doados com os rendimentos da pessoa física e, apurando indício de excesso, comunicará o fato, até 30 de julho do ano seguinte ao da apuração, ao Ministério Público Eleitoral, **que poderá, até o final do exercício financeiro, apresentar representação com vistas à aplicação da penalidade prevista no art. 23** e de outras sanções que julgar cabíveis. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)_(grifo do autor).

Segundo Alvim (2012), a representação em questão pretende coibir e punir as pessoas físicas que realizarem doações de campanha, em valores superiores ao permitido por lei. Resguarda-se pela sua via, portanto, a igualdade de oportunidade entre os candidatos, na medida em que obsta a influência desmedida do poder econômico no evento eleitoral.

Embora, na prática, a ação seja processada tanto com base no artigo 96, da Lei nº 9.504/97, quanto no rito da LC nº 64/90, por força do previsto no artigo 30-A, da Lei das Eleições, deveria ser aplicado, no processamento da ação de captação ou gasto ilícito de recursos, o procedimento previsto no artigo 22, da Lei Complementar nº 64/1990.

Cumprе consignar que o Tribunal Superior Eleitoral admite o julgamento conforme o estado do processo nas ações eleitorais, inclusive as que correm pelo rito do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90. Nesse sentido:

[...] I – Não obstante prevista dilação probatória no rito da investigação judicial (Lei Complementar nº 64/90, art. 22, I, a), esta se dará tão somente quando cabível.

Dispensável quando a apreensão dos fatos submetidos ao exame da justiça eleitoral reclamar prova exclusivamente documental, já produzida nos autos.

[...] (Acórdão nº 404, de 5.11.2002, relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira) (grifo do autor).

Ainda quanto ao processamento, importante frisar que o TSE formou entendimento de que para aplicação da sanção relativa à inelegibilidade (artigo 1, da LC nº 64/90), a ação precisa ser processada pelo rito previsto no artigo 22, da LC nº 64/90, tendo em vista garantir ao representando meios de defesa bem mais amplos que o rito previsto no artigo 96, da Lei nº 9.504/97.

AUTOS TSE Nº 946-81.2012.6.26.0401 RESPE - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 94681 - FERRAZ DE VASCONCELOS - SP Acórdão de 28/02/2013 Relator(a) Min. José Antônio Dias Toffoli Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 61, Página 51/52

Ementa: ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. VEREADOR. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, p, da LC Nº 64/90. DOAÇÃO ACIMA DO LIMITE LEGAL. DESPROVIMENTO. 1. Aplicabilidade dos prazos de inelegibilidade previstos na Lei Complementar nº 135/2010 aos prazos de inelegibilidade já findos, desde que ainda em curso o novo prazo. 2. **Para a incidência da causa de inelegibilidade prevista na alínea p do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, é necessário que a representação por doação irregular de campanha tenha observado o procedimento previsto no art. 22 da LC nº 64/90, uma vez que tal**

procedimento oportuniza ao representado defesa bem mais ampla que a do rito do art. 96 da Lei nº 9.504/97. 3. Ao instituir as hipóteses de inelegibilidade, a lei descreve fatos objetivos, os quais se presumem lesivos à probidade administrativa, à moralidade para exercício de mandato, bem como à normalidade e legitimidade das eleições, valores tutelados pelo art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

4. Doação acima do limite é doação ilegal. 5. Ausência de prequestionamento. 6. Agravo regimental desprovido. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, nos termos do voto do Relator.” (grifo do autor)

Decisões no mesmo sentido:

Precedente: RESPE Nº 26120 (REspe) - PR, Ac. DE 27/09/2012, Rel.: José Antônio Dias Toffoli Inteiro Teor

Precedente: RO Nº 148584 (RO) - SE, Ac. DE 28/10/2010, Rel.: Marcelo Henriques Ribeiro De Oliveira Inteiro Teor

Precedente: RESPE Nº 883723 (AgR-REspe) - SC, Ac. DE 15/09/2010, Rel.: Arnaldo Versiani Leite Soares Inteiro Teor

Precedente: RESPE Nº 32677 (AgR-REspe) - MS, Ac. DE 02/02/2009, Rel.: Marcelo Henriques Ribeiro De Oliveira Inteiro Teor

3 Das sanções

A decisão que jugar procedente a representação deverá se atentar às sanções a serem aplicadas, inicialmente, na fixação do percen-

tual da multa, que, segundo o artigo 23, da Lei nº 9.504/97, varia entre 5 (cinco) a 10 (dez) vezes o valor doado em excesso.

Sabe-se que a realização da justiça nos casos concretos demanda ponderação, isto é, impõe que a pena aplicada guarde proporção com o ilícito cometido, ou seja, adeque-se ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido, Azevedo (2008) ensina que o princípio da proporcionalidade é destinado tanto ao legislador quanto ao julgador. Assim, em suas palavras,

Cabe ao legislador criar leis e impor sanções que sirvam para inibir determinadas condutas praticadas pela sociedade (prevenção geral), bem como sirvam para dissuadir o agente a não mais praticar a conduta (prevenção especial).

Ao julgador cabe analisar o caso concreto e estabelecer a pena conforme a situação.

Mas o trabalho do magistrado não se limita. Na hipótese de o legislador não observar o princípio da proporcionalidade caberá ao magistrado, utilizando regras de hermenêutica, aplicar o princípio em estudo.

Entretanto, o TSE, não admite, no que toca à fixação da pena pecuniária, que seja ela posta em patamar inferior ao mínimo legal. Ademais, tal conduta, se realizada, violaria o princípio da legalidade e a separação dos poderes.

A fixação da multa pecuniária do art. 33, §3º, da Lei nº 9.504/97, reproduzida no art. 17 da Res. TSE nº 23.190/2009, deve levar em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não sendo possível, no entanto, impor sanção em valor abaixo do mínimo

legal (AgR-REspe 129685/PB, relator Min. Aldir Passarinho, publicado no DJE em 16.03.2011, p. 25).

Com relação à aplicação da inelegibilidade, resta analisar se há ou não a necessidade de tal medida constar expressamente na decisão, ou seja, a inelegibilidade funciona ou não como efeito automático da decisão que reconhece a irregularidade da doação feita em excesso.

Cabe destacar que o TSE já firmou entendimento de que a inelegibilidade teria efeito automático na condenação, nesse sentido:

Ementa: Eleições 2012. Registro de Candidatura. Indeferimento. 1. Recebe-se como agravo regimental o “agravo nos próprios autos”, interposto contra decisão monocrática do relator que negou seguimento a recurso especial, porquanto infirma tal apelo os fundamentos da decisão agravada, ensejando a aplicação do princípio da fungibilidade. 2. **Para a incidência das causas de inelegibilidade previstas no art. 1º da LC nº 64/90, não se faz necessário que haja declaração expressa nesse sentido na representação cuja condenação ensejou o indeferimento do registro. Precedente:** REspe nº 261-20, rel. Min. Dias Toffoli, PSESS em 27.9.2012. 3. A alínea p do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90 não exige, para a incidência da inelegibilidade, que os dirigentes das pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais irregulares integrem a relação processual da representação respectiva, mas tão somente que a doação irregular tenha sido reconhecida por meio de decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado. A inelegibilidade não atinge a pessoa jurídica condenada na referida representação,

mas, sim, seus dirigentes” (grifo do autor).

(Agravo nos próprios autos recebido como agravo regimental, ao qual se nega provimento. 406-69.2012.6.26.0001 REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 40669 - SÃO PAULO - SP Acórdão de 07/05/2013 Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva Publicação: RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, v. 24, tomo 3, p. 303, 07 maio 2013. DJE - Diário de Justiça Eletrônico, tomo 103, p. 37, 04 jun. 2013.).

No mesmo sentido:

Ementa: RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÃO 2012. REGISTRO DE CANDIDATO. CARGO. PREFEITO. INDEFERIMENTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. ART. 1º, I, p. REPRESENTAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. CONDENAÇÃO. DOAÇÃO ILEGAL. INELEGIBILIDADE DOS DIRIGENTES. DESPROVIMENTO. 1. Configurada a premissa fática descrita no art. 1º, I, p, da LC nº 64/90, incide a cláusula de inelegibilidade, inviabilizando-se a candidatura do ora recorrente para o pleito de 2012. 2. As restrições previstas na Lei Complementar nº 135/2010 incidem sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que não tenha sido declarada a inelegibilidade nos próprios autos da representação, porquanto as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura. Precedentes. 3. A discussão acerca da suposta isenção de responsabilidade do dirigente da pessoa jurídica condenada por doação irregular não é cabível no âmbito do pedido de registro

de candidatura. 4. Recurso especial desprovido. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o recurso, nos termos do voto do Relator” (grifo do autor). (261-20.2012.6.16.0121 - REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 26120 - MARECHAL CÂNDIDO RONDON - PR Acórdão de 27/09/2012 Relator(a) Min. José Antônio Dias Toffoli Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27 set. 2012 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, v. 24, tomo 2, p. 82, 27 set. 2012.)

Muito embora haja tal posicionamento, seria mais adequado incluir, na parte dispositiva da decisão, a expressa declaração de inelegibilidade dos envolvidos nas doações irregulares, para se evitar dúvidas, alegação de nulidade e eventuais questionamentos.

4 Conclusão

Assim, para melhor atendimento do mais atual posicionamento do TSE, para se evitar alegações de nulidades e para atendimento da celeridade e economia processual, há de se reconhecer que a medida judicial adequada para verificação da regularidade da doação seja a representação por doação acima do limite permitido. Sugere-se que a ação seja processada com base no rito previsto no artigo, 22, da LC nº 64/90, que na decisão/sentença, se procedente, seja aplicado o princípio da razoabilidade e proporcionalidade para fixação do percentual da multa (artigo 23, §1º, inciso I, da Lei 9.504/1997) e que o reconhecimento da inelegibilidade (artigo 1º, inciso I, alínea “p”, da LC nº 64/90) seja incluída e expressamente declarada na sua parte dispositiva.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco. **Manual de direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AZEVEDO, Alexandre Francisco. A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade às condutas vedadas previstas na Lei nº 9.504/97. **Verba Legis**: Revista Jurídica de Direito Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás, n. 3, p. 17-24, maio 2007/maio 2008.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 13. ed. Bauru: Edipro, 2006.

INELEGIBILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Nelsi Camilo Evangelista Lima¹

RESUMO

A crise de natureza ética que assola e afeta as estruturas das instituições públicas nacionais, com severa repercussão nos âmbitos político, social e financeiro, colocou a probidade na condução da coisa pública no ápice das discussões atuais. A necessidade de mudança na multissecular cultura patrimonialista brasileira há muito faz parte do debate, tanto que o constituinte originário elevou a impessoalidade e a moralidade à condição de princípios da administração pública (CF/88, art. 37), determinando no art. 14, § 9º da Carta Magna que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade, além daqueles já definidos na Constituição Federal, objetivando impedir que o poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos afetassem negativamente a normalidade e a legitimidade das eleições. Mediante a Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, acrescentou-se ao referido art. 14, § 9º, o expresso objetivo do sistema de inelegibilidades proteger precisamente a probidade administrativa e a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato. Eis, em suma, o pano de fundo do presente ensaio.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Inelegibilidade
2. Improbidade administrativa

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Pós-graduado em Direito Constitucional Eleitoral pela Universidade de Brasília (UnB) e em Direito Público pela Universidade de Cuiabá (Unic). É Técnico Judiciário do TRE-MT (Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso). Aprovado no concurso de Analista Judiciário do TRE-MT.

1 Introdução

A inelegibilidade consiste na restrição ao exercício da capacidade eleitoral passiva, ou seja, inviabiliza ao indivíduo ser eleito, ou mesmo candidatar-se a cargo eletivo², e pode ocorrer por vários motivos, todos constantes da Constituição Federal ou de lei complementar, atualmente a LC n° 64/90, que foi alterada pela LC n° 135/2010, conhecida por Lei da Ficha Limpa.

Em outros termos, não pode haver inelegibilidade diretamente prevista em lei ordinária, ainda que subsista a possibilidade de uma condenação por ilicitude eleitoral ou outra irregularidade de natureza não eleitoral, estabelecidas por lei ordinária, repercutir em inelegibilidade, como veremos, mas cuja previsão esteja expressa em lei complementar, fazendo uma correlação daquela ilicitude e a consequente restrição de natureza eleitoral.

A gênese de toda inelegibilidade, portanto, encontra-se no art. 14, § 9º, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 14 [...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n° 4, de 1994).

² Oportuno referir que “no julgamento das ADCs no 29 e 30, o Supremo Tribunal Federal afastou o caráter sancionatório da inelegibilidade, atribuindo ao instituto natureza jurídica negativa de adequação do indivíduo ao regime do processo eleitoral. Entendimento reafirmado, por maioria, para o pleito de 2016 (REspe n° 283-41/CE, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux)”. Trecho extraído do REspe no 25962, Rel. Min. Luciana Lóssio, julgado em 19/12/2016.

Como exemplo mais significativo, talvez, da inelegibilidade que decorre de condenação por conduta prevista em lei ordinária, tem-se a hipótese constante do art. 1º, inc. I, alínea “j”, da LC nº 64/90, que se reporta às ilicitudes definidas no Código Eleitoral ou na Lei nº 9.504/97, lei ordinária conhecida como Lei das Eleições (LE), e que determina tal consequência aos que tenham sido condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da LE), por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha eleitoral (art. 30-A da LE) ou por conduta vedada (art. 73 da LE).

Há ainda outras previsões na LC nº 64/90 que se baseiam em situações determinadas por diversas leis ordinárias, ou em consequências jurídicas de variada ordem, entretanto, o escopo deste ensaio consiste em um recorte para estudo específico de casos de improbidade administrativa que têm reflexo na seara eleitoral, para efeito de inelegibilidade, considerando, em especial, o atual entendimento jurisprudencial do colendo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) acerca dos múltiplos aspectos que envolvem a matéria.

Neste contexto, serão abordadas sucintamente as inelegibilidades por improbidade administrativa decorrente de rejeição de contas ou de condenação à suspensão dos direitos políticos, hipóteses previstas, respectivamente, no art. 1º, inc. I, alíneas “g” e “l”, da LC nº 64/90.

Cumprе ressaltar que, como os direitos políticos inserem-se no rol de direitos fundamentais, associados ao conceito de cidadania, releva considerar que qualquer restrição ao seu exercício precisa fundamentar-se em critérios precisos e objetivos, definidos expressamente na lei de regência (LC nº 64/90), devendo o Magistrado eleitoral que reconheça a inelegibilidade por decorrência de decisão de outro órgão (alíneas “g” e “l”) certificar-se de que estão presentes

na referida decisão todos os requisitos objetivos dos aludidos dispositivos legais, sob pena de impor restrição indevida ao exercício dos mencionados direitos fundamentais.

2 Da definição legal da improbidade administrativa

A Lei nº 8.429/92 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, definindo o que se considera improbidade administrativa, para efeito das aludidas sanções, dividindo-a em três grandes espécies, a saber: a que importa enriquecimento ilícito (art. 9º), a que causa dano ao erário (art. 10) e a que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11). Em cada um desses dispositivos legais há especificação de variadas condutas, omissivas ou comissivas, que são vedadas aos agentes públicos.

No que concerne ao tema sob estudo, consoante já mencionado, há previsão de inelegibilidade em dois dispositivos da LC nº 64/90, a depender do órgão que reconheça a ocorrência de improbidade administrativa, isto é, as inelegibilidades estabelecidas nas alíneas “g” e “l” do inc. I, do art. 1º, da LC nº 64/90, a primeira relativa à rejeição de contas do agente público, a segunda decorrente de condenação judicial por ato doloso que importe lesão ao erário e enriquecimento ilícito.

2.1 Da competência para decidir sobre improbidade administrativa

É da Câmara Municipal a competência para rejeitar as contas do agente público, para decorrência do reconhecimento da improbidade administrativa pela prática de ato doloso, e que pode ensejar,

na seara eleitoral, a inelegibilidade prevista no art. 1º, inc. I, alínea “g”, da LC nº 64/90, exceto, como leciona Jorge (2016, p. 143), se os recursos envolvidos forem oriundos de convênio com a União ou com o Estado, hipóteses em que o órgão competente será o respectivo tribunal de contas.

Eis o conteúdo de recentes decisões do TSE sobre o tema:

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nos 848.826/CE e 729.744/MG, em 17.8.2016, fixou a atribuição exclusiva da Câmara Municipal para o exame das contas, sejam de governo ou de gestão, dos Chefes do Poder Executivo. No entanto, tais decisões não abrangeram a competência para o julgamento das contas relativas aos convênios firmados entre diferentes entes federativos, entendimento que deve ser estendido ao caso dos autos.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 17751 - NEVES PAULISTA – SP, Acórdão de 09/03/2017, Relator(a) Min. LUCIANA LÓSSIO

Rejeição de contas por possível irregularidade na aplicação de recursos repassados pela União ou pelo Estado (Fundeb). Competência do Tribunal de Contas e não da Câmara de Vereadores.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 72621 - ITAPEVA – MG, Acórdão de 16/03/2017, Relator(a) Min. Rosa Weber.

Por outro lado, as ações judiciais que objetivam avaliar e julgar as condutas supostamente caracterizadoras de improbidade administrativa, mediante ação civil pública, por exemplo, são de competência da Justiça Comum. Desta decisão caberá eventualmen-

te a imputação da inelegibilidade prevista no art. 1º, inc. I, alínea “1”, da LC nº 64/90. Confira-se:

2 - À Justiça Eleitoral compete análise que não desnature, em essência, condenações por improbidade levadas a efeito na Justiça Comum. É dizer: impossível reenquadrar os fatos apurados na ação de improbidade e, a partir de emendas, suposições e ilações, deflagrar inelegibilidades, o que não quer significar, obviamente, não possa a Corte Eleitoral examinar as condenações por inteiro, a partir de sua *ratio* decisória.

3 - Para fins de inelegibilidade, não só é lícito, mas também imprescindível à Justiça Eleitoral examinar o acórdão da Justiça Comum - em que proclamada a improbidade - em seu conjunto, por inteiro, até mesmo para ser fiel ao alcance preciso e exato da decisão. Perceba-se: não pode a Justiça Eleitoral incluir ou suprimir nada, requalificar fatos e provas, conceber adendos, refazer conclusões, mas é de todo legítimo interpretar o alcance preciso, exato, da decisão de improbidade. Imperativo recolher e aquilatar os elementos daquele acórdão para fins de ter como caracterizada ou não a inelegibilidade.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 5039 - IPOJUCA – PE, Acórdão de 13/12/2016, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio.

2.2 Da competência da Justiça Eleitoral

Como é de fácil constatação, à Justiça Eleitoral compete apreciar, tão somente, as consequências na seara eleitoral do quanto te-

nha sido decidido pela Câmara Municipal ou pela Justiça Comum, respectivamente, no tocante às inelegibilidades da alínea “g” ou “l”, do inc. I, do art. 1º, da LC nº 64/90. Neste sentido,

a Justiça Eleitoral não possui competência para rever as conclusões fáticas provenientes das Câmaras Municipais ou dos Tribunais de Contas, cabendo-lhe, todavia, analisar as irregularidades apontadas pelos órgãos responsáveis e verificar se tal vício tido por insanável caracteriza, de fato, ato doloso de improbidade administrativa, para que incida a inelegibilidade da alínea “g” do inciso I do art. 1º da LC 64/90.

RESPE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 8251 - ITAÍBA – PE, Acórdão de 08/03/2017, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a análise da causa de inelegibilidade deve se ater aos fundamentos adotados nas decisões da Justiça Comum, visto que a Justiça Eleitoral não possui competência para reformar ou suspender acórdão proferido por Turma Cível de Tribunal de Justiça Estadual ou Distrital que julga apelação em ação de improbidade administrativa. Precedentes.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 16629 - SENHORA DOS REMÉDIOS - MG, Acórdão de 13/12/2016, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva

Na verdade, a limitação de competência da Justiça Eleitoral no que concerne ao tema sob estudo já foi objeto de reiteradas decisões no âmbito do TSE, de que resultou a edição da Súmula 41, com o seguinte enunciado:

Súmula 41 do TSE: Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros Órgãos do Judiciário ou dos Tribunais de Contas que configurem causa de inelegibilidade.

Ainda que a referida Súmula 41 se reporte apenas às decisões dos órgãos do Judiciário e dos tribunais de contas, sem referir-se às decisões das câmaras de vereadores, o fato é que ela se mantém atualizada quanto à matéria de fundo, que é a ausência de competência da Justiça Eleitoral para apreciar aspectos que não sejam de natureza eleitoral, que decorrem das aludidas decisões daqueles outros órgãos.

3 Da inelegibilidade por improbidade administrativa

3.1 Considerações iniciais

A inelegibilidade constitui matéria de ordem pública, razão pela qual, conforme lição de Coêlho (2010, p. 176), pode ser conhecida até mesmo de ofício pelo juiz incumbido de julgar o Requerimento de Registro de Candidatura (RRC), a partir da ciência de fatos ou de situação jurídica relativa ao pretense candidato, ou mediante provocação feita por meio do instrumento da AIRC – Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura. Neste sentido, confira-se:

[...] Consoante a jurisprudência consolidada desta Corte Eleitoral, o Juízo Monocrático é competente para indeferir, mesmo de ofício, o Registro de Candidatura dos candidatos a cargos eletivos, sobretudo por constituírem as causas de inelegibilidade matéria de ordem pública, ou seja, matérias que podem ser conhecidas, com ou sem notícia de inelegibilidade.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 42303 - PE-
QUERI – MG, Acórdão de 14/03/2017, Relator(a)
Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

É certo, entretanto, que a inelegibilidade pode ser afastada se ocorrer alteração fática ou jurídica, superveniente ao referido registro. É o que expressamente prevê o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, *in verbis*:

Art. 11. [...]

§ 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Por seu turno, a inelegibilidade superveniente ao registro de candidatura pode constituir justa causa para ajuizamento de representação eleitoral, no prazo decadencial de até três dias após a diplomação, denominada Recurso Contra Expedição do Diploma (RCED), objetivando a cassação do diploma do candidato eleito. É o que dispõe a atual redação do art. 262 do Código Eleitoral:

Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade. (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

Não se pode considerar propriamente superveniente, entretanto, a inelegibilidade que se perfaça apenas após o dia das eleições, pois ela somente gerará efeitos para eleições futuras, haja vista que,

aferida a inexistência de inelegibilidade no dia do registro da candidatura e não sobrevindo tal impedimento até o dia em que o sufrágio é exercido em favor do candidato, seu direito resta preservado para aquela eleição. A propósito,

[...] a rejeição de contas superveniente ao dia da eleição não enseja o ajuizamento de recurso contra a expedição de diploma, pois a cláusula de inelegibilidade prevista na alínea “g” do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90 se aplica às eleições que vierem a se realizar nos oito anos seguintes à decisão, e não àquelas anteriormente realizadas.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 37849, Acórdão de 06/11/2014, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva.

Contudo, se entre a data do registro e a da eleição houver revogação, por exemplo, da decisão judicial que havia suspenso os efeitos da causa que deu origem à inelegibilidade, passa a existir inelegibilidade superveniente. Veja julgado neste sentido:

Para fins de cabimento do RCED, equipara-se à inelegibilidade superveniente a revogação, ocorrida entre a data do registro e a das eleições, de decisão judicial que suspendia os efeitos de causa de inelegibilidade preexistente. Entender de forma diversa inviabiliza a arguição da inelegibilidade tanto no processo de registro, quanto no RCED [...].

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 4025 - COLOMBO – PR, Acórdão de 25/08/2015. Relator(a) Min. Maria Thereza Rocha De Assis Moura.

A inelegibilidade superveniente, apta a fundamentar a interposição de RCED, é aquela que surge após o registro, não podendo, portanto, não ter sido alegada naquele momento, mas que deve ocorrer até a data da eleição. Princípio da segurança jurídica. Precedentes.

RCED - Agravo Regimental em Recurso Contra Expedição de Diploma nº 10461 - FORTALEZA – CE, Acórdão de 07/04/2016, Relator(a) Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura.

Porém, há uma consideração que merece destaque, consistente na importante diferença de prazo para efeito de inelegibilidade superveniente e para a apreciação do fato superveniente que afasta a inelegibilidade. A primeira, inelegibilidade superveniente, segundo leciona Alvim (2016, p. 569) é a que ocorre, no máximo, até a data da eleição (entre a data do registro e a da eleição), enquanto a causa superveniente que afasta a inelegibilidade, e que, portanto, privilegia o *status* de elegibilidade do cidadão que deseja concorrer a cargo público, que faz prevalecer sua capacidade eleitoral passiva, é a causa que ocorre até a data da diplomação (e não somente até a data da eleição). Neste sentido,

O fato superveniente apto a afastar a inelegibilidade tem como marco final a data da diplomação e não a data da eleição, como defende o agravante. Precedente: RO 96-71/GO, Rel. Min. LUCIANA LÓSSIO, publicado na sessão de 23.11.2016.

Em atenção ao direito fundamental à elegibilidade, que deve nortear a esfera eleitoral, a data a ser fixada como termo final do prazo para a consideração de fato superveniente apto a afastar a inelegibilidade do candidato,

a teor do previsto no § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/97, deverá ser o último dia do prazo para a diplomação dos eleitos [...].

RESPE - Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral nº 16629, Acórdão de 07/03/2017, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva.

Neste contexto, o fato superveniente que eventualmente provoque a inelegibilidade, que venha a ocorrer entre a data do registro e a da eleição, pode ser veiculado nos próprios autos do registro de candidatura (RRC) ainda em curso, pois as causas de inelegibilidade, por constituírem matéria de ordem pública, podem ser conhecidas pelo juízo com ou sem notícia de inelegibilidade, nos termos consignados no REspe nº 42303, ou ainda, via RCED, consoante previsto no art. 262 do Código Eleitoral, conforme decisão proferida no já transcrito RCED nº 10461.

A doutrina eleitoralista alerta para algumas importantes peculiaridades relativas ao tema preclusão em sede de representação eleitoral que tenha a inelegibilidade, por exemplo, como causa de pedir. Dentre os apontamentos, destaca-se a lição de Castro (2016, p. 240-241):

A AIRC é a via processual adequada para a arguição de inelegibilidades constitucionais (art. 14, §§ 3º, 4º, 6º e 7º, da CF/88) e infraconstitucionais (LC n. 64/90). Se os legitimados à impugnação não o fazem nesse momento, e o Juiz não toma conhecimento da inelegibilidade, o pedido de registro será deferido. Embora o candidato tenha contra si uma inelegibilidade infraconstitucional, ela não poderá ser arguida em outro momento do processo eleitoral, porque a matéria terá sido alcançada pela preclusão. Nem mesmo no Recurso contra a Ex-

pedição do Diploma, previsto no art. 262 do Código Eleitoral, será possível levantar a questão, exatamente em razão da preclusão. Por conseguinte, se na ocasião do registro determinado candidato tinha contra si, por exemplo, representação julgada procedente, com trânsito em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pela prática de abuso de poder (art. 1º, I, d, da LC n. 64/90), e não teve sua candidatura impugnada, nada poderá ser feito posteriormente [...]. A história será bem outra, entretanto, quando a inelegibilidade for daquelas assentadas na Constituição Federal. É que a preclusão de que falamos só se opera em relação às inelegibilidades infraconstitucionais, ou seja, aquelas que estão previstas apenas na Lei Complementar nº 64/90. Se a inelegibilidade (aí incluídas as hipóteses de ausência de condição de elegibilidade) for constitucional (se o candidato não tiver nacionalidade brasileira, se não estiver no pleno exercício de seus direitos políticos, se não tiver alistamento eleitoral, domicílio eleitoral na circunscrição, filiação partidária e a idade mínima exigida para o cargo em disputa, se for ele inalistável ou analfabeto), e não tiver sido ela arguida por meio da AIRC, os legitimados poderão fazê-lo por ocasião do Recurso contra a Expedição do Diploma, cujo prazo é de 3 dias, contados da diplomação dos eleitos (art. 262 do CE).

3.2 Da inelegibilidade do art. 1º, inc. I, alínea “G”, da LC nº 64/90

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Constituem requisitos legais concomitantes necessários à configuração da inelegibilidade definida no art. 1º, inc.I, alínea “g”, da LC nº 64/90: 1. o exercício de cargos ou funções públicas; 2. a rejeição das respectivas contas; 3. a existência de irregularidade insanável e que se caracterize como ato doloso de improbidade administrativa que 4. tenha sido assim reconhecida pelo órgão competente, mediante decisão irrecorrível, e que 5. não tenha sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário.

A exigência de cumulatividade de todos os elementos previstos no dispositivo supratranscrito, bem ainda, de que a anulação da decisão que tenha rejeitado as contas tenha natureza jurisdicional, segundo expressa previsão legal, restou patente na seguinte decisão, dentre tantas outras com idêntico conteúdo:

1. Para a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da Lei Complementar 64/90, é necessária a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) decisão proferida pelo órgão competente; ii) irrecorribilidade no âmbito administrativo; iii) desaprovação de con-

tas relativas ao exercício de cargo ou função pública em razão de irregularidade insanável; iv) irregularidade que configure ato doloso de improbidade administrativa; v) prazo de oito anos contado da decisão não exaurido; e vi) decisão não suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário.

2. A suspensão judicial da decisão que rejeitou as contas afasta a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC 64/90, consoante ressalva expressa nesse dispositivo.

RESPE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 37409, Acórdão de 08/11/2016, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva

Contudo, apesar de não constar expressamente do texto da norma aplicável, a jurisprudência eleitoral tem admitido como causa excludente da inelegibilidade prevista na alínea “g” a anulação do decreto do Poder Legislativo, que tenha rejeitado as contas, em razão de vícios procedimentais ou de violação de garantias fundamentais, haja vista que a Administração tem o poder de rever seus atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos.

Entretanto, não tem o mesmo efeito a revogação do ato (decreto legislativo) que tenha rejeitado as contas do agente público, expedida apenas por critério político, vale dizer, anulação por critério que não se fundamente em alguma ilegalidade ou grave irregularidade do ato originário de rejeição das contas.

Veja, a propósito, elucidativo julgado do colendo TSE:

2. A partir da análise da jurisprudência do TSE, cabe diferenciar as hipóteses de anulação do ato administrativo por vício intrínseco e a de mera revogação, por

critérios de oportunidade e conveniência.

3. A anulação do decreto do Poder Legislativo em razão de vícios procedimentais ou de violação de garantias fundamentais é admitida como fator externo que exclui a inelegibilidade prevista na alínea “g” do art. 1º, I, da LC 64/90, uma vez que a Administração tem o poder de rever seus atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos.

4. A revogação por critérios políticos, de conveniência e oportunidade, não exclui os direitos gerados pelo ato anterior cujo mérito é reapreciado pela Administração. Assim, a revogação do decreto que rejeitou as contas do recorrente sem que se tenha indicado qualquer vício no julgamento anterior não tem o condão de afastar a inelegibilidade decorrente da rejeição de contas. Precedentes.

5. No caso, o aspecto formal dos decretos que rejeitaram as contas do recorrente foi examinado pelo Poder Judiciário, que assentou inexistir qualquer vício de procedimento.

6. A Corte Regional Eleitoral, examinando o teor do parecer da comissão da Câmara Municipal que embasou os decretos de rejeição das contas, assentou a existência de vícios graves (inobservância por percentuais destinados à saúde e à educação; fracionamento de compras em desrespeito à Lei nº 8.666/93; abertura de créditos suplementares) que, segundo a jurisprudência deste Tribunal, são caracterizadores de irregularidade insanável apta a configurar ato doloso de improbidade administrativa. Precedentes.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 21246 - TOMÉ AÇU – PA, Acórdão de 19/12/2016, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva

Sobre o aspecto da insanabilidade da irregularidade ensejadora da desaprovação de contas do agente público, é de se ver a evolução do TSE sobre o tema, admitindo aquela Corte atualmente a sanabilidade das irregularidades, como no caso de *déficit* orçamentário de um ano a que se proceda a correções superavitárias no exercício seguinte. É o caso do julgado seguinte:

A mera existência de déficit orçamentário não é suficiente para que se compreenda a má-fé do administrador público. A possibilidade do saneamento do déficit no ano posterior, como já admitido por este Tribunal, é suficiente para afastar o caráter de insanabilidade do vício.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 11567, Acórdão de 19/12/2016, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva.

No que concerne à configuração do dolo na conduta do agente público, não se exige mais do que o dolo genérico, típico da inobservância de preceitos legais aplicáveis à gestão da coisa pública, consoante afirmado no julgado a seguir transcrito:

[...] para se caracterizar a causa de inelegibilidade prevista na alínea “g” do art. 1º, I, da LC 64/90, não se exige a presença do dolo específico ou do *consilium fraudis*, bastando, como regra geral, o chamado dolo genérico, que se pode ter por configurado quando o Administrador não atende, voluntariamente, nem apresenta escusas aceitáveis para seu ato, os comandos constitucionais ou legais, que vinculam e pautam as condutas dos gestores, especialmente, no que diz respeito aos gastos públicos.

RESPE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 17292, Acórdão de 21/03/2017, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

Quanto à irrecorribilidade da decisão do órgão competente, também a jurisprudência eleitoral muito já debateu, tendo considerado que

A mera interposição de recurso de revisão ou, ainda, de *querela nullitatis* perante o Tribunal de Contas da União não afasta a natureza irrecorrível da decisão que rejeitou as contas. Precedentes.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 24020, Acórdão de 14/03/2017, Relator(a) Min. Rosa Weber.

De igual forma, a definição de qual seria o órgão competente a que alude o texto legal, muito já se discutiu a respeito, tendo finalmente restado assentado que

a Câmara Municipal, e não a Corte de Contas, é o órgão investido de competência constitucional para processar e julgar as contas do chefe do Executivo, sejam elas de governo ou de gestão, ante o reconhecimento da existência de unicidade nesse regime de contas prestadas, *ex vi* dos arts. 31, § 2º, 71, I, e 75, todos da Constituição (Precedente: STF, RE nº 848.826 - repercussão geral).
RO - Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 75929, Acórdão de 21/02/2017, Relator(a) Min. Luiz Fux.

3.3 Da inelegibilidade do art. 1º, inc. I, alínea “I”, da LC nº 64/90

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida

por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Como se constata, a inelegibilidade da alínea “1” tem como causa uma decisão judicial e precisa cumular os seguintes requisitos: 1. Decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado; 2. Que tenha condenado o pretense candidato à suspensão dos direitos políticos; 3. Que reconheça a existência de ato doloso de improbidade administrativa; 4. Que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito.

Se a decisão da Justiça Comum não condenar à suspensão dos direitos políticos, não restará implementado o pressuposto legal da inelegibilidade na seara eleitoral. Da exigência legal e jurisprudencial sobre o tema depreende-se que a inelegibilidade não opera *ex lege*, mas por força do expresse reconhecimento e condenação do juízo competente para analisar a questão, bem ainda, não há de se falar em suspensão automática dos direitos políticos de quem não tenha efetiva e pessoalmente participado da conduta, eis que, nesta última hipótese, trata-se de inequívoca causa de natureza personalíssima. Dito de outra forma, não se suspende direitos políticos de alguém por conduta de outrem.

Confira-se, a propósito de todas as decisões em sentido idêntico:

Para incidência da inelegibilidade, é indispensável que o candidato tenha sido condenado à suspensão de direitos políticos, requisito que deve constar de modo expresse da parte dispositiva do decreto condenatório, já que não decorre automaticamente do ilícito.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 11227, Acórdão de 15/12/2016, Relator(a) Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin.

A despeito do princípio da unicidade da chapa majoritária, a cassação do diploma do titular não alcança o vice com ele eleito. De efeito, a suspensão dos direitos políticos do cabeça da chapa configura causa de natureza pessoal que, bem por isso, não pode transpassar a esfera jurídica de outrem.

RESPE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 261, Acórdão de 09/03/2017, Relator(a) Min. Luiz Fux.

Ademais, a conduta do agente precisa ter sido reconhecida, na sentença ou acórdão, como ato doloso e que tenha importado, concomitantemente, lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito (do agente ou de terceiro). A propósito, confira-se:

A jurisprudência desta Corte Superior exige, para o fim de se reconhecer a inelegibilidade fundada na alínea I do inciso I do art. 1º da LC 64/90, que haja a condenação simultânea por dano ao erário e por enriquecimento ilícito do próprio agente público ou de terceiros. Tal posição foi ratificada por este Tribunal para as eleições de 2016, conforme o julgamento do REspe 49-32/SP, de relatoria da eminente Ministra Luciana Lóssio (acórdão publicado na sessão de 18.10.2016).

RESPE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 10294 - VARRE-SAI – RJ, Acórdão de 07/02/2017, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

Contudo, essa exigência de simultaneidade dos requisitos de lesão ao erário e enriquecimento ilícito, para o bem da moralidade, necessitaria de uma releitura, e isso já foi sinalizado pela jurisprudência do TSE, ainda que de maneira vacilante. Neste sentido,

6. Nos termos do voto do Ministro Herman Benjamin, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral merece revisão, para eleições vindouras, com a fixação da tese de que não se exige, para a incidência da inelegibilidade do art. 1º, I, 1, da LC 64/90, que a suspensão de direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa decorra, cumulativamente, de enriquecimento ilícito e dano ao erário. Contudo, na ótica da maioria, além de não ser possível adotar tal interpretação, descabe indicar, desde logo, alteração da jurisprudência para pleito vindouro, pois não é possível vincular o entendimento de colegiado cuja composição será diversa, em razão da renovação natural que é característica desta Justiça.

7. Anotação, apenas a título de sinalização aos jurisdicionados, para que não se alegue insegurança jurídica, de que a matéria poderá ser objeto de rediscussão nas próximas eleições.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 4932 - QUATÁ – SP, Acórdão de 18/10/2016, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio.

De qualquer forma, mostra-se alvissareira a indicação contida no julgado referido, precisamente porque a moralidade que se exige de quem pretenda exercer cargo público eletivo demandaria interpretação conforme a Constituição do dispositivo legal do art. 1º, inc. I, alínea “1”, do LC nº 64/90, para efeito de considerar com de função disjuntiva (e não propriamente aditiva) a partícula “e”, o que redundaria no reconhecimento pela Justiça Eleitoral de inele-

gibilidade, caso a Justiça Comum declare ter havido improbidade administrativa decorrente de conduta que tenha importado lesão ao erário “ou” enriquecimento ilícito.

Essa releitura que se propõe ao texto da norma do art. °, inc. I, alínea “I”, da LC nº 64/90, restaria mais consentânea com a exigência constitucional contida no art. 14, § 9º, no que comporta à efetividade da proteção da probidade administrativa e da moralidade para exercício do mandato eletivo, considerada a vida pregressa do candidato.

Não obstante, o posicionamento acima esposado, deve ser ressaltado que não é toda e qualquer conduta, ainda que dolosa, que necessariamente importa inelegibilidade, até porque as normas que restringem direitos ou impõem qualquer tipo de sanção, em sentido amplo, demandam interpretação estrita, não sendo lícito ao intérprete ampliar seu conceito ou sua extensão, para alcançar pessoas ou situações a que a lei não determinou fossem atingidas. Confira-se:

A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a incidência do art. 1º, I, I, da LC nº 64/90 pressupõe a existência dos seguintes requisitos: a) condenação por ato de improbidade administrativa que importe, simultaneamente, lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito; b) presença de dolo; c) decisão definitiva ou proferida por órgão judicial colegiado; e d) sanção de suspensão dos direitos políticos. [...]

Não é qualquer condenação por ato de improbidade que gera a hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, I, da LC nº 64/90, não podendo o julgador interpretar extensivamente normas restritivas de direito, a fim de prestigiar o direito fundamental à elegibilidade e o respeito ao voto popular, pilares do estado democrático de direito.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 10049, Acórdão de 21/02/2017, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio.

A possibilidade de caracterização da inelegibilidade por condenação em ação de improbidade em razão de sentença proferida com base apenas nas hipóteses do art. 9º ou do art. 10 da Lei nº 8.429/92 não exclui a necessidade de o enriquecimento ilícito e o dano ao erário terem sido reconhecidos pela Justiça Comum, ainda que não constem expressamente do dispositivo da sentença.

Não cabe à Justiça Eleitoral considerar como caracterizado o dano ao erário ou o enriquecimento ilícito quando eles não foram afirmados pela Justiça Comum. RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 13493, Acórdão de 09/03/2017, Relator(a) Min. Henrique Neves da Silva.

Logo, não gerará inelegibilidade a improbidade administrativa que não tenha sido considerada na sentença ou acórdão como conduta dolosa, ou que, apesar de dolosa, não tenha acumulado as duas condições de lesão ao erário e também de enriquecimento ilícito (do agente ou de terceiro).

Não se olvide, contudo, que, apesar da exigência de que tais elementos estejam expressos na sentença ou acórdão da Justiça Comum, a Justiça Eleitoral tenha competência para extrair tais elementos a partir da fundamentação e da parte dispositiva da decisão da Justiça Comum, consoante decidido no REspe nº 5039, assim ementado:

2 - À Justiça Eleitoral compete análise que não desnature, em essência, condenações por improbidade levadas a efeito na Justiça Comum. É dizer: impossível

reenquadrar os fatos apurados na ação de improbidade e, a partir de emendas, suposições e ilações, deflagrar inelegibilidades, o que não quer significar, obviamente, não possa a Corte Eleitoral examinar as condenações por inteiro, a partir de sua *ratio* decisória.

3 - Para fins de inelegibilidade, não só é lícito, mas também imprescindível à Justiça Eleitoral examinar o acórdão da Justiça Comum - em que proclamada a improbidade - em seu conjunto, por inteiro, até mesmo para ser fiel ao alcance preciso e exato da decisão. Perceba-se: não pode a Justiça Eleitoral incluir ou suprimir nada, requalificar fatos e provas, conceber adendos, refazer conclusões, mas é de todo legítimo interpretar o alcance preciso, exato, da decisão de improbidade. Imperativo recolher e aquilatar os elementos daquele acórdão para fins de ter como caracterizada ou não a inelegibilidade. [...]

6. - Acórdão recorrido proferido no sentido de que, conquanto não exista menção expressa, explícita, categórica, no aresto da ação de improbidade, ao art. 9º da Lei nº 8.429/92, houve, sim, indiscutivelmente, além de dano ao erário, enriquecimento ilícito de terceiros e dos próprios interessados.

RESPE – Recurso Especial Eleitoral nº 5039, Acórdão de 13/12/2016, Rel. Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio.

Igualmente não gera inelegibilidade a improbidade administrativa que tenha somente aptidão para atentar contra os princípios da administração pública.

1. Na linha da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, reafirmada para as Eleições 2016, somente

incide a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, I, da LC nº 64/1990 nos casos de condenação pela prática de ato de improbidade administrativa que implique, concomitantemente, lesão ao erário e enriquecimento ilícito. Precedentes.

2. Reconhecida, à luz do aresto regional, a condenação por atos de improbidade que acarretaram violação de princípios da Administração Pública e dano ao erário, não constatada a existência de enriquecimento ilícito, não incide a restrição do art. 1º, I, I, da Lei de Inelegibilidades.

RESPE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 22078, Acórdão de 09/02/2017, Relator(a) Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa.

Importante apontamento no tocante à matéria sob estudo é que a imposição de inelegibilidade por improbidade administrativa começa a contar após o cumprimento da pena decretada pela Justiça Comum, que pode ser de 5 a 10 anos (Lei nº 4829/92, art. 12, I e II), o que, segundo Gomes (2016, p. 263), constitui sanção muitíssimo severa, em face de significar privação da cidadania passiva por até 18 anos (somados os possíveis 10 anos de suspensão de direitos políticos por condenação da Justiça Comum aos 8 anos inelegível por força desta alínea I, do inc. I, do art. 1º da LC 64/90).

Outra anotação digna de menção é que a presente inelegibilidade pode ser aplicada em função de situações consolidadas antes da vigência da Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/10).

Neste sentido, os julgados a seguir transcritos:

2. A suspensão dos direitos políticos, no caso de condenação por ato doloso de improbidade administrativa, que importe lesão ao erário e enriquecimento ilícito,

opera-se a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20 da Lei nº 8.429/92 e do art. 15, V, da CF), perdurando seus efeitos até o cumprimento da pena, sendo, portanto, uma consequência dessa sentença. Já a inelegibilidade prevista na alínea “I” do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, por sua vez, é um efeito secundário dessa condenação.

3. Conforme estabelece a parte final da referida alínea “I”, somente após o cumprimento de todas as penas decorrentes de sentença condenatória ou de decisão colegiada - que suspendeu os direitos políticos do candidato (art. 37, § 4º, da CF) -, que o prazo de 8 anos da inelegibilidade em questão começará a fluir. Precedentes. RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 13021, Acórdão de 20/04/2017, Relator(a) Min. Luciana Lóssio.

A incidência da LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) a condenações por improbidade administrativa proferidas por órgão colegiado antes de sua vigência não ofende o princípio da segurança jurídica, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 29/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJE de 29.6.2012.

RESPE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 37569, Acórdão de 06/12/2016, Relator(a) Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin.

SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS, PELO PRAZO DE CINCO ANOS, ANTE A PRÁTICA DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO NO ANO DE 2008. DECURSO DO LAPSO DE CINCO ANOS EM 2013, INCIDINDO, A PARTIR DAÍ, A INELEGIBILIDADE DE OITO ANOS

PREVISTA NO ART. 1, 1, “L”, DA LC 64/90. A LC Nº135/2010 SE APLICA ÀS SITUAÇÕES CONSOLIDADAS ANTES DE SUA VIGÊNCIA, CONFORME ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. INDEFERIMENTO DO REGISTRO MANTIDO.

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 13021, Acórdão de 19/12/2016, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio.

Convém anotar, em reforço do apontamento referido acima, que o TSE reafirmou recentemente seu posicionamento a respeito, consoante nota constante do Informativo TSE Nº 5, ano 19, 10 abril 2017 / 23 abril 2017, assim redigido:

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, reafirmou posicionamento de que a inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea I, da Lei Complementar nº 64/1990 com redação conferida pela Lei Complementar nº 135/2010, retroage para alcançar **condenação já transitada em julgado** à época da sua entrada em vigor.

4 Conclusão

A moralidade que a Constituição Federal exige dos candidatos a cargo público eletivo, considerada sua vida pregressa, sinaliza para a necessidade de releitura do texto da norma do art. 1º, inc. I, alínea “I”, da LC nº 64/90, de forma que, em uma interpretação conforme a Constituição, prevaleça o entendimento de que não se exige cumulatividade

dos requisitos de lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, pois, a mera lesão ao erário, por conduta dolosa, já demonstraria violação à exigência de observância da moralidade, o mesmo ocorrendo com a simples conduta isolada de enriquecimento ilícito.

Ora, não existe enriquecimento ilícito que esteja dentro dos limites da moralidade, muito menos conduta dolosa que não cause lesão ao patrimônio público.

A mesma exigência da moralidade igualmente justifica que a inelegibilidade alcance situações jurídicas dos candidatos, por condutas praticadas antes da entrada em vigor da LC nº 135/2010, por não se tratar a inelegibilidade, propriamente, de sanção, mas de inadequação do candidato ao regime do processo eleitoral, consoante decidido pelo Colendo STF nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nºs 29 e 30.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de direito eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de direito eleitoral**. 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Direito eleitoral e processo eleitoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de direito eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016.

O PAPEL DO JUIZ E O APERFEIÇOAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

João Filho de Almeida Portela¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo tecer considerações acerca da missão do juiz na concretização da justiça. Neste propósito, far-se-ão abordagens acerca do efetivo, tempestivo e adequado acesso ao Poder Judiciário e, no campo filosófico, tomar-se-á por parâmetro a contribuição de Ronald Dworkin. Também serão alvo de análise as funções da Corte e a viragem para o direito jurisprudencial diante do quadro traçado pelo atual Código de Processo Civil, sem deixar de considerar a aplicação irrefletida do precedente.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Juiz 2. Acesso precedente 3. Caso concreto

1 Introdução

Por meio do presente estudo busca-se fazer considerações, sem a pretensão de esgotar o tema, que é deveras amplo, acerca da fundamentação judicial e a liberdade decisória em um viés de se franquear o acesso à ordem jurídica justa e aperfeiçoar a prestação jurisdicional.

Para tanto, diante das limitações deste estudo, far-se-ão pontu-

¹ Ocupa o cargo de Juiz de Direito no Estado de Mato Grosso. Ocupou o cargo de Defensor Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Pós-graduado em Processo Civil pela Unissul em parceria com a rede de ensino LFG. Mestrando em Direito Constitucional pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público. Email: joao.portela@tjmt.jus.br

ações acerca da construção Dworkiana, valoração da jurisprudência e a missão judicial de análise ‘cuidadosa’ de cada caso.

O tema revela-se oportuno notadamente à luz do que se tem chamado de direito jurisprudencial, supostamente agasalhado pelo atual Código de Processo Civil, em um sistema que prestigia a lei – *civil law* – e que sempre teve presente o livre convencimento, ainda que em uma perspectiva da persuasão racional.

Mesmo que aparentemente irrespondível os questionamentos de como se fazer justiça e no que consiste uma fundamentação adequada, propõe-se fazer pontuações objetivas e práticas acerca da missão judicial.

2 Considerações iniciais

Por determinação constitucional, cabe precipuamente ao Poder Judiciário dizer o direito e elaborar normas jurídicas para reger casos concretos já que nenhuma lesão ou ameaça pode haver empeço ao questionamento em Juízo.

Atualmente, principalmente na linha adotada pelo Código de Processo Civil em vigor, passou-se a priorizar a autocomposição (Lei nº 13.140/2015 e arts. 3º, §3º, 165 a 175, 250, V, 303, II, 308, §3º, 319, VII, 334, 335, I e II, 339, §3º e 4º, 359, 556, 694 a 696 do NCPC) cuja solução é ditada pelas partes com chancela judicial e também via arbitragem (Lei nº 9.307/96 e arts. 3º, §2º, 189, IV, 260, §3º, 337, X e §§5º e 6º, 359, 485, VII, 1.012, IV e 1.015, III do NCPC).

Nesse contexto, é sabido que a função primitiva do Judiciário é o resguardo de direitos e garantias fundamentais e, para valer de uma alentada expressão da juíza norte-americana Margaret Marshall, citada por Michael J. Sandel (2015), a “**obrigação – dos juízes – é definir a liberdade de todos, e não impor o próprio código moral**” (grifo do autor).

De conseguinte, o verdadeiro papel da democracia, na qual o Judiciário ocupa papel de evidente destaque, não consiste em simplesmente fazer a vontade da maioria. Também se expressa em um viés contramajoritário, ou seja, na defesa dos interesses das minorias como via a concretizar ideais democráticos e republicanos.

Urge fazer considerações acerca desse acesso que constitui genuína garantia constitucional (CRFB/88, 5º, XXXV).

3 Acesso à justiça

No Brasil, o acesso opera-se da forma mais ampla possível, quer na linha da tutela de direitos individuais, quer seja daqueles transindividuais (CDC, 83 e Lei nº 7.347/85). Aliás, modernamente passou-se a admitir até o controle de mérito de atos administrativos², sem olvidar a possibilidade de efetivação de direitos prestacionais (STF – ADPF 54).

A única exceção em nosso texto constitucional é a revisão de mérito de punição disciplinar de militares (CRFB/88, 142, 2º).

Na linha do tempo, o Poder Judiciário pode ser acionado a qualquer momento, não havendo que se cogitar em esgotamento de outras vias, exceção feita à previsão do art. 217, §1º da CRFB/88, embora, recentemente, o STF tenha passado a exigir, por exemplo, o prévio requerimento administrativo para demonstrar interesse de agir nas postulações de benefícios previdenciários (STF - RE 631240).

Por outro lado, o acesso não significa gratuidade porque

² REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JUDICIAL DE QUESTÕES E CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DE PROVAS. A questão referente à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o mérito das questões em concurso público possui relevância social e jurídica, ultrapassando os interesses subjetivos das partes. Repercussão geral reconhecida. (STF: RE 632853 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 06/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2012 PUBLIC 02-03-2012)

a Constituição Federal exige a comprovação da necessidade (CRFB/88, 5º, LXXIV). Aqui, não há eiva de inconstitucionalidade a exigência de recolhimento de taxas processuais, não obstante o STF já ter declarado o citado vício quando o cálculo é sem limite sobre o valor dado à causa (STF – Sumula 667).

Ademais, a tutela deve ser adequada a atingir o fim proposto. Assim, a citada adequação de tutela exige a adoção de técnicas aderentes à situação levada a juízo, de modo a ser capaz de outorgar unidade teleológica à tutela jurisdicional dos direitos (SARLET, 2012, p. 630).

A tutela jurisdicional adequada determina a previsão de: 1. procedimentos com nível de cognição apropriado à tutela vindicada; 2. distribuição adequada do ônus da prova, inclusive com a possibilidade de dinamização (NCPC); 3. técnicas antecipatórias idôneas, seja frente à urgência e à evidência (NCPC); 4. com executividade intrínseca e técnica executiva idônea³ e, também, 5. *standards* para a valoração probatória pertinente à natureza do direito material debatido (SARLET, 2012, p. 631).

Fato é que, no plano infraconstitucional, a Lei nº 9.494/97 veda a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública de forma manifestamente inconstitucional, em que pese a conclusão do STF na ADC 4.

No viés da ameaça do direito, a jurisprudência do STF possui três orientações (SARLET, 2012, p. 631-2): 1. lei que veda a concessão de liminar viola o art. 5º, XXXV da CRFB/88 (MC, ADI 223/DF); 2. lei que veda a concessão de liminar é constitucional quando busca salvaguardar interesse público, até por ser a antecipação de

³ Há quem sustente, sem embargo do entendimento exarado no RE – STF – 466.343 e 349.703, bem assim a Súmula Vinculante 25, a possibilidade de prisão por descumprimento de ordem de Tribunal eis que a medida, utilizada como *ultima ratio*, estará garantindo a efetividade ao direito à tutela jurisdicional sem violar o direito daquele que, por não possuir patrimônio, não pode ser obrigado a cumprir a ordem judicial, nem muito menos punido por não observá-la (SARLET, p. 636).

tutela criação legal e não constitucional; 3. a lei restritiva deve ser analisada sob o prisma da razoabilidade.

Ademais, a tutela deve ser imperiosamente efetiva.

A efetividade é guiada pela segurança jurídica⁴ porque um ordenamento jurídico só é seguro se há confiança na realização do direito que se conhece. A efetividade está relacionada ao resultado do processo, de modo que este espelhe o mais possível direito material, propiciando tutela pelo resultado prático equivalente em detrimento da tutela pelo equivalente monetário.

O processo deve ser encarado a partir do direito material, de modo a viabilizar a tutela repressiva e, fundamentalmente, a tutela preventiva de direitos. Certo é que,

[...] onde há um direito, existe igualmente direito à sua realização. Um direito é uma posição juridicamente tutelável. É da sua previsão que advém o direito a sua tutela – posto que o fim do direito é a sua própria realização. A previsão de direito pela ordem jurídica outorga desde logo pretensão à sua proteção (SARLET, 2012, p. 638).

4 A teoria Dworkiana

Sem olvidar as imprescindíveis contribuições de Häberle (2002) e Habermas (2012), invoca-se a teoria de Dworkin (2010), para quem não existem casos sem respostas, mesmo nos *hard cases* (DWORKIN,

⁴ “O princípio constitucional da segurança jurídica, em seu aspecto objetivo visa a resguardar a estabilidade das relações jurídicas e no subjetivo a proteção à confiança.” (STJ: MS 13.669/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 22/09/2010, DJe, 30 set. 2010).

2010, p. 429)⁵ e que, ao fim e ao cabo, sustenta a necessidade de coerência.

Diferenciando argumentos de política dos de princípio, Ronald Dworkin sustenta que o termo princípio pode ser utilizado de forma genérica para indicar todo o conjunto de padrões do direito que não são regras, mas também pode ser utilizado de forma mais específica, em sentido estrito, como um padrão que deve ser observado por ser uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Dentro do conceito de princípios em sentido amplo, e ao lado dos princípios *strictu sensu*, o autor apresenta a existência de outro elemento que denomina política. Segundo sua teoria, políticas são os padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado, via de regra, objetivos de ordem social, econômica ou política. (DWORKIN, 2010, p. 35).

Tratando da relação entre princípios e democracia, apresenta a histórica objeção à originalidade judicial, a qual afirma ser o juiz subordinado à legislação, sob pena de ser considerado um poder antidemocrático, tendo em vista que os juízes não são eleitos e que a originalidade judicial seria aplicar uma lei retroativamente, uma vez que criada no momento da aplicação.

O autor reconhece a dificuldade que envolve as decisões sobre políticas, as quais necessitam da criação de um processo político que permita a formação de compromissos entre interesses concorrentes. Exigindo, em tais casos, condições procedimentais de um processo político que entende não ser possível alcançar na atuação judicial, razão por que afirma que “as decisões sobre políticas devem ser operadas através de um processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração” (DWORKIN, 2010, p. 133).

Para Dworkin, não se trata do que afirma o pensamento posi-

⁵ Têm-se como imprescindíveis as pontuações de Galdino (2016).

tivista em que se pode aceitar que as tradições do direito reduzem a área do poder discricionário do juiz, permitindo em uma segunda etapa de aplicação que esse poder ainda seja exercido. Assim, “a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração” (DWORKIN, 2010, p. 136).

Por isso, o autor reconhece que os direitos são criações tanto da história quanto da moralidade, dependendo tanto da prática quanto da justiça de suas instituições, fazendo desaparecer a aparente tensão entre originalidade judicial e história institucional.

O autor se opõe a tomadas de decisões que parecem certas isoladamente, mas que não sejam compatíveis com outras decisões igualmente consideradas. Denomina a necessidade da existência de uma consistência articulada entre as decisões. Deve-se tratar o caso de forma compatível com a solução adotada em outros casos em decisões anteriores, bem como, com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. Prestigia-se a isonomia.

Tal exigência se torna fraca quando se trata de políticas, nas quais para atingir um objetivo coletivo, os indivíduos podem ser tratados desigualmente. No entanto, nos casos de princípios, “a doutrina insiste na aplicação distributiva a todos os casos, pois não se admite a ideia de uma estratégia que possa ser mais bem servida pela distribuição desigual do benefício em questão” (DWORKIN, 2010, p. 138).

Assenta o autor que as objeções, que poderiam acusar a atuação judicial de antidemocrática no sentido de se sujeitarem a uma moralidade pessoal do juiz, perdem sua persuasão diante de argumentos de princípio, quando atendida exigência de uma consistência articulada.

De outro vértice, quando a decisão se baseia em argumentos de política, uma vez que não há exigência de consistência articulada, porquanto uma estratégia responsável para atingir um objetivo

coletivo, não é preciso tratar todos os indivíduos da mesma maneira.

Por conseguinte, indica que idealizou “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, a quem chamou de Hércules (DWORKIN, 2010, p. 165) e desenvolve sua teoria dos casos difíceis na busca de respostas corretas as quais deverão ser encontradas em cada hipótese, mormente à luz da jurisprudência americana.

Daí passa a sustentar a necessidade de se construir uma espécie de *teia inconsútil e romance construído em cadeias*.

Dworkin apresenta, dentro dos casos difíceis, um não previsto em nenhuma lei, sobre o qual “questionaram se as decisões de direito costumeiro, tomadas pelo tribunal de Hércules, quando devidamente compreendidas, dão a alguma das partes do direito a uma decisão favorável” (DWORKIN, 2010, p. 172), e o Juiz Hércules reconhece que os *precedentes* possuem uma força sobre as decisões posteriores que denomina *força gravitacional* que não existe entre legisladores, embora se trate de prática reconhecida entre juízes.

Em suma: o legislador não está obrigado a manter coerência com o entendimento dos seus colegas, mas o juiz estaria.

Hércules conclui que a *força gravitacional dos precedentes* “pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo” (DWORKIN, 2010, p. 176). É a isonomia que encabeça o *caput* do art. 5º da CRFB/88.

O Juiz Hércules reconhece que tal força gravitacional apenas se encontra presente nos argumentos de princípio que foram utilizados no precedente, não podendo ser estendido aos argumentos de política vez que esses não exigem, salvo manifesta arbitrariedade, qualquer consistência articulada.

Se, como visto, a força gravitacional do precedente advém da equidade que pressupõe uma aplicação coerente dos direitos, segun-

do Ronald Dworkin (2010, p. 181), Hércules deve ter a atenção voltada não apenas “ao precedente específico para o qual algum litigante dirige sua atenção, mas para todas as outras decisões no âmbito de sua jurisdição geral e, na verdade, também as leis”. Trata-se da aplicação da metáfora da *trama inconsútil*.

Dworkin faz uma analogia entre a interpretação no domínio da arte com a interpretação jurídica. Nesse sentido, compara o direito com um romance que é escrito em cadeia, de modo que cada romancista deve interpretar os capítulos recebidos para só então escrever um novo capítulo, buscando escrever seu capítulo de modo a continuar, da melhor maneira possível, o romance em elaboração.

Ronald Dworkin, com a aspiração de provar sua idealização, apresenta as dimensões da adequação e da interpretação.

Por *adequação* o autor entende que não deve ser adotada uma interpretação se acredita que ela não seria adotada por nenhum outro autor no mesmo contexto da obra. Uma postura adequada permite que a atividade da escrita do romance possa fluir ao longo do texto e isso não ocorreria ao se adotar uma interpretação tão pessoal.

Sobre a dimensão da *interpretação* ela se expressa no sentido que o intérprete, entreas muitas leituras possíveis, deve verificar qual se ajusta melhor à obra após verificar todos os aspectos em questão.

Por isso, o último e atual novelista da cadeia, que prossegue na elaboração, deve ler os capítulos que precederam a história e deixar ser inspirados por eles para bem realizar sua escrita que, em conjunto com os capítulos anteriores, serão projetados para casos e para os autores futuros. Assim é possível preservar uma coerência textual no romance.

Ressalte-se, por fim, que pela teoria Dworkiana, o juiz não deve simplesmente reproduzir a história, deve escrevê-la. Apenas não deve escrevê-la do nada ou para o nada. A escrita do juiz deve se realizar a partir de capítulos anteriores e na ciência de que haverá capítulos posteriores.

De tudo já registrado, ressaltamos a importância da Corte e o consequente dever de fundamentar.

5 Funções da corte e o dever de fundamentar

Conforme Mendonça e Barroso (2016), o Tribunal – e iniludivelmente se inserem todos os juizes – exerce dois papéis distintos e aparentemente contrapostos.

O primeiro papel, na teoria constitucional, é chamado de contramajoritário. Nele, em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis aprovadas pela maioria da Casa de Leis, e de atos do Poder Executivo, eleito pela maioria absoluta dos cidadãos.

Contudo, agentes públicos não eleitos, como juizes e ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária, advindo o termo contramajoritário.

Por outro lado, menos debatido na teoria constitucional, é o papel *representativo* que indica do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.

Por conseguinte, a função jurisdicional típica se materializa com a fiel observância ao art. 93, IX da CRFB/88 que impõe a todos os juizes o dever da fundamentação adequada.

Da doutrina de Nery Junior e Nery (2015, p. 1.153) extrai-se que a motivação tem por norte convencer, inicialmente, o próprio julgador do acerto de determinado modo de decidir. Além disso, deve mostrar a parte sucumbente que o processo não obteve aquele resultado pela aleatoriedade, mas por extração legal e constitucional a permitir o controle crítico do pronunciamento judicial.

Daí a extrema relevância da fundamentação da construção do raciocínio do juiz, que justifica seu *status* constitucional: como extensão do poder estatal, e como entidade imparcial no processo, o juiz deve expor os motivos que lhe formaram o convencimento (na terminologia do CPC 371⁶), como mostra de que o de que o dever do Estado de distribuir justiça foi cumprido, e também como expressão do contraditório e ampla defesa (CF 5º LV). A falta ou deficiência na fundamentação acarreta nulidade, conforme previsão expressa da CF 93 IX. (NERY JUNIOR e NERY, p. 1.153).

Aliás, o dever de fundamentar constitui uma derivação do próprio estado de direito⁷ ao se permitir o controle de atos emanados do próprio Estado, de modo que a ausência de motivação ou motivação deficitária leva à nulidade do ato judicial⁸.

Portanto, conforme ressaí da jurisprudência do Supremo, a garantia constitucional estatuída no art. 93, IX, da CF, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar

⁶ O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

⁷ A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. [STF: HC 80.892, rel. min. Celso de Mello, j. 16-10-2001, 2ª T, DJ de 23-11-2007.]

⁸ A falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/1988. [HC 105.349 AgR, rel. Min. Ayres Britto, j. 23-11-2010, 2ª T, DJE de 17-2-2011.] • O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. [AI 791.292 QO-RG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23-6-2010, P, DJE de 13-8-2010].

o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados⁹.

6 Livre convencimento e o NCPC

Antes do atual CPC, a jurisprudência – na acepção genuína do termo –, a pretexto da livre convicção, era monótona ao afirmar que o juiz não estava obrigado a responder todas as questões suscitadas, modo de entender que, ao que se percebe, persistirá após o CPC/2015¹⁰. Contudo, sob influxo do art. 93, IX da CRFB/88, foram traçadas as diretrizes do art. 489 do atual CPC¹¹, o qual tem fomen-

⁹ STF: RE 540.995, rel. Min. Menezes Direito, j. 19-2-2008, 1ª T, DJE de 2-5-2008.

¹⁰ “O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (STJ: EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

¹¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência

tado as mais diversas disceptações.

Por oportuno, no atual CPC não se reproduziu *livre convencimento* ou qualquer expressão que equivalha ao art. 131 do CPC/73 já que o dever de fundamentar ressaí do novo art. 489 do CPC.

Não é sem razão que o art. 489 foi saudado como uma das principais inovações do NCPC. É que a disposição do código revogado sobre o chamado “*livre convencimento motivado*” vinha, de há muito, sendo seriamente maltratada pela jurisprudência, interpretada como um “*passé livre*” para decisões que ignoravam teses e alegações feitas pelas partes sob o pretexto de a solução encontrada pela decisão ser “*suficiente*”, já que, como decorrência da hermenêutica de então (e de agora, parece), o juiz “*não é obrigado*” a se reportar a tudo que as partes alegam. Acontece que, pela redação do art. 489, ficou muito mais difícil o Poder Judiciário se escusar de enfrentar as alegações das partes de forma mais próxima à exaustiva – mesmo que o faça sob o pretexto da quantidade de processos, morosidade da justiça etc. O § 1º do art. 489 proíbe as “*soluções*” com que era mais comum se deparar na prática forense: decisões que transcreviam julgados, adotando-os como “*razão de decidir*” sem dedicar uma linha sequer a explicar como e por que aquela conclusão servia ao caso concreto; invocação de dispositivos de lei sem que a mínima subsunção dos fatos da causa a eles fosse realizada; adoção de conclusão sem que argumento contrário, invocado pela parte, fosse enfrentado (PACHECO, 2016).

na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Vale ainda pontuar acerca do art. 489 do CPC atual:

Em relação a este último aspecto, grande polêmica vem causando a verba legis do art. 489, inclusive com vozes criticando seus conteúdos, quando na verdade deveriam festejá-lo como uma possibilidade efetiva de otimizar o trabalho dos tribunais, inclusive, com aumento de sua eficiência. No aludido dispositivo, em prol de uma nova racionalidade decisória, ganham destaque as novas funções do relatório (art. 489, I) para o novo sistema que leva a sério o direito jurisprudencial e o microsistema de litigiosidade repetitiva do CPC/2015. O referido inciso I estabelece como dever-poder para o juiz de se promover “a identificação do caso”. Sabe-se que sob a égide do CPC/2015 na formação do precedente será imperativo o enfrentamento de todos os argumentos relevantes da causa (arts. 489, §1º, IV, 927 §1º, 984, §2º), inclusive poupando os juízes submetidos à sua força gravitacional da necessidade de enfrentamento dos mesmos argumentos já analisados e julgados, salvo quando a parte trouxer inovação relevante. Nesta hipótese, bastará ao magistrado, nos termos dos incs. V e VI, do §1º, art. 489, comparar os fatos operativos (materiais) do caso presente mediante analogias e contra-analogias a fim de se determinar se o mesmo deve ser tratado da forma como estabelecido no precedente, ou se deve receber tratamento diverso. No entanto, exatamente para definição dos fatos operativos e dos fundamentos a serem enfrentados na formação do precedente que se deve ofertar as novas e relevantes funções ao relatório. Diversamente do atual CPC/1973 (art. 458), no qual o relatório foi relegado a uma narra-

tiva pouco importante da sequência de atos-fatos processuais, no CPC-2015 caberá ao tribunal, para identificação do caso, pontuar todos os argumentos fáticos e jurídicos que deverão ser analisados igualmente e sob os mesmos pressupostos pelos membros do colegiado, de maneira a se permitir a extração, pós-julgamento, dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) objeto de discussão a ser utilizado como padrão decisório panorâmico para casos futuros. Do mesmo modo, nos juízos monocráticos caberá, na elaboração do relatório, indicar os fatos operativos a permitir, mediante analogias e contra-analogias, a aplicação adequada do precedente mediante exata identificação e aplicação de seus fundamentos determinantes (art. 489, §1º, inc. V) e nunca de modo mecânico, sem comparações, como hoje se mostra corriqueiro. Igualmente, a identificação no relatório dos fatos operativos do caso viabilizará a demonstração da existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, inc. VI). Pontue-se, como já dito, que na hipótese de o precedente já ter enfrentado com amplitude, em sua formação, os argumentos relevantes suscitados no atual caso em julgamento, será despiciendo ao julgador enfrentar novamente os mesmos argumentos (suscitados pelas partes) no caso atual (como preceitua o art. 489, §1º, inc. IV), salvo quando a parte trazer novos argumentos relevantes ou que permitam a distinção entre os casos, eis que o objetivo do dever de consideração (THEODORO JÚNIOR et al, 2015) não é o de burocratizar o julgamento, mas aprimorar qualitativamente os julgamentos (NUNES e HORTA, 2015, p.).

Porém, o STJ, guardião da legislação federal e conceituado como Tribunal da Cidadania, mesmo após a vigência da Lei nº 13.105/2015, frisa-se, tem mantido hígida a cláusula do livre convencimento¹², como ressaltai, por exemplo, do REsp 827.440/MT¹³.

Pois bem. Necessária se mostra a superação de uma teoria da decisão estruturada sob um positivismo normativista, o qual outorgou excessiva discricionariedade ao juiz na aplicação do direito. Deve-se assim, buscar uma redução da discricionariedade judicial para evitar decisões ilegítimas, uma vez que proferidas em ato de vontade do julgador.

Por isso, imperioso superar o paradigma sujeito-objeto, cujos aportes teóricos têm sido cunhados na perspectiva, ainda que controversa, do pós-positivismo.

Daí a justa e acertada observância do STF:

A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-

¹² STJ: REsp 1339651/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 30/09/2016; AgInt no AREsp 883.597/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 30/09/2016; AgInt no AREsp 794.999/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 30/09/2016

¹³ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VÍCIO DO PRODUTO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. REVISÃO. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO. SÚMULA 7/STJ. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. LIVRE CONVENCIMENTO. ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ. NÃO PROVIMENTO. 1. Decisão recorrida publicada antes da entrada em vigor da Lei nº 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 1/2016. 2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ). 3 **Como destinatário final da prova, cabe ao magistrado dirigir a instrução e deferir a produção probatória que considerar necessária à formação do seu convencimento.** 4. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ. 5. Agravo interno que se nega provimento. (STJ: AgRg no AREsp 827.440/MT, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 13/04/2016) (grifo do autor).

-juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgri-de comezinha noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. (STF: RE 435.256, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26-5-2009, 1ª T, DJE de 21-8-2009).

7 Justiça do caso concreto

Conforme Perelman (1996, p.)

[...] um ser apaixonado por justiça não se contentará em aplicar estrita e cegamente as regras que decorrem de seu sistema normativo; sempre pensará no fundamento arbitrário de seu sistema que não é, e não pode ser, um sistema perfeito. Não esquecerá que, ao lado dos valores reconhecidos por ele, existem outros valores aos quais algumas pessoas se devotam e pelos quais se sacrificam, e que é possível uma revisão de valores. Assim é que, embora pareça ser a justiça a única virtude racional, que se opõe à irregularidade dos nossos atos, à arbitrariedade das nossas regras, não se deve esquecer que sua ação mesma é fundamentada em valores

arbitrários, irracionais, e que a estes se opõem outros valores aos quais um sentimento de justiça refinado não pode ser totalmente insensível.

Ao fundamento de se resguardar a isonomia e segurança jurídica, atualmente passou o nosso sistema a, de certa forma, albergar o direito jurisprudencial, o qual, nos sistemas que prestigiam o verdadeiro precedente tem por norte conferir tratamento igualitário, valendo-se da técnica de gerenciamento processual (*case management* e *court management*).

Contudo, o tema central do sistema *common law* é a facilidade de se identificar *ratio decidendi* ou *holding*, o que é extremamente dificultoso no Brasil¹⁴ por não se assentar referidas razões de decidir e, também, por se eleger causa piloto - *Pilotverfahren* ou *test claims*.

Sem qualquer dúvida, ainda que reduza a discricionariedade judicial, justiça não é feita em números e com o objetivo de cumprir metas fixadas por órgãos de controle externo¹⁵.

¹⁴ Caso clássico é da sumula 309 do STJ que dispõe sobre a prisão civil decorrente de débito alimentar. Inicialmente, foi editado o referido verbete nos seguintes termos: SÚMULA 309 (redação *equivocada* – 27/04/2005): O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo. Posteriormente, veio a retificação dado o descompasso com a jurisprudência e as razões de decidir: SÚMULA 309 (redação *atual* – 22/03/2006): O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

¹⁵ Eis as metas fixadas para 2017 pelo Conselho Nacional de Justiça:

META 1 – Julgar mais processos que os distribuídos;

META 2 – Julgar processos mais antigos;

META 3 – Aumentar os casos solucionados por conciliação (Justiça Federal e Justiça do Trabalho);

META 4 – Priorizar o julgamento dos processos relativos à corrupção e à improbidade administrativa (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça Militar da União e dos Estados);

META 5 – Impulsionar processos à execução (Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho);

META 6 – Priorizar o julgamento das ações coletivas (STJ, TST, Justiça Estadual, Justiça

Também é possível assentar, em tal linha intelectual, que um sistema jurídico apenas se legitima quando se observa, principalmente, as vertentes da segurança jurídica, quais sejam, a estabilidade das relações – viés objetivo – e proteção da segurança – viés subjetivo. Aliás, justiça não é um jogo de apostas. Porém, de bom alvitre consignar que apenas se forma precedente se todos os argumentos relevantes sejam levados em consideração (NCPC, arts. 10, 489, §1º, inc. IV, 927, §1º).

Fato é que, ao analisar a perspectiva da justiça, cada qual segundo o que a lei atribui, Chaim Perelman faz considerações sobre a jurisprudência e a função judicial. Nesse contexto, registra que o juiz, no exercício de suas funções, para fazer valer sua concepção particular de justiça, deve-se verificar se se qualifica como servidor público encarregado de aplicar justiça ou da jurisprudência em seu todo.

Aduz que mesmo que se trate de um julgador que se contenta em seguir as trilhas da justiça e que não intenta inovar, seu papel não é puramente passivo porque toda visão de realidade é, de certo modo, subjetiva. Mesmo na reconstrução de uma visão direta, o juiz íntegro será, ainda que de forma involuntária, levado a fazer coincidir, em sua análise fática, o direito e seu sentimento íntimo de justiça.

Porém, segundo Perelman, é da *jurisprudência* que depende a definição de todas as noções confusas, de expressões equívocas do direito, pois para ela, será um jogo definir essas noções e interpretar essas expressões de forma que o sentimento de justiça do juiz não seja contrariado com demasia violência pelas exigências legais (PERELMAN, 1996).

Adverte Perelman que, quando se tratou de leis cujo sentido dificilmente seria deformado, a jurisprudência se contentou em esquecer-lhes a existência e, de tanto não as aplicar, as fez cair em desuso. Mas, na defasagem, a jurisprudência se encarrega de reduzir inconvenien-

Federal e Justiça do Trabalho);
 META 7 – Priorizar o julgamento dos processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos (STJ, TST e Justiça do Trabalho);
 META 8 – Fortalecer a rede de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra mulheres (Justiça Estadual).

tes das morosidades inevitáveis do Legislativo (PERELMAN, 1996, p. 31), adequando o direito ao contexto fático da realidade.

Contudo, sob qualquer perspectiva que se investigue o tema, necessário observar o primado constitucional.

Ora, o reconhecimento da força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática pós-positivista de interpretação constitucional alojam a CRFB/88 para o centro do sistema jurídico, fazendo com que ela passasse a ter um papel imprescindível na interpretação de todos os demais ramos do direito, dando origem ao fenômeno da *filtragem constitucional* ou *constitucionalização do direito*.

Tal modelo consiste em uma leitura da ordem jurídica sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados, fazendo-se, inclusive, uma releitura à luz do Texto Maior (NOVELINO, 2008).

Estando certo, com Michael J. Sandel, em uma passagem de sua imprescindível obra, *Justiça - o que é fazer a coisa certa*, de que, “o que importa é o motivo, que deve ser de uma determinada natureza. O que importa é fazer a coisa certa porque é a coisa certa, e não por algum outro motivo exterior a ela.” (SANDEL, 2015, p. 143) e, nesse propósito, deve-se sempre ter por norte o tratamento *igualitário* como decorrência de uma *segurança jurídica*, postulados de genuína extração constitucional (CRFB/88, 5º, *caput*).

8 Conclusão

Por certo, não há uma regra que defina fundamentação adequada, sem embargo à imposição constitucional (CRFB/88, 93, IX) e legal (CPC, 489) acerca do dever do Juiz de externar os fundamentos para permitir controle do ato judicial.

Apesar de não se duvidar ser elogiável a ideia de conferir segurança jurídica e tratamento isonômico como derivação do *caput* do

art. 5º da CRFB/88, passando a haver em nosso sistema uma inclinação para valoração do direito jurisprudencial, defeso iludir-se que tal solucionará todos ou a maioria dos entraves judiciais, quer seja pela utilização da técnica de causa piloto, quer também pela pouca clareza dos fundamentos determinantes – *ratio decidendi* ou *holding* – das decisões dos nossos tribunais.

Também não se pode prestigiar um sistema judicial que se preocupe apenas com números e baixa de estoque eis que o acesso deve ser tempestivo e também efetivo, ou seja, imperioso assegurar ao jurisdicionado uma ordem jurídica efetivamente justa, o que, por certo, não ocorre com a reprodução automatizada e mecanizada de julgados.

Se o sistema de “*boca de lei*” ruiu de há muito, também não será o juiz “*boca da jurisprudência*” que porá cobro aos nossos percalços que vão desde um distanciamento da realidade, desconhecimento dos anseios sociais e desemboca em um insano autoritarismo.

De certo, a função de tutela dos direitos e garantias fundamentais apenas se perfectibiliza com observância do sistema jurídico, especialmente as diretrizes constitucionais. Porém, também se mostra imprescindível zelo, vocação e com o exercício do dever de aferir as vicissitudes de cada caso, pena de fomentar uma prestação jurisdicional *estandardizada*.

Ainda que pareça irrespondível a questão da adequada fundamentação e de como se fazer justiça, fato é que

[...] o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam e se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às pala-

vras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil (DE PAGE, 1933 apud TEIXEIRA, 1978).

Portanto, no resguardo dos direitos e garantias fundamentais, deve o julgador formar e contribuir para formação de teses que efetivamente sigam linha interpretativa constitucional e, também, que observe o momento histórico e social eis que, dessa maneira, estará a efetivamente distribuir justiça.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF; Martins Fontes, 2010.

GALDINO, Matheus Souza Galdino. Jurisdição constitucional e teoria da decisão: Dworkin, Häberle e Habermas na democratização constitucional. **Revista Jus Navigandi**, ano 21, n. 4.624, 28 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46694>>. Acesso em: 18 out. 2016.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre a facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. **Revista Consultor**

Jurídico. 3 jan. 2013 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeiscontramajoritario-representativo>>. Acesso em: 18 out. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. A doutrina do precedente judicial: fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil. In: BUENO, Cássio Scarpinela (org.). **Novo CPC**. São Paulo: Artmed Panamericana; IBDP, 2015.

PACHECO, Thiago Cantarin Moretti. STJ desrespeita o Novo CPC e admite decisões sem a devida fundamentação. **Boletim Informativo**, 13 jul. 2016. Disponível em: <<http://boletim.prolikadvogados.com.br/2016/07/13/stj-desrespeita-o-novo-cpc-e-admite-decisoes-sem-a-devida-fundamentacao/>>. Acesso em: 18 out. 2016

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 17.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A hermenêutica em face da decisão judicial. **Rev. Fac. Dir. UFMG**, v. 26, n. 19/20, p. 146-157, maio/out., 1978.

O PODER COMO REALIDADE MULTI-FORME: APORTES SOCIOLÓGICOS PARA UMA RECONFIGURAÇÃO DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE ELEITORAL

Frederico Franco Alvim¹

“Os fenômenos políticos são obscurecidos pela pseudo-simplificação que se alcança com qualquer concepção unitária do poder como sendo sempre e em toda parte o mesmo (violência ou poder econômico ou...). O que é comum a todas as relações de poder e de influência é apenas o efeito sobre a política. O que é afetado, e em que base, só pode ser determinado através de investigação sobre as práticas efetivas dos atores em cada situação” (Lasswell e Kaplan, 1979).

RESUMO

O presente trabalho expõe as diversas formas de manifestação do abuso de poder nas eleições, com o fito de questionar a adequação e a eficiência dos mecanismos processuais de proteção da integridade eleitoral no cenário brasileiro. A partir de aportes oriundos de estudos nos campos da Ciência e da Sociologia Política, aponta deficiências no arquétipo vigente, propondo soluções para o seu aprimoramento.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Democracia 2. Eleições
3. Integridade eleitoral 4. Poder

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA-Argentina). Mestrando em Direito (UNIMEP). Especialista em Direito e Processo Eleitoral (UFG) e em Direito Eleitoral (UNAM-México). Taxista CAPES-PROSUP. Analista Judiciário do TRE-MT. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Autor do livro: Curso de Direito Eleitoral (Editora Juruá).

1 Introdução

Vencidas as etapas relativas à conquista do sufrágio universal e ao desenvolvimento de sistemas eleitorais inclusivos, o Direito Eleitoral assume como desafio o aperfeiçoamento dos processos de escolha popular. A luta pela depuração de práticas e procedimentos e a busca pela máxima competitividade tornam-se alvos primevos. Nessa quadra, o controle de abusos assume elevada importância; brechas e omissões legislativas merecem constante reparo, de modo a preservar a legitimidade e a incrementar a eficácia do sistema.

A presente pesquisa se justifica pela necessidade de aprimoramento do arranjo eleitoral. Tem por escopo investigar as formas de manifestação do abuso de poder nas eleições, além de realizar uma análise crítica sobre a adequação e a eficiência de seu sistema de proteção no cenário brasileiro. O trabalho, pois, objetiva veicular uma crítica ao modelo brasileiro: com apoio em conhecimento produzido no âmbito da Ciência e da Sociologia Política, aponta para deficiências do arquétipo vigente, sendo este o problema enfrentado. Argumenta-se que o poder, como realidade fluida, resiste a um modelo combativo rígido e estanque; e que a existência de formas anômalas de abuso coloca em xeque o padrão de tipicidade que informa a técnica do contencioso eleitoral.

O esquema consiste em investigar o influxo do poder nas eleições, apresentando conceitos, revelando mecânicas e ressaltando o seu caráter multiforme, para afinal denunciar a imprecisão de prescrições normativas pertinentes, sugerindo mudanças para a salvaguarda da integridade eleitoral. A metodologia empregada concerne à vertente jurídico-sociológica, buscando uma crítica do ordenamento eletivo em suas relações com o sistema político e com a sociedade. Em termos diretos, emprega-se o método de raciocínio dedutivo, fundado em uma abordagem na qual uma proposição teórica geral é aplicada a um caso particular (eleições brasileiras).

2 O contencioso eleitoral brasileiro e o problema do modelo de tipicidade cerrada

No esquema legal, a proteção da integridade eleitoral é perseguida por um vasto arcabouço de regras e princípios jurídicos, conformados de modo a garantir a pureza dos elementos da mecânica democrática. No plano fático, contudo, as aspirações normativas por vezes cedem ante a postura de atores que extrapolam limites éticos e jurídicos na busca desenfreada pelo acesso a cargos eletivos. Nesses casos, o Direito opera através da coerção. As ações eleitorais, nesse passo, consistem em instrumentos jurídico-processuais de proteção das regras do jogo político, por meio dos quais se busca aplicar aos infratores as reprimendas previstas na legislação eleitoral.

Em matéria processual, o ordenamento brasileiro estabelece um rol *numerus clausus* de instrumentos invocáveis, cada qual com suas notas de especificidade. Segundo o modelo adotado, repelem-se ações genéricas (ou ordinárias), de modo que o controle jurisdicional da regularidade dos pleitos somente se exerce nos estritos termos das fórmulas constantes do catálogo normativo. Assim, de acordo com o Tribunal Superior Eleitoral, “*não há como se admitir ilimitado exercício de ação na Justiça Eleitoral porque isso implicaria a insegurança dos pleitos, comprometendo o processo eleitoral como um todo [...], daí decorrendo a tipicidade dos meios de impugnação que vigora nesta Justiça Especializada*” (AAG 4598/PI. DJ, 13.08.05). Firma-se, como se vê, uma opção pelo princípio da tipicidade das ações eleitorais².

No que toca ao abuso de poder, a legislação brasileira contempla a previsão de duas alternativas específicas: a ação de inves-

² A lógica da tipicidade processual fechada contrapõe-se à de sistemas de contencioso que admitem as chamadas - cláusulas de nulidade abstrata, brechas normativas para o questionamento judicial da regularidade do pleito em virtude de vícios graves, verificáveis em concreto porquanto não previamente arrolados pelo legislador.

tigação judicial eleitoral, mencionada no art. 14, §9º, da Constituição Federal, e regulamentada pelo art. 22, da Lei Complementar nº 64/1990; e a ação de impugnação de mandato eletivo, inscrita no art. 14, §10, da Carta Política. A primeira tem como hipóteses estritas de cabimento o abuso de poder econômico, o abuso de poder político (ou de autoridade) e o uso indevido dos meios de comunicação social, também conhecido como abuso de poder midiático; o segundo instrumento, para além das hipóteses de fraude e corrupção, pode ser invocado exclusivamente em casos de abuso de poder econômico. Fora dessas hipóteses, a regra de tipicidade estreita a via do questionamento judicial, expondo as eleições *a ações daninhas não* antevistas pelo legislador. Nesses casos, é possível que se subverta o processo de livre convencimento do eleitorado ou que se alquebre a igualdade de oportunidades entre os concorrentes sem a correspondência de qualquer punição. A integridade eleitoral, nesse quadro, pode converter-se em mera ficção. É o que ocorre, precisamente, quando os resultados são determinados pela ocorrência de alguma das formas atípicas de abuso de poder nas eleições.

3 Propedêutica para a compreensão do poder

Poder é um vocábulo polissêmico. O uso em diferentes contextos impele, desde logo, a um trabalho de precisão. Na teoria política o fenômeno tem sido abordado, principalmente, em três perspectivas. Pela ótica *institucionalista*, a palavra diz respeito aos poderes públicos, sendo usada para designar a força incorporada pelo Estado. Falar de poder é falar de governantes ou de um ente coletivo transcendente e oposto à sociedade civil (HERMET et al, 2014, p. 235). Em noção *substantiva*, o poder é visto como “algo suscetível de posse”, isto é, como “um bem ou uma prerrogativa que se pode possuir” (ANDRADE SÁNCHEZ, 2013, p. 44). Nesse sentido, o

poder é entendido como um objeto: sustenta-se em um instrumento que serve ao homem para alcançar uma meta desejada (OLIVOS CAMPOS, 2012, p. 30). A tese substantiva sofre muitas críticas³. Prevalece, afinal, uma terceira teoria, denominada *relacional*. Por esse prisma, o poder opera nas relações entre sujeitos: existe e cobra sentido, exclusivamente, no seio de interações humanas. Como esclarece Sartori (2009, p. 20):

El poder es una relación: un individuo tiene poder sobre outro porque le obliga a hacer lo que de otra forma no haría. Robinson Crusoe, en la isla donde naufragó, mientras esté solo no tiene ningún poder, únicamente lo adquiere cuando llega Viernes.

O presente trabalho se dirige, precisamente, à investigação do poder como fenômeno das relações interpessoais, de maneira que o sentido que se lhe confere seja um feitiço social. Na esteira de Stoppino (2009, p. 933), entende-se o poder como “a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem”, o que o coloca não apenas como sujeito, mas também como objeto do poder.

A dicotomia conceitual existente entre o poder como prerrogativa (sentido comum) e o poder como fenômeno de ingerência no comportamento alheio (sentido social) não impede, porém, uma consideração conjunta, na tarefa de desvendar a sua natureza. Fernández

³ Stoppino (2009, p. 934) argumenta que em perspectivas substanciais, o poder é entendido “[...] como um objeto ou uma substância que se guarda num recipiente. Contudo, não existe Poder se não existe, ao lado do indivíduo ou grupo que o exerce, outro indivíduo ou grupo que é induzido a comportar-se tal como aquele deseja. Sem dúvida [...] o Poder pode ser exercido por meio de instrumentos ou coisas. Se tenho dinheiro, posso induzir alguém a adotar um certo comportamento que eu desejo, a troco de recompensa monetária. Mas, se me encontro só ou se o outro não está disposto a comportar-se dessa maneira por nenhuma soma de dinheiro, o meu Poder se desvanece. Isto demonstra que o meu Poder não reside numa coisa (no dinheiro, no caso), mas no fato de que existe um outro e de que este é levado por mim a comportar-se de acordo com os meus desejos. O Poder social não é uma coisa ou sua posse: é uma relação entre pessoas”.

Ruiz (2010, p. 11), ao discorrer sobre a índole do poder, assevera que se trata, sim, de uma prerrogativa, entretanto de uma prerrogativa especial, que se relaciona com a capacidade de influenciar alguém com quem se trava alguma espécie de interação. O poder se apresenta como capacidade de fazer algo, mas obviamente não se esgota nessa capacidade porque, mais do que isso, implica uma nota específica: a capacidade de impor a alguém a própria vontade, baseando-se na possibilidade que se tenha de aplicar efeitos benéficos ou prejudiciais aos demais, isto é, de punir ou recompensar um comportamento alheio. Sustentando, pois, o argumento de que o fenômeno representa uma substância potencialmente aplicada em uma relação social, o autor toma o poder como uma energia disponível para uma conduta, energia essa que, para atuar, necessita de um sujeito (depositário do poder); de um objeto (o seu destinatário); e de um fundamento (a vontade que se impõe). Tendo fixado os seus requisitos, concebe o poder como a capacidade de um indivíduo ou grupo, gerada por sua *libido dominandi*, de conferir efeitos agradáveis ou desagradáveis à conduta de outro indivíduo ou grupo, com o fim de impor-lhe a sua vontade para lograr um determinado comportamento individual ou coletivo (FERNÁNDEZ RUIZ, 2010, p. 13). Cuida-se de proposta assaz semelhante à clássica definição de Weber (2011, p. 43), que descreve o poder como “[...] a probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade”. Em linha análoga, Galvis Gaitán (2005, p. 13), o define como uma relação humana de subordinação na qual, a despeito de obstáculos e oposições porventura apresentadas, prevalece a vontade dos que mandam sobre a dos que obedecem, o que implica dois elementos essenciais, mando e obediência, e, conseqüentemente, a existência daqueles que mandam e daqueles que obedecem. Em suas palavras, o poder é, simplesmente, “[...] la capacidad para hacerse obedecer”.

4 O abuso de poder nas eleições

Nos termos de Vilas (2013, p. 20), toda relação de poder apresenta duas características básicas: efetividade e intencionalidade. A *efetividade* se refere à constatação de que o poder cobra existência em seus próprios efeitos, isto é, materializa-se apenas quando lograda a obediência buscada. Com efeito, tal como ressalta Fernández Ruiz (2010, p. 12), um poder que manda sem encontrar cumprimento, a rigor, é apenas um propósito frustrado. A *intencionalidade*, noutro passo, significa que a relação de poder invariavelmente amarra-se um propósito, vale dizer, encontra-se sempre orientada à obtenção de uma resposta, produzida pelo sujeito sobre o qual o poder se exerce. Todo poder, assim, carrega uma *intencionalidade finalista*, haja vista que sua força existe e atua *com e para* uma finalidade específica (BIDART CAMPOS, 1985, p. 31). No plano eleitoral, a intenção em seu emprego é bastante clara: o poder serve ao acúmulo de votos, à vitória no certame. Frequentemente, o sujeito apoderado vale-se de ações destinadas a um objetivo positivo, qual seja determinar o vencedor da contenda; não é impossível, porém, que efeitos de poder sejam utilizados com o fito de obstar o acesso a cargos representativos, quando então, com feição negativa, serão aplicados para sabotar uma opção política específica.

Como recurso didático, é possível adequar a proposta de Fernández Ruiz (2010, p. 11), propondo um esquema ilustrativo básico sobre a operabilidade do abuso nas eleições. Considerados, então, os elementos que caracterizam as relações de ingerência, tem-se: como *sujeito*, pessoas ou grupos que ostentam alguma espécie de hegemonia (candidatos, coordenadores de campanha, cabos eleitorais, partidos políticos, conglomerados econômicos, veículos de mídia, ministros religiosos, etc.), e que se propõem a empregá-la na fase de campanha, em favor (o que é mais frequente) ou em detrimento (o que é mais raro) de uma determinada candidatura; como *objeto*, o corpo de eleitores ou, mais propriamente, cada cidadão que o compõe, visto que o voto é individualizado e o que o poder, nesse sentido,

opera em uma plataforma microsocial; finalmente, o seu *fundamento*, identificado pela vontade que se pretende impor, traduzida aqui no desejo de condicionar o sentido do sufrágio. Essa vontade atua mediante a projeção de um resultado absorvido pelo destinatário, a partir do efetivo emprego, por parte do sujeito, das prerrogativas que incorpora em função da qualidade do poder que ostenta.

O emprego do abuso de poder é uma realidade nefasta no cenário eleitoral: afeta a liberdade da escolha do eleitor e mina violentamente a igualdade de oportunidades entre os candidatos, condicionando o resultado do certame e, assim, comprometendo a legitimidade das eleições. A ofensa a esses valores é levada em conta por Bim (2003, p. 46), que as utiliza para forjar um conceito. Em suas palavras, o abuso de poder nas eleições constitui “um complexo de atos que desvirtuam a vontade do eleitor, violando o princípio da igualdade entre os concorrentes do processo eleitoral e o da liberdade de voto, que norteiam o Estado democrático de direito”. Na mesma linha, Gomes (2009, p. 245) é categórico ao ressaltar a sua nocividade, dizendo que o pleito em que o abuso se instala resulta necessariamente corrompido, na medida em que impede que as urnas reflitam a vontade genuína do eleitor. Em sua visão, isso contribui para a formação de uma representação política “inautêntica” e mendaz”.

A campanha eleitoral, compreendida como um conjunto de atividades desenvolvido com o propósito de captação de votos, tanto no aspecto financeiro como nos aspectos político e ideológico, deve ser conduzida de acordo com os limites previstos no ordenamento, e esses limites não de plasmar escolhas legislativas que resguardem um mínimo de competitividade, sob pena de comprometer a integridade do processo de escolha. O uso desmedido do poder - em qualquer de suas formas - deve ser impedido no plano fático, a partir de soluções desenhadas no campo normativo e implementadas pela atividade jurisdicional. A realização dessa missão, contudo, não é fácil. O poder, por natureza, tende ao desconhecimento de limites e,

outrossim, também por natureza se disfarça ou se transforma, como se passa a demonstrar.

5 O caráter multiforme do poder

O poder é um fenômeno complexo. Muito embora o Estado concentre uma imensa capacidade de mando, o certo é que a sociedade abriga diversos outros centros de força. Como assinala Uriarte (2010, p. 45), a sociedade não é apenas um lugar de indivíduos, mas também da economia privada e de numerosas e potentes organizações de todo tipo. Consectário disso, paralelamente ao Estado existem diversas outras fontes de poder, como empresas, igrejas e meios de comunicação. Nessa esteira, disse Burdeau (*apud* FAYT, 2009, p. 201) que a sociedade é uma verdadeira “constelação de poderes”, os quais, para Fayt (2009), encontram-se quantitativa e qualitativamente diferenciados segundo a magnitude dos grupos sociais, dos instrumentos que controlam, da força que possuem, os propósitos sociais, econômicos, culturais ou de outra ordem que perseguem e os modos de influir sobre a conduta dos demais, ainda que contra a sua vontade. Há, assim, poderes econômicos, políticos, religiosos e sociais, entre outros, compreendendo-se dentro do fenômeno os infinitos processos que resultam dessa forma de relação humana. Daí porque Weber (1964 *apud* RIBEIRO, 1998, p. 13) constata que “o conceito de poder é socialmente amorfo”, o que significa que todos os atributos assimilados pelo homem podem colocar alguém em condições de impor a sua vontade em certas situações.

É possível, pois, divisar diferentes classes de poder. Nesse diapasão, Bobbio (2000, p. 21) situa o poder em três grandes categorias: política, econômica e ideológica. O critério mais adequado para a distinção dos poderes sociais, para o autor, leva em conta “[...] os meios utilizados na busca dos efeitos desejados”. Nessa perspectiva,

pondera que uma pretensão social de mando, para ser obedecida, em regra pode se servir: da força; da posse de bens necessários para induzir aqueles que nada possuam ou que muito necessitem à adoção de certo comportamento; ou da posse ou manipulação de um saber, de doutrinas, de conhecimentos ou mesmo de informações inacessíveis aos demais, para induzir a que membros de um grupo se comportem de uma determinada maneira. A julgar pelas diferentes formas de pressão utilizadas, estar-se-á, respectivamente, perante o poder político, econômico ou ideológico.

O modelo em questão não pretende esgotar as várias formas de poder; ao revés, limita-se a oferecer uma categorização capaz de abarcar todos os possíveis meios de exteriorização. É de se reconhecer que o poder, como fenômeno social, detém natureza fluida, sendo apto a apresentar-se mediante fórmulas praticamente infinitas. Nessa direção, Fávila Ribeiro (1998, p. 5) há muito advertia que o poder tem caráter pluralista, eis que o espaço social está sempre exposto a que germinem e operem esquemas de dominação de diversos formatos. Do mesmo modo, Azambuja (2008, p. 77) enxerga no poder um caráter difuso, reconhecido a partir da constatação de que inexistente sociedade em que os indivíduos não se vejam sempre em alguma medida submetidos a pressões externas, manifestadas sob vários matizes. Em arremate, aduz que “[...] assim como a energia o poder tem muitas formas”.

Os legisladores, contudo, descuram dessa realidade. No caso brasileiro, os arts. 14, §9º, da Constituição Federal, e 22, caput, Lei Complementar nº 64/1990 tratam o poder como um fenômeno restrito e formalmente rígido. Os dispositivos proscvem, no contexto eleitoral, a utilização exacerbada do poder político, econômico e de comunicação social, como se fossem os únicos meios pelos quais o ilícito tem sido observado nos pleitos. Cuida-se de opção legislativa equívoca e lamentável, derivada de uma falha de percepção que não se encerra no plano conceitual. Ao revés, carrega graves implicações

práticas, identificadas pela inibição de decisões jurisdicionais que reconheçam formas atípicas de abuso de poder, e pelo nefasto efeito de impedir o desenho de medidas normativas de contenção realmente aptas a frenar o seu uso indiscriminado na competição eleitoral. É urgente notar que, se bem os poderes assinalados manifestam-se com mais frequência e com maior percepção no bojo dos certames, o poder é um fenômeno que pode assumir os mais diferentes formatos e que, portanto, não obedece a um catálogo preestabelecido de formas. Frente a essa realidade, para além das formas típicas, cumpre ir além do que fazem os manuais, para explorar a possibilidade de existência de espécies atípicas ou anômalas de abuso nas eleições.

6 Formas típicas de abuso de poder

6.1 Abuso de poder político

Devido ao papel que desempenha, o Estado concentra uma enorme parcela da autoridade social. A sociedade materializa o poder no Estado, o qual, através do governo, encarrega-se de sua direção política e jurídica, em suas instâncias de decisão, ação e sanção (FAYT, 2009, p. 33). Como consequência, os agentes estatais, na qualidade de representantes do Estado, têm à sua disposição um imensurável aparato de poder.

O abuso de poder político pode ser conceituado como toda ação ou omissão perpetrada por agente público, num contexto eleitoral, em desrespeito a comando jurídico normativo, idônea a, por sua gravidade, ofender a legitimidade das eleições, em benefício ou detrimento de uma candidatura. Historicamente, o uso desmedido da engrenagem política foi utilizado em larga escala, desde a celebração das primeiras eleições no país. Nas décadas que precederam a depuração das mecânicas, os pleitos brasileiros quase sempre eram

decididos em favor dos candidatos que representavam os interesses da situação. Num primeiro momento, os métodos de pressão eram tão indiscretos e contundentes que eliminavam (mais do que ofendiam) a legitimidade dos eventos de escolha popular. Posteriormente, com o estabelecimento e a evolução dos mecanismos de coibição dos excessos em tela, a utilização do aparato do Estado, paulatinamente, assumiu formas cada vez mais sutis.

Ainda hoje, à revelia de um elaborado rol proibitivo, são inúmeras as formas pelas quais o poder político é empregado nas eleições. A modo de ilustração, citem-se casos em que ocupantes de cargos públicos obrigam subordinados a trabalharem em sua campanha; distribuem bens adquiridos com dinheiro público; realizam contratação de funcionários sem a realização de concurso público; estabelecem ligações entre suas figuras e a continuidade de programas sociais que gerenciam etc.

6.2 Abuso de poder econômico

O poder econômico deriva da desigualdade na distribuição dos recursos necessários para a subsistência e para a qualidade de vida daqueles dos quais se espera uma determinada postura (Vilas, 2013, p. 29). Bobbio (2000, p. 162) define-o como o poder que se vale da posse de certos bens necessários (ou assim considerados) em uma situação de escassez, para induzir pessoas que não o possuem a adotar um comportamento desejado por quem quer que o detenha. Para o mestre italiano, a posse de grandezas econômicas representa uma enorme fonte de poder, haja vista que, em geral, qualquer agente que possua abundância de bens é capaz de condicionar o comportamento de quem se encontra em situação de penúria, por meio do oferecimento ou da entrega de alguma espécie de compensação. O poder econômico, nesse passo, viabiliza uma “compra de obediência”, no ponto em que se demonstra capaz de submeter tanto aqueles que ca-

recem de recursos como os que os têm escassos, ou ainda os que os possuem, e, no entanto, querem ter mais. Isso porque, como aponta Uriarte (2010, p. 49), um dos motores do comportamento humano é a busca de satisfação, possibilitada pela posse de recursos materiais. Tal busca apresenta-se como uma constante na ação das pessoas, influenciando de modo importante na dinâmica das relações sociais.

No ambiente eleitoral, o abuso de poder econômico pode ser entendido como “a exacerbação de recursos financeiros para cooptar votos para determinado candidato, relegando a importância da mensagem política” (VELLOSO e AGRA, 2012, p. 380). Trata-se de mecanismo de convencimento baseado no emprego de bens econômicos com o objetivo de proporcionar vantagens para influenciar eleitores, subvertendo o equilíbrio de oportunidades que deve pautar a contenda política. Em contornos gerais, configura-se sempre que atores políticos empregam o fator econômico não como meio de viabilização da campanha, mas como fonte direta para a obtenção de apoio popular.

Na visão de Castro (2012, p. 52), quando usa o dinheiro o ator político menospreza a função do voto como instrumento de cidadania plena, conduzindo o cidadão a alienar a sua liberdade de escolha em troca de vantagens de ocasião. Por isso, a interferência econômica tem o condão de implicar ao processo eleitoral uma inaceitável nota de mercantilização. O dinheiro é capaz de fazer com que a vontade do eleitorado deixe de ser creditada por motivos como o reconhecimento por precedentes realizações na vida pública ou a confiança conquistada através de um trabalho de persuasão por afinidade de convicções, “transformando as eleições em um negócio de contraprestações pecuniárias” (RIBEIRO, 1998, p. 52). É com razão, portanto, que a jurisprudência internacional entende que as práticas clientelistas produzem “*efectos extremadamente perniciosos sobre los principios fundamentales del régimen representativo y en particular sobre la expresión genuina de la voluntad del elector, que es su presupuesto*” (CNE argentina, *Fallo 3605/05*).

6.3 Abuso de poder midiático

Os *media* exercem um papel fundamental nas sociedades modernas, porquanto atuam como motores da difusão de informação e conhecimento. Modernamente o acesso à informação é considerado essencial para a qualificação das democracias, haja vista que o exercício satisfatório das prerrogativas políticas só pode ocorrer com base em decisões sustentadas por uma dose suficiente de (boa) informação (GONÇALVES FIGUEIREDO, 2013, p. 212).

O ponto é que o direito à informação esbarra na realidade. O adequado processo de formação do convencimento político claramente supõe o acesso a informações objetivas e, nessa quadra, é imperioso anotar que a existência de objetividade é bastante questionada na área da comunicação.⁴ Na prática, os veículos de comunicação se apartam de sua missão, usando da força de que dispõem para agendar a audiência, selecionando pautas, imprimindo ou retirando ênfase às notícias, matizando acontecimentos de modo a promover interesses setorizados, ocasionando prejuízos ao sistema político em que se inserem. Há, no caso dos meios, um patente dissenso entre *ser* e *dever-ser*, e a distância que os separa denota a diferença entre enxergá-los como fatores de desprestígio ou de recrudescimento do regime democrático.

No esquema de Bobbio (2000, p. 227), os veículos de comunicação se revestem de poder ideológico, na medida em que produzem informações massificáveis capazes de suggestionar a opinião pública,

⁴ Barros Filho (2003, p. 30-34) menciona que os códigos de ética e os ordenamentos a respeito da imprensa veem na objetividade uma garantia de proteção social, mas que no plano fático o comportamento da mídia caracteriza-se por uma constante falta de neutralidade informativa. Por tal motivo, comenta serem cada vez mais numerosos os especialistas a defender que no campo da comunicação a objetividade é mesmo impossível, apresentando-se apenas como um conceito típico ideal.

induzindo o corpo social a que reaja de uma maneira preconcebida. Uriarte (2010, p. 50) reforça a colocação, ao acrescentar que o elemento que caracteriza o poder ideológico é a posse de conhecimento ou, sobretudo, da capacidade para manejar palavras, conceitos e símbolos, ressignificando-os, de maneira a moldá-los a um interesse determinado. Considera que o poder ideológico existe porque as ideias possuem uma enorme capacidade para influenciar os cidadãos, dado que os comportamentos econômicos ou políticos explicam-se, em boa medida, com apoio em valores difundidos que se tornam predominantes.

O poder midiático opera de modo realmente simples, a partir da premissa de que o processo de compreensão (assimilação) depende da comunicação (BARROS FILHO, 2003, p. 61). Fayt (2009, p. 265-281) explica que, pelos *efeitos*, comunicar é sinônimo de influir na mente humana, utilizá-la com o fim de obter controle ou adesão. Assim, como dominar é influir, influi-se na mente para dominar a vontade individual. A serviço dessa “*orientación negativa de la personalidad humana*” encontram-se os meios de comunicação, frente aos quais o homem vai perdendo toda a possibilidade de pensar por si mesmo. Esses elementos intervêm na elaboração das estruturas mentais e arrebatam do indivíduo o direito à formação da própria convicção. No contexto eleitoral, o abuso do poder midiático traduz-se na utilização da imensa capacidade de influência que os órgãos de produção de informação possuem como fator de quebra da equidade eleitoral. Refere-se ao uso incisivo dos veículos de imprensa como instrumentos de manipulação do eleitorado para promoção ou descredenciamento de ofertas políticas, em medida suficiente a comprometer a legitimidade eleitoral.

7 Formas atípicas de abuso de poder

7.1 Abuso de poder religioso

Superada a fase histórica marcada pela forte intervenção da religião no Estado, a organização política moderna derivou para a consolidação da neutralidade religiosa, a partir do estabelecimento da laicidade estatal, atualmente considerada um subprincípio concretizador do axioma republicano. É o que registra Jónatas Machado (2013, p. 22), para quem a laicização traduz a ideia de que a religião tem lugar no espaço público na medida em que isso reflita não uma imposição coercitiva de autoridades políticas e religiosas, mas a autonomia individual e o autogoverno democrático das comunidades. As religiões, sob a premissa, estão assim autorizadas a atuar sobre a opinião pública e inclusive sobre a vontade política, desde que respeitado o quadro de uma esfera pública plural.

Como qualquer grupo social, as comunidades religiosas possuem interesse legítimo na discussão de temas públicos. Conquanto tenha como matéria-prima o sobrenatural, a religião não se isola na ordem metafísica; pelo contrário, cobra sentido na existência real, a qual pretende modificar pela divulgação de princípios e crenças, e pela implementação de práticas que derivam de textos sagrados, os quais, em última instância, espelham códigos morais. Naturalmente, às ordens religiosas interessam de perto discussões legislativas relacionadas, p. ex., com a regulamentação do matrimônio, da prostituição ou do aborto. Considerado, porém, o poder que as igrejas e seus dirigentes concentram, bem como a sua capacidade de produzir impactos no equilíbrio das forças eleitorais, sua participação nos processos de escolha popular deve ser analisada com cuidado. Isso porque nas eleições o princípio de liberdade de escolha deve incidir sobre a atuação de qualquer pessoa, física ou jurídica, que se encontre em situação de exercer influência sobre o eleitorado (SÁNCHEZ

MUÑOZ, 2007, p. 59). Não se trata de censurar a religiosidade, mas de dessacralizá-la, tratando-a como o fato sociológico, sem prejuízo do respeito a suas particularidades. Esmer e Petterson (2007, p. 485), nessa senda, assinalam que a clássica afirmação de Marx (“a religião é o ópio das massas”) serve para demonstrar que o elemento religioso pode operar como um instrumento utilizado para a adesão de oprimidos.

Tal como a mídia, o poder religioso pertence à categoria ideológica. Para Bobbio (2000, p. 162-163), a força ideológica remete à capacidade de influência que “as ideias formuladas de um determinado modo, emitidas em determinadas circunstâncias, por uma pessoa investida de determinada autoridade, difundidas através de determinados procedimentos, têm sobre a conduta dos consorciados”. Dessa espécie de condicionamento é que surge, em cada grupo organizado, a importância social daqueles que sabem (sábios), como os sacerdotes ou ministros de ordens religiosas, porque através deles - e dos valores que difundem - cumpre-se o processo de socialização necessário à integração do grupo. A submissão da espécie ao gênero é bem marcada por Vilas (2013, p. 13), que diz o poder ideológico se assenta na persuasão das ideias e na capacidade de influenciar comportamentos humanos. Uma ideologia – diz o autor - consiste na seleção de certas ideias para sublinhar e representar um projeto particular que mantenha e aumente o poder nas relações sociais. Logo, as ideologias oferecem interpretações do mundo, tornam-no compreensível e manejável ou oferecem recomendações e perspectivas para fazê-lo compreensível e manejável. Nesse raciocínio, o poder das igrejas sobre sua freguesia, com promessas de salvação e ameaças de castigos ultraterrenos, é um caso típico da categoria em questão.

A força do poder religioso manifesta-se pela propagação reiterada de diferentes interpretações de textos sagrados, aliada à sugestão mais ou menos impositiva de condutas e de um estilo de vida, do que deriva uma considerável capacidade de modulação de comporta-

mentos. Nessa linha, Fukuyama (2013, p. 81) assevera que a religião tem importante papel no estímulo de ações coletivas em larga escala. Agozino (1997, p. 217), por seu lado, afirma que todas as grandes religiões do mundo ensinam, explícita ou implicitamente, que existem leis e autoridades morais mais altas do que as políticas cambiantes de todos os Estados; todas as religiões, ao interpretarem tais leis, criam oportunidades para o exercício da liderança moral, a influência e, muito possivelmente, o poder através dos limites do Estado. Por isso, as igrejas e os agrupamentos espirituais constituem, à sua maneira, *forças políticas organizadas*, como afirma Prélot (1975, p. 140).

Segundo Fayt (2009, p. 48), o poder religioso traduz-se no “*gobierno indirecto de los hombres a través de sus necesidades espirituales*”. Fernández Ruiz (2010, p. 19) complementa que, baseadas no dogma, as disposições do poder religioso referem-se não somente à conduta do ser humano em suas relações com seus semelhantes, mas que também operam na relação com Deus e no âmbito do seu “*eu interno*”. Em sua perspectiva, os patronos dos cultos são os depositários do poder religioso; o cumprimento ou a infração de seus mandados dará lugar a prêmios ou castigos em uma vida ultraterrena. O poder religioso, assim, forceja e violenta o livre-arbítrio do indivíduo a ele subordinado, cuja conduta se modifica para não fazer-se merecedor de castigo, mas de glória na vida seguinte.

Os ministros e sacerdotes, nesse contexto, convertem-se em fortes formadores de opinião, agindo na prática eleitoral como exímios “puxadores de voto”. A efetividade de seu discurso decorre, em primeiro lugar, da primazia que exercem sobre a questão do sagrado, da qual emana uma força social que produz resultados diretos no direcionamento dos sentimentos coletivos (CASAL, 2012, p. 103). Decorre também do fato de que, pessoalmente, gozam em suas comunidades de elevado prestígio, elemento que facilita a conquista de obediência e apoio (AZAMBUJA, 2008, p. 84). Por isso, é lógico reconhecer que a imposição de limites às atividades eclesiásticas é

uma medida necessária à proteção das eleições, dada a ascendência incorporada tanto por expoentes das igrejas em setores específicos da comunidade (*Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, Tesis XLVI/2004 e XXXVIII/2014*). Na jurisprudência mexicana, esse argumento tem o sentido de impedir que força política alguma possa coagir moral ou espiritualmente os cidadãos, para que se afilem ou votem por ela, além de garantir a liberdade de consciência dos participantes do pleito, que deve manter-se livre de elementos religiosos, finalidade que não se lograria alcançar se fosse permitido que os partidos usassem a ideologia religiosa na campanha, pois com isso evidentemente se afetaria a liberdade de consciência dos votantes e, conseqüentemente, a qualidade do voto na renovação dos órgãos do Estado (*Tesis XLVI/2004*). Essa amálgama é capaz subverter a essência do voto. Na visão de Steil (2001, p. 81-82), a ação religiosa pode “destituir o voto de sua conotação racional política, atribuindo-lhe uma função mágica”. Por outro lado, “se os votos dos crentes têm esta conotação positiva e mágica, os candidatos que são seus destinatários se tornam instrumentos da ação divina. [...] São, ao que tudo indica, portadores de uma investidura que lhes é conferida por graça e escolha divinas, independente de suas obras ou méritos”.

No plano eleitoral, o poder religioso tem sido aproveitado de duas diferentes formas: pela apresentação de candidatos selecionados em seu próprio seio, convertidos em “candidatos oficiais” das respectivas organizações de cunho religioso; e pelo estabelecimento de pactos com elementos alheios àquelas comunidades, baseados na oferta de benefícios imediatos ou proveitos futuros em troca da disponibilização de apoio político. A depender da forma, serão diferentes a abordagem e a dificuldade encontrada pelos eclesiásticos na tarefa de angariar apoio dentro de seu *rebanho*. Por razões claras, resulta mais simples o trabalho em prol de frequentadores da própria comunidade religiosa, em favor dos quais operam a lógica do corporativismo e a eficácia do facilmente assimilado lema “irmão

vota em irmão”. Em outra mão, a promoção de candidatos alheios à instituição é mais complicada, dependendo de formas mais elaboradas de discurso, a fim de que sejam apresentados, entre todos os postulantes, como os “verdadeiros servos do Senhor” (MONTES, 2014, p. 37). Em todos os casos, é comum que se apresente aos fiéis um cenário social inserido em uma espécie de batalha espiritual, cuja vitória depende da aplicação de um esforço político conjugado.

7.2 Abuso de poder coercitivo

No âmbito das interações humanas a violência faz-se presente desde o início da história. A despeito das longas e sucessivas etapas da evolução civilizatória, ainda hoje aflige o experimento social. No campo das eleições, foi amplamente utilizada a fim de assegurar vitórias até as primeiras décadas do século XX, até que, com a edição de medidas normativas de depuração, deixou de exercer protagonismo, permitindo a elevação do índice de integridade eleitoral; contudo, hodiernamente a sombra da violência pode ser verificada em alguns certames eletivos. Cuida-se de uma espécie de resgate do antigo *voto de cabresto*, prática cujos efeitos anulam, na essência, a liberdade para o exercício do sufrágio, destruindo a própria simbologia do que representa a maior das manifestações da cidadania.

Em vista dessa realidade, o ordenamento brasileiro oficializou, no art. 41-A, §2º, da Lei nº 9.504/97, a existência de captação ilícita de sufrágio pelo emprego de coação, caracterizada pela prática de violência ou grave ameaça no processo de obtenção de votos. Combate-se, pelo dispositivo, o emprego de constrangimentos físicos ou psicológicos ao eleitor, prática violadora da legitimidade do pleito e existente na realidade do país, mormente em comunidades onde a engrenagem do crime organizado mantém-se em movimento em razão da obscura influência de um protetorado político.

O poder coercitivo opera, basicamente, por meio do medo. Faz-se obedecer pelo consentimento advindo de um temor disparado por uma antevisão das consequências oriundas da desobediência (GALVIS GAITÁN, 2005, p. 17). O sujeito sobre o qual se impõe o poder em questão ajusta o seu comportamento aos desejos do coator com o objetivo de evitar a imposição de um malefício ou castigo. Trata-se, pois, de modulação comportamental que atua sobre o instinto natural de autopreservação. Como nota Stoppino (2009, p. 1.293), a segurança física da própria vida tende a ser um valor fundamental para todos os homens e, por isso, a aptidão para colocá-la em risco representa uma ferramenta efetiva de controle sobre a conduta humana.

Teoricamente, o poder coercitivo admite duas formas de manifestação: o emprego de violência ou grave ameaça. Stoppino (2009, p. 1.291) concebe a violência como uma intervenção física exercida contra a vontade do agente que a sofre, com a finalidade de destruir, ofender ou – o que interessa para o caso - coagir. Quanto à ameaça, significa para Cândido (2008, p. 194) a promessa de aplicação de um mal injusto, de cunho psíquico ou moral, apta a exercer sobre aquele a quem é destinada uma ação inibitória de tal força que lhe impeça o exercício do elemento volitivo. A efetividade da ameaça reside no fato de que fenômeno pode ser visto também como um modo de comunicação que atua sobre as representações que provoca nos seres. Como sugere Vilas (2013, p. 23), no âmbito das relações de poder nem sempre é necessário que se passe à repressão aberta para que os cidadãos entendam do que se trata e atuem em consequência.

Ultimamente, denúncias a respeito da intromissão do poder paralelo no cenário eleitoral têm aparecido com certa frequência. Assim como há muito se sabe da relação espúria entre a política e o dinheiro, surgem a cada dia mais e mais indícios de que algo semelhante ocorre com o crime organizado. A modo de exemplo, no estado do Maranhão, doze milicianos armados foram presos no dia do pleito, sob o pretexto de garantir “segurança” de um candidato a

prefeito (EDROALDO, 2012); no Rio de Janeiro, apenas no período compreendido entre 2008 e 2012, quatro vereadores foram presos em função de ligações com milícias que dominam favelas e comunidades carentes (MARTINS, 2008). A gravidade do tema levou a Justiça Eleitoral a montar um operativo especial, com o escólio de evitar que a ação de grupos criminosos influenciasse a opção dos eleitores. À época, o TRE fluminense noticiou o recebimento de denúncias de que os cidadãos afligidos estariam sendo forçados, inclusive, a fazer uso de seus telefones celulares, a fim de efetuar registros que comprovassem o sentido de seu voto (ALESSI, 2012). Apesar dos esforços empreendidos pelo órgão, em 2014 renovaram-se notícias sobre esforços de facções criminosas para alavancar candidaturas. Segundo matéria da revista Carta Capital, as milícias tentam controlar os resultados eleitorais; o Deputado Marcelo Freixo, relator de Comissão como a “CPI das Milícias” afirma ao periódico que os milicianos possuem um projeto não apenas econômico, mas também de poder (GOMBATA, 2014).

Assim como o poder religioso, o poder coercitivo não foi contemplado pelo legislador brasileiro, quando da catalogação de formas abusivas a ensejarem a proposição da ação de investigação judicial eleitoral. Diferentemente da espécie religiosa, o emprego do poder coercitivo conta com alguma forma de punição, exatamente nas penas da captação ilícita de sufrágio (art. 41-A, §2º Lei nº 9.504/97). No entanto, o mecanismo é insuficiente para a punição e para a repressão das condutas analisadas, especialmente por ter-se sedimentado na jurisprudência pátria um detalhe de cunho probatório que assinala uma importante distinção entre o reconhecimento de captação ilícita de sufrágio e a caracterização do abuso de poder. Para o Tribunal Superior Eleito-

ral, a norma que proíbe a captação ilícita adota como bem jurídico protegido a liberdade para o exercício do sufrágio, ao tempo em que o abuso é vedado com o objetivo de resguardar a legitimidade das eleições. De consequência, diferentemente do que se passa com os casos de abuso de poder, a punição pela captação ilícita por coação depende de que se comprove nos autos a participação - ainda que indireta - do candidato (RCED nº 739/RO). No caso do abuso, como o que se pretende não é punir o candidato, mas assegurar a integridade do pleito, o instrumento típico prescinde da demonstração de que o beneficiário tinha conhecimento direto da prática, o que permite a aplicação das sanções legais quando o desequilíbrio é gerado por simpatizantes ou outros sujeitos engajados na campanha. Cuida-se de nuança capaz de contribuir para que o abuso de poder por coação, em muitos casos, acabe por escapar à punição.

8 Conclusão

Nos Estados democráticos, evidencia-se a necessidade de um constante cuidado legislativo no sentido de aprimorar os institutos e técnicas que compõem o microsistema eleitoral, a fim de aperfeiçoar a regulamentação dos pleitos e, também, combater a defasagem identificada entre o sistema normativo e a realidade das eleições. Nesse caminho, Sánchez Muñoz (2007, p. 3) alerta que em uma sociedade em que a imprensa pode manipular a realidade, em que partidos e candidatos veem-se obrigados a dispendem altas somas de dinheiro nas campanhas eleitorais, seguir falando de igualdade de acesso aos cargos públicos em um sentido puramente formal, ou seguir definindo a liberdade para o exercício do sufrágio em termos

estritamente subjetivos, como a simples ausência de coações ou pressões indevidas pode não responder totalmente à realidade. Em seu juízo, é necessário, redefinir aqueles princípios, colocando a isonomia entre os competidores como elemento central na concepção atual do que se consideram eleições “livres”. Não existe, de fato, real liberdade de escolha, diante de brechas normativas que permitam o desenvolvimento de atividades ilícitas capazes de deturpar a ação de convencimento do eleitor e promover a quebra da isonomia eleitoral. Esse é o caso do abuso de poder, que nesse caminho debilita o índice de integridade que se atribui a uma competição eleitoral.

Entre as diversas etapas do pleito, o abuso de poder tem lugar durante na campanha, devendo esta ser bem configurada, com o estabelecimento de parâmetros normativos destinados à conservação da legalidade no processo de captação de votos e à promoção da competitividade entre os participantes. Requer-se, enfim, o alcance de um modelo capaz de preservar a cidadania e de combater a corrupção do processo, mediante o efetivo afastamento de condutas consideradas antissociais. Obviamente, o sucesso desse modelo depende da marcha de um processo de aprimoramento legal cujo produto final goze de reconhecido apuro técnico, além de clareza e eficiência.

Avaliado o sistema vigente, nota-se que o modelo brasileiro, ao prever, de maneira inequívoca, a existência de dois instrumentos processuais especificamente destinados à repressão do abuso de poder (inclusive com a estipulação de rol de legitimados, prazos para ajuizamento, rito a ser observado, etc.) apresenta um aceitável nível de clareza. No plano normativo, é regular no quesito eficiência: dispõe de ações hipoteticamente céleres, destinadas à aplicação de sanções administrativas graves, em especial a cassação de mandatos políticos. Peca, porém, no apuro técnico quando, na tentativa de delinear o fenômeno, acaba por conferir-lhe um contorno estiolado, ao reduzir as hipóteses de cabimento a três diferentes faces do abuso de poder (econômico, político e midiático), as quais não esgotam, como demonstrado, suas possibilidades de manifestação. Essa imprecisão técnica

tem prejudicado o enfrentamento judicial de hipóteses anômalas, em especial o abuso de poder religioso e o abuso de poder coercitivo, apenas reconhecidos na jurisprudência em casos muitíssimo raros, em que artificialmente encaixados nos casos de abuso legalmente tipificados. Nesse diapasão, é lícito reconhecer que a falta de previsão legal desestimula o ajuizamento de ações específicas, o que reflexamente acaba por expor a integridade do processo de escolha popular. De toda sorte, evidenciada uma situação normativa próxima do que se considera ideal, o arquetipo brasileiro teria um grande salto qualitativo com a adoção de um reparo redacional, dirigido à eliminação da pretensão descritiva constante do parágrafo §9º, do art. 14, da Carta Política, assim como do art. 22, caput, da Lei Complementar nº 64, de 1990. Ter-se-ia, assim, por bem assentado o cabimento da ação de investigação judicial eleitoral diante de casos de abuso de poder em qualquer de suas faces, independentemente de prévia especificação. Selados os flancos, não haveria necessidade de alteração da normativa referente à ação de impugnação de mandato eletivo, uma vez que a integridade eleitoral restaria suficientemente protegida com a configuração de uma técnica processual aberta e abrangente.

REFERÊNCIAS

AGOZINO, Adalberto. **Ciencia política y sociología electoral**. Buenos Aires: Ediar, 1997.

ALESSI, Gil. **Ação de milícias e traficantes preocupa Justiça Eleitoral do Rio de Janeiro**. 2012. Disponível em: <<https://eleicoes.uol.com.br/2012/noticias/2012/05/17/acao-de-milicias-e-trafficantes-preocupa-justica-eleitoral-do-rio-de-janeiro.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo Andrade. **Introducción a la ciencia política**. Ciudad de México: Oxford Press, 2013.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2008.

BARROS FILHO, Clóvis de. **Ética na comunicação**. 4. ed. São Paulo: Summus, 2003.

BIDART CAMPOS, José German. **El poder**. Buenos Aires: Ediar, 1985.

BIM, Eduardo Fortunato. O polimorfismo do abuso de poder no processo eleitoral: o mito de Proteu. **Revista do TRE-RS**. Porto Alegre. v. 8. n. 17, jul./dez. 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Brasília: Campus, 2000.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 13. ed. Bauru: Edipro, 2008.

CASAL, Victor Freire. **Sociología de la religión**. Edição eletrônica Kindle, 2012.

CASTRO, Edson de Resende. **Direito eleitoral**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

EDROALDO Lenno. **Doze milicianos são presos durante eleições no Maranhão** : prisões aconteceram em três municípios : eles serão autuados por porte ilegal de armas e infração à Lei 12.720/12. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/eleicoes/2012/noticia/2012/10/doze-milicianos-sao-presos-durante-eleicoes-no-maranhao.html>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

ESMER, Yilmaz; PETTERSON, Thorleif. The effects of religion and religiosity on voting behavior. In: DALTON, Russell; KLINGEMANN, Hans-Dieter. **The Oxford handbook of political behavior**. Oxford: Oxford Press, 2007.

FAYT, Carlos Santiago. **Derecho político**. 12. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. Tomo 2.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. **Tratado de derecho electoral**. Ciudad de México: Porrúa, 2010.

FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política**. São Paulo: Rocco, 2013.

GALVIS GAITÁN, Fernando. **Manual de ciencia política**. Bogotá: Temis, 2005.

GONÇALVES FIGUEIREDO, Hernán. **Manual de derecho electoral, principios y reglas**. Buenos Aires: Di Lalla, 2013.

GOMBATA, Marsilea. **O poder da milícia nas eleições do Rio de Janeiro**. 2014. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/o-poder-da-milicia-nas-eleicoes-do-rio-de-janeiro-1597.html>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HERMET, Guy; BADIE, Bertrand; BIRNBAUM, Pierre; BRAUD, Philippe. **Dicionário de ciência política e das instituições políticas**. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

LASSWELL, Harold; KAPLAN, Abraham. **Poder e sociedade**. Brasília: EdUnB, 1979.

MACHADO, Jónatas. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARTINS, Marco. **O Direito ao voto?** juízes do Tribunal Regional Eleitoral investigam cinco favelas cariocas usadas como currais eleitorais. 2008. Disponível em: <<http://rollingstone.uol.com.br/edicao/23/o-direito-ao-voto#imagem0>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

MONTES, Adriano. **A política na igreja**. Edição eletrônica Kindle, 2014.

OLIVOS CAMPOS, José René. **Ciencia política**. Ciudad de México: UNAM, 2012.

PRÉLOT, Marcel. **A ciência política actual**. Lisboa: Círculo de Leitores, 1975.

RIBEIRO, Fávila. **Abuso de poder no direito eleitoral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

SARTORI, Giovanni. **La democracia en treinta lecciones**. Madrid: Taurus, 2009.

STEIL, Carlos Alberto. Eleições, voto e instituições religiosas. **Debates do NER**. Porto Alegre. ano 2, n. 3, p. 73-85. 2001.

STOPPINO, Mario. Poder. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13. ed. Brasília: EdUnB, 2009, p. 933-43.

URIARTE, Eburne. **Introducción a la ciencia política en las sociedades democráticas**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILAS, Carlos María. **El poder y la política**: el contrapunto entre razón y emoción. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2013.

WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade**. São Paulo: Ícone, 2011.

PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA (ANTECIPADA) E SUA CONFIGURAÇÃO

Paulo Cezar Alves Sodré¹

RESUMO

A propaganda eleitoral é o gênero, das quais são espécies as propagandas eleitorais intrapartidária, partidária e eleitoral, e ainda, a antecipada ou extemporânea, a negativa ou subliminar, é dizer, implícita. Por muito tempo o conceito de propaganda antecipada construída a partir de uma interpretação judicial se manteve estável. Contudo, com o advento da Lei nº 13.165/2015, que fez parte da Minirreforma Eleitoral daquele ano, importantes e profundas modificações no que diz respeito à propaganda antecipada foram implementadas pelo legislador, exigindo do intérprete e aplicador do direito eleitoral um novo olhar sobre o tema, eis que ainda existem importantes questões a serem apreciadas pelo Tribunal Superior Eleitoral em relação ao alcance da nova lei.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Propaganda eleitoral extemporânea
2. Minirreforma Eleitoral

¹ Juiz Federal em Mato Grosso e Juiz Membro Substituto do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso (2017/2019). Especialista em Direito Público e Ciências Penais pela Universidade de Cuiabá (Unic). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi Juiz Auxiliar da Propaganda nas Eleições Gerais de 2014 no TRE/MT e Juiz Membro efetivo do TR/MT no biênio de 2015/2017 e Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso de abril de 2016 a agosto de 2017.

1 Definição de propaganda eleitoral

Doutrina e jurisprudência reconhecem a existência da propaganda política como gênero, e como espécies a (i) propaganda eleitoral, (ii) a propaganda partidária e (iii) e a propaganda intrapartidária (JORGE et al., 2016). Tem a propaganda política por objetivo divulgar e disseminar no público de uma determinada comunidade, no caso do Brasil, no âmbito nacional, estadual ou municipal as ideias, valores, propostas e projetos políticos de um determinado grupo político, representados por um ou mais partidos políticos e seus candidatos.

Esse é o conceito no sentido *lato* da propaganda política. Mas, como já dito, a referida propaganda se subdivide em intrapartidária, partidária e eleitoral, e em cada uma delas, embora às vezes abrangendo o mesmo público, total ou parcialmente, os objetivos são diferenciados, ou deveriam ser diferenciados.

1.1 Propaganda intrapartidária

Como o próprio nome está a dizer, a propaganda intrapartidária é voltada para “dentro do partido”, ou em outras palavras, visa alcançar a parte interna do partido, é dizer, os filiados. É utilizada às vésperas da convenção partidária, quando são tomadas as grandes decisões sobre o (i) lançamento de candidaturas proporcionais (vereador, deputado estadual ou federal) ou majoritárias (prefeito, governador, senador e presidente da república, e seus respectivos vices e suplentes - no caso de senador) ou ainda (ii) sobre decisões que deliberem sobre coligações.

É regulada pela Lei nº 9.504/97, a qual no artigo 36, § 1º prevê que a propaganda pode ser realizada na quinzena anterior à convenção partidária. Nas últimas eleições (2016), o prazo limite para as

convenções foi o dia 05/08/2016, logo, a propaganda intrapartidária teve como limite o dia 04/08/2016. Nessa espécie de propaganda não se admite a utilização de rádio ou televisão (§ 1º do art. 36, da Lei nº 9.504/97). Admite-se a fixação de placas e faixas no local da convenção, bem como em lugares próximos onde será realizada a convenção. Como a única finalidade da propaganda partidária é convencer os filiados para a indicação do candidato a candidato, não se admite que a propaganda seja estendida por toda a cidade, bem assim a utilização dos meios de comunicação sociais já mencionados (rádio ou televisão).

1.2 Propaganda partidária

Por seu turno, a propaganda partidária, ao contrário da propaganda intrapartidária, tem por objetivo o público externo. É direcionada ao conjunto de cidadãos e tem por objetivo divulgar o projeto político da grei partidária. Não visa apenas aos seus filiados, mas também não está direcionada a um determinado pleito eleitoral. Pelo contrário, como forma de fortalecer a imagem do partido perante o seu eleitorado, a legislação admite, preenchidos determinados requisitos que anualmente, tenham ou não eleições, sejam veiculadas uma série de propaganda com a finalidade de consolidar ou fortalecer a imagem do partido perante os seus filiados, bem como permitindo que alcance novos filiados (CONEGLIAN, 2008).

Há, entretanto, uma vedação à propaganda partidária. No segundo semestre do ano da eleição não se veicula a propaganda política partidária gratuita (no rádio e na TV), e muito menos se admite esse tipo de propaganda mediante pagamento (art. 36, § 2º da Lei nº 9.504/97).

1.3 Propaganda eleitoral

Por fim, além da propaganda intrapartidária e da partidária, temos a propaganda eleitoral. Essa, por sua vez, não tem por objeto direto o fortalecimento da imagem do partido, e também não busca apenas os filiados de um determinado partido. É a verdadeira propaganda política, uma vez que tem por objetivo fazer com que o eleitorado vote neste ou naquele candidato. Fonte de acirradas disputas é o instrumento utilizado pelos partidos e candidatos para a conquista do exercício dos cargos públicos que dependam do voto popular tais quais os do legislativo e do executivo.

O conceito de propaganda eleitoral vigente até a edição da Lei nº 13.165/2015 era bastante elástico e não se vinculava ou se restringia ao pedido explícito de votos. Com efeito, colhe-se dos antigos julgados do TSE que bastava levar ao conhecimento geral da população, ainda que de forma subliminar, determinados aspectos que incutisse na mente do eleitor aspectos favoráveis ao postulante ao cargo eletivo.

Nesse sentido, julgados do TSE:

[...] 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 pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal, apta, em determinadas circunstâncias a configurar abuso de poder econômico, mas não propaganda eleitoral [...].” (Ac. Nº 16.183, de 17.2.2000, rel. Min. Eduardo Alckmin; no mesmo sentido Ac. de 27.2.2007 no ARESPE nº 26.202, rel. Min. Gerardo

Grossi; Ac. de 28.11.2006 no ARESPE nº 26.196, rel. Min. Gerardo Grossi; Ac. nº 15.732, de 15.4.99, rel. Min. Eduardo Alckmin; e Ac. nº 16.426, de 28.11.2000, rel. Min. Fernando Neves) (grifo do autor).

O entendimento acima, repita, foi relativizado após o advento da Lei nº 13.165/2015, a qual será, na sequência, devidamente apreciada.

2 Classificações da propaganda eleitoral

Além da definição da propaganda eleitoral em intrapartidária, partidária e política, os doutrinadores classificam ainda a propaganda em relação à sua forma (expressa ou subliminar) e ao seu sentido (positiva ou negativa).

2.1 Propaganda expressa

A propaganda expressa é aquela explícita, ostensiva, direta na qual o candidato “expressamente” promove a propaganda, levando ao conhecimento do eleitor de que ele é candidato a este ou àquele cargo. Como exemplo, temos a propaganda gratuita no rádio ou na televisão, na qual o candidato se apresenta ao eleitor dizendo o seu nome, número, partido político e apresenta a sua proposta e pede o voto.

2.2 Propaganda subliminar

Propaganda subliminar assume o conceito contrário ao de propaganda expressa, é dizer, trata-se daquela propaganda implícita. Ao se praticar o ato não há o pedido expresso de voto, mas criam-se

condições para que o eleitor perceba, de forma inconsciente que determinada pessoa é candidata a algum cargo. Como exemplo, tem-se o caso citado por Andrade Neto (2012 apud ALVIM, 2014, p. 294) de um político que:

[...] enviou à população um cartão de Natal que dizia: ‘25 é natal. No ano que se aproxima, não se esqueça de Jesus’. A mensagem aparentemente inocente, revela-se [...] quando contextualizada: Jesus era o nome do político; e 25, o número do seu partido”. Dentre os vários exemplos levados ao conhecimento do judiciário, tem-se o julgado do TSE no *Ac. De 6.5.2014 no AgR-Respe nº 2661*, rel. Min. Laurita Vaz. No caso que deu origem ao julgado, houve a afixação de adesivos em vários veículos do município de Varjota/CE, com os dizeres: “Eu amo Varjota” e *com a figura de uma rosa*. Referido julgamento, confirmou o acórdão do TRE/CE, o qual concluiu pela existência da propaganda extemporânea subliminar, pois o ato fez referência à pré-candidatura da então prefeita municipal, *Rosa* Cândia de Oliveira Ximenes (grifos do autor).

2.3 Propaganda positiva

Propaganda positiva é a propaganda ideal, a propaganda por excelência, na qual o candidato ao estabelecer um contato com o eleitor procura enaltecer os seus pontos positivos, e de forma positiva tenta demonstrar que possui ideias e projetos políticos que o tornam merecedor do voto do eleitor.

2.4 Propaganda negativa

Propaganda negativa é aquela em que o candidato ou seus apoiadores deixam de falar de seus projetos e propostas, para tecer críticas ao candidato contrário. Pode ser apenas uma crítica desconstruindo o projeto político adversário, o que é normal e aceitável. Mas podem ser também meros ataques pessoais, chegando às vezes às ofensas pessoais.

3 Propaganda antecipada ou extemporânea

Efetuada uma breve síntese das espécies de propaganda existentes, bem como apontadas algumas classificações, cumpre a análise da denominada propaganda antecipada ou extemporânea à luz dos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral.

Por primeiro, cumpre responder a uma indagação. Afinal em que consiste a propaganda antecipada?

O conceito de propaganda se consolidou no tempo e, após ter sido sedimentado na jurisprudência do TSE e dos Tribunais Regionais Eleitorais, sofreu uma profunda modificação no cenário legislativo representada pelo advento da Lei nº 13.165/2015. A referida lei ao alterar o art. 36 da Lei nº 9.504/97 deu novos contornos à propaganda eleitoral.

3.1 Do marco inicial da propaganda antecipada

Por propaganda eleitoral antecipada sempre se entendeu aquela efetuada antes do início do período permitido no ano de eleição para a realização da propaganda eleitoral. No ano de 2016, a propaganda eleitoral foi admitida a partir de 16 de agosto. Logo, em tese,

toda e qualquer propaganda praticada antes desta data se caracterizaria como antecipada.

Mas o dia 15 de agosto de 2016, nas últimas eleições, foi o marco final para a propaganda extemporânea ou antecipada. Questão instigante é saber desde quando se considera um determinado ato como de propaganda antecipada. Afinal, um ato praticado há mais de um ano antes da eleição e que se enquadre no conceito de propaganda antecipada pode assim ser considerado para fins de responsabilização do candidato ou de terceiros? Há quem defenda que não. Uns defendem que o marco inicial deveria ser o primeiro dia do ano em que se realiza a eleição. Outros admitem um período mais elástico, indo inclusive ao ano anterior ao das eleições, desde que possível estabelecer um vínculo entre a conduta e o período eleitoral que se avizinha.

Fato é que a jurisprudência do TSE já admitiu a existência de propaganda extemporânea tanto no ano anterior ao da eleição, quanto no mês de janeiro do ano das eleições.

No julgamento da *RRp nº 1406/DF, DJe 10.05.2010, p. 28*, concluiu-se que houve propaganda extemporânea praticada no *dia 29.05.2009* em relação às *eleições presidenciais de 2010*, que só vieram a ocorrer em outubro deste último ano. Na oportunidade, o TSE entendeu que houve propaganda extemporânea praticada pelo então Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, o qual, em discurso realizado na inauguração de uma obra em Manginhos, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, teria ao encampar em seu discurso, o coro vindo dos manifestantes presentes, propaganda extemporânea implícita em favor da então candidata a presidência da República Dilma Rousseff. No voto ficou expressamente consignado que “[...] a configuração de propaganda eleitoral antecipada independe da distância temporal entre o ato impugnado e a data das eleições ou das convenções partidárias de escolha dos candidatos [...].”

Já na *Rp nº 875/DF – Dj 12-9-2006, p. 148*, reconheceu-se a

existência de propaganda eleitoral antecipada praticada em relação às eleições presidenciais de outubro de 2006, por ter sido divulgado em janeiro de 2006 cartilha produzida sob a responsabilidade da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério do Planejamento, de Orçamento e Gestão e da Secretaria Geral da Presidência da República. Tratava-se de uma cartilha que continha 36 (trinta e seis) páginas distribuídas a mais de um milhão de pessoas. Entendeu-se que em referida cartilha havia “[...] louvores às realizações do Governo Federal, sem objetivo de orientação educacional, informação ou comunicação social. [...]”.

3.2 Das espécies de propaganda eleitoral antecipada

A propaganda eleitoral antecipada, antes da Lei nº 13.165/2015 poderia ser praticada não só de forma expressa e positiva, mas também de forma negativa e, principalmente, de forma subliminar, ou ainda, travestida de propaganda partidária ou intrapartidária (GOMES, 2016). Incontáveis são os julgados do TSE em que foram abordados a propaganda antecipada em suas mais diversas vertentes. Em alguns julgados, a Corte reconheceu a propaganda antecipada e em outros não. Eis, na sequência, a sinopse de alguns julgados.

Propaganda Negativa:

Jornal de entidade sindical que adverte o eleitor a não confiar em pré-candidato à Presidência da República e sugere que sua eleição pode resultar em caos no setor da segurança. Jornal que, de forma geral, faz propaganda contra pré-candidatos de partido. Propaganda eleitoral antecipada negativa. Aplicação da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97. Representação que se julga procedente. Recurso a que se nega provimento.

(RP - Agravo Regimental em Representação nº 897/DF, PSESS - Publicado em Sessão, Data 09/05/2006.).

[...] Propaganda eleitoral antecipada. Recurso especial [...] 1. A Corte Regional, com base na apreciação do conjunto probatório dos autos, assentou que o Agravante, em programa de rádio, antes do período permitido para propaganda eleitoral, emitiu opiniões favoráveis à futura candidata e críticas a grupo político oponente. 2. Para reformar a conclusão do Tribunal Regional Eleitoral de que houve a realização de propaganda eleitoral antecipada, seria necessário o reexame das provas carreadas aos autos, o que encontra óbice nas Súmulas 7 do Superior Tribunal de Justiça e 279 do Supremo Tribunal Federal. 3. [...].

(Ac. de 10.12.2013 no AgR-REspe nº 16394, rel. Min. Laurita Vaz.).

Propaganda Partidária:

[...] Representação. Propaganda eleitoral antecipada. **Programa partidário** [...] Promoção pessoal. Tema político-comunitário. Abordagem. Conotação eleitoral. Caráter implícito. Caracterização. Procedência. Recurso. Desprovemento. [...] 6. A fim de se verificar a existência de propaganda eleitoral antecipada, especialmente em sua forma dissimulada, é necessário examinar 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 [...].

(Ac. de 5.4.2011 no R-Rp nº 189711, rel. Min. Joelson Costa Dias.) (grifo do autor).

[...] Eleições 2010. Propaganda eleitoral. **Propaganda partidária**. Exclusiva promoção pessoal com finalidade eleitoral. Desvirtuamento. Caracterização. [...]

1. Para a configuração de propaganda eleitoral antecipada na propaganda partidária, é suficiente a divulgação, ainda que subliminar, de determinada candidatura, o que se verifica com a promoção pessoal de filiado com exclusiva finalidade de obter o apoio do eleitor em pleito futuro. Precedentes. 2. O Tribunal Superior Eleitoral tem autorizado, durante a propaganda partidária, a divulgação de informações sobre o desempenho de filiado no exercício de mandato eletivo, levando ao conhecimento da população as ideias defendidas pelo partido político responsável pelo programa, desde que não haja explícita publicidade de teor eleitoral ou exclusiva promoção pessoal. Precedente. [...].

(Ac. de 24.3.2011 no AgR-REspe nº 155116, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior.) (grifo do autor).

Propaganda Intrapartidária:

[...] 2. No caso sub examine, o Regional concluiu pela “realização de propaganda eleitoral extemporânea na data de 30 de junho de 2012, antes do período permitido no art. 36 da Lei nº 9.504/97, com a apresentação de bandas artísticas, em desrespeito ao art. 39, § 7º da referida Lei, contando com a presença de não filiados aos partidos participantes da convenção partidária, conforme foi demonstrado no auto de constatação de fls.

19/20, que tomaram conhecimento do evento através de panfletagem e redes sociais, extrapolando, assim, os limites da propaganda intrapartidária” (fls. 276-277). (REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 18243 - TIANGUÁ – CE, Acórdão de 02/08/2016, DJe, T 191, 04.10.2016, p. 144/14).

[...] Os limites da propaganda intrapartidária foram ultrapassados, pois foi realizada propaganda eleitoral antecipada por meio de outdoor, fixado em caminhão, estacionado em via pública, em frente ao local designado para a convenção partidária, de forma ostensiva e com potencial para atingir os eleitores.

(AI - Agravo de Instrumento nº 3815 - DUQUE DE CAXIAS – RJ, Acórdão de 04/02/2014 , DJe t. 36, 20.02.2014, p. 47/48).

Propaganda Subliminar:

[...]. Distribuição. Informativo. Ações do parlamentar. Período pré-eleitoral. Propaganda extemporânea e subliminar. [...]. III - Caracteriza propaganda antecipada e subliminar a distribuição, em período pré-eleitoral, de informativos contendo nome, cargo, legenda partidária e fotografia e exaltando as atividades do parlamentar. [...]. (Ac. de 21.5.2009 no ARESPE nº 22494, rel. Min. Ricardo Lewandowski.).

[...] Propaganda subliminar antecipada. Revista. Pré-candidato. Deputado estadual. [...]. - A publicação

de revista, nos meses de abril a junho do ano eleitoral, na qual pré-candidato assina o editorial, contendo várias matérias elogiosas à sua pessoa, com exaltação das suas qualidades pessoais e profissionais, com fotos suas em tamanho grande e, conforme entendeu a Corte Regional, com ‘[...] apelo subliminar no sentido de que é ele necessário para uma Santa Catarina mais segura’ [...] configura propaganda eleitoral antecipada, a ensejar a aplicação da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97. [...].

(Ac. de 30.10.2007 no ARESPE nº 26221, rel. Min. Marcelo Ribeiro.).

[...] 4. A distribuição de calendários, contendo fotografia de parlamentar e mensagem de felicitações pelo advento do ano novo – semelhante aos que enviara, em anos anteriores, a destinatários de seu relacionamento pessoal – não configura propaganda subliminar. [...].

(Ac. nº 15273, de 17.11.98, rel. Min. Néri da Silveira.).

3.3 Do conceito usual da propaganda antecipada

Dois elementos vinham sendo considerados para a caracterização da propaganda eleitoral antecipada.

Um primeiro, de caráter objetivo era e, é, exatamente o marco temporal, isto é, todo e qualquer ato considerado como propaganda que se realize antes da data permitida. No caso das últimas eleições, o ato praticado antes de 16 de agosto de 2016.

O outro elemento, nada mais é do que a própria conceituação da propaganda antecipada. A partir de uma construção doutrinária e jurisprudencial pode-se afirmar que eram elementos aptos a caracterizar a propaganda antecipada: 1. referência à pretensa candidatura;

2. pedido, expresso, ou implícito, de votos; 3. ações políticas que se pretende desenvolver; ou 4. ideia de que o beneficiário é o mais apto para o desempenho da função pública eletiva. Nesse sentido, vários são os precedentes do TSE.

No julgamento do *AgR-AI nº 152.491/PR, DJe t. 72, 16.4.2015, p. 83-84*, o TSE reafirmou o entendimento de que são elementos que caracterizam a propaganda antecipada “[...] a (I) referência à pretensa candidatura; (II) pedido, expresso, ou implícito, de votos; (III) ações políticas que se pretende desenvolver; ou (IV) ideia de que o beneficiário é o mais apto para o desempenho da função pública eletiva [...]”.

Em verdade, o conceito de propaganda antecipada foi formatado com a intenção de proibir a prática de atos que colocassem em risco o equilíbrio do pleito eleitoral. Enquanto alguns, ou a maioria, respeitam a data limite inicial, outros não a respeitam, e ao praticar a propaganda antecipada passam a levar vantagem em relação aos demais.

A construção doutrinária e jurisprudencial do conceito de propaganda antecipada sempre foi a de manter incólume a higidez do processo eleitoral, resguardando-se a igualdade entre os partícipes do processo eleitoral. Essa vertente sempre foi ressaltada nos julgados do TSE. Nesse sentido decidiu o TSE no *Ac. de 16.4.2015, no AgR-AI nº 26055, rel. Min. Luiz Fux*, que :

[...] A ratio essendi subjacente à vedação do art. 36, caput, da Lei das Eleições, que preconiza que a propaganda eleitoral somente será admitida após [...], é evitar, ou, ao menos, amainar a captação antecipada de votos, o que poderia desequilibrar a disputa eleitoral, vulnerar o postulado da igualdade de chances entre os candidatos e, no limite, comprometer a própria higidez do prélio eleitoral [...].

Mas esse entendimento vigorou, em sua totalidade, apenas até o advento da Lei nº 13.165/2015, que passou a se constituir em um novo marco na definição no conceito de propaganda antecipada. Contudo, antes mesmo da mencionada lei, outros diplomas legais foram editados, trazendo algumas exceções àquilo que se entendia por propaganda antecipada. Trata-se das Leis nº 12.034/2009 e 12.891/2013.

3.4 Das inovações em relação à propaganda antecipada efetuada pelas Leis nº 12.034/2009 e 12.891/2013

A Lei nº 12.034/2009 inseriu o artigo 36-A na Lei nº 9.504/97. Posteriormente, a Lei nº 12.891/2013 fez pequenas alterações no artigo 36-A e inseriu o artigo 36-B na Lei nº 9.504/97.

A inserção do artigo 36-A apenas explicitou exceções àquilo que pudesse ser considerado como propaganda antecipada:

Art. 36-A Não serão consideradas propaganda antecipada e poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: 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; 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 pe-

los instrumentos de comunicação intrapartidária; III - a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária e pelas redes sociais; IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; V - a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais. Parágrafo único. É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias. **(já com a redação da Lei nº12.891/2013)** (grifo do autor).

Essas exceções, embora importantes, não alteraram as premissas jurídicas constantes da jurisprudência do TSE para a caracterização da propaganda antecipada. Isso porque apenas pontuou alguns aspectos em que não se considerava a existência da propaganda extemporânea, sem, contudo, esvaziar o entendimento central consolidado no TSE sobre o assunto, quais sejam:

[...] a (I) referência à pretensa candidatura; (II) pedido, expresso, ou implícito, de votos; (III) ações políticas que se pretende desenvolver; ou (IV) ideia de que o beneficiário é o mais apto para o desempenho da função pública eletiva [...].

Já o art. 36-B, na contramão da reforma legislativa que tinha por intenção reduzir o alcance da propaganda antecipada introduziu *uma nova causa de propaganda* antecipada desvinculada das premissas doutrinárias e jurisprudenciais até então existentes. Assim dispõe o artigo legal:

Art. 36-B. Será considerada propaganda eleitoral antecipada a convocação, por parte do Presidente da Re-

pública, dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições. Parágrafo único. Nos casos permitidos de convocação das redes de radiodifusão, é vedada a utilização de símbolos ou imagens, exceto aqueles previstos no § 1º do art. 13 da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013).

Procurou o legislador blindar os partidos políticos e seus filiados, bem como as demais instituições (públicas ou privadas) de eventuais ataques por parte dos chefes do executivo, legislativo e judiciário, que eventualmente venham a ser praticados em rede nacional de rádio e televisão, bem como evitar a prática de possível propaganda em referidos programas.

Como se vê, há aqui um fato gerador específico (matéria veiculada em rede de radiodifusão) que eventualmente venha a ser praticada pelos chefes dos poderes.

3.5 O novo conceito de propaganda antecipada: inovação da Lei nº 13.165/2015

A Lei nº 13.165/2015 promoveu uma forte redução no período da propaganda eleitoral. Antes se iniciava após 05 de julho do ano das eleições, agora só se inicia após dia 15 de agosto, ou seja, reduziu em 41 dias o período da propaganda eleitoral. Contudo, em contrapartida, reduziu também, de forma acentuada, o conceito de “propaganda antecipada”, permitindo que bem antes do período eleitoral os candidatos pratiquem os atos já denominados de “*pré-campanha*”.

Após anos de uma consolidada jurisprudência no TSE e nos Tribunais Regionais Eleitorais em relação não só ao conceito de propaganda antecipada, bem assim aos fatores que lhe davam ensejo, a Lei nº 13.165/2015 alterou a redação ao artigo 36-A e deu nova roupagem ao instituto, esvaziando por completo o conceito de propaganda antecipada.

Dispõe o referido artigo:

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: ***I*** – [...]; ***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; ***IV*** – [...]; ***V*** - a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais; ***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. § 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. § 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.** § 3º O disposto no § 2º não se aplica aos profissionais de comunicação social no exercício da profissão (grifos do autor).

Com efeito, os conceitos nucleares que embasavam a propaganda antecipada eram: (I) referência à pretensa candidatura; (II) pedido, expresso, ou implícito, de votos; (III) ações políticas que se pretende desenvolver; e ou (IV) ideia de que o beneficiário é o mais apto para o desempenho da função pública eletiva.

A (I) referência à pretensa candidatura e (II) pedido implícito de votos deixou de ser considerado como propaganda antecipada, por expressa disposição contida no caput do art. 36-A. Já as (III) ações políticas que se pretende desenvolver também deixaram de ser consideradas como propaganda antecipada conforme permissivo legal contido no § 2º do mencionado art. 36-A. O item *IV* (ideia de que o beneficiário é o mais apto para o desempenho da função pública eletiva), por decorrência lógica da supressão dos itens anteriores deixou de ser causa da propaganda antecipada.

Restou tão somente o pedido explícito de votos.

Em uma das primeiras manifestações a respeito do tema, já sob a égide das disposições constantes da Lei nº 13.165/2015, o TSE reformou um julgado do TRE-MG, ao argumento de que a nova legislação exige pedido explícito de votos para a configuração da propaganda antecipada.

O TRE-MG manteve a condenação do juízo de primeiro grau (*apenas reduziu a multa ao seu mínimo legal*) por ter entendido que ocorrera a propaganda antecipada. Contudo, o TSE, entendeu que :

[...] 7. A menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, nos termos da redação conferida ao art. 36-A pela Lei nº 13.165/2015, não configuram propaganda extemporânea, desde que não envolvam pedido explícito de voto. 8. No caso sub examine, [...] c) [...] com o fim das doações empresariais e com o reduzido tempo de campanha eleitoral, impõe-se que os pretensos candidatos,

no afã de difundir suas propostas e de enaltecer suas qualidades pessoais, logrem buscar formas alternativas de conexão com o seu (futuro) eleitorado, de modo que me parece natural que eles se valham de publicações em posts e de mensagens nas mídias sociais (Facebook, Twitter etc.) para tal desiderato. d) **A veiculação de mensagens pelas mídias sociais, dada a modicidade de seus custos, harmoniza-se com a teleologia que presidiu tanto a proscrição de financiamento por pessoas jurídicas quanto a Minirreforma Eleitoral:** o barateamento das campanhas eleitorais, característica que as tornam inaptas a ocasionar interferência indevida do poder econômico no pleito. [...] i) Destarte, a mensagem veiculada não acarretou prejuízo à paridade de armas, pois **qualquer eventual competidor poderia, se assim quisesse, proceder da mesma forma, divulgando mensagens sobre seus posicionamentos, projetos e qualidades, em igualdade de condições, principalmente por tratar-se de propaganda de custo diminuto**, inapta a ocasionar interferência indevida do poder econômico no pleito; 9. Recurso especial provido. **(Recurso Especial Eleitoral nº 5124, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 18/10/2016)** (grifos do autor).

Esse primeiro julgado do TSE lança luzes sobre o eventual entendimento daquela Corte sobre a propaganda antecipada. O julgado minimizou o fato de ter ocorrido custos na veiculação de propaganda na internet (Facebook), por ter tal fato ocorrido no período anterior ao permitido para a propaganda eleitoral, porém, sem pedido explícito de votos.

O julgado em comento desperta algumas indagações e, entre elas, citam-se as seguintes:

- (a)** os meios de propaganda vedados durante o período em que se admite a propaganda eleitoral, atualmente a partir de 16 de agosto do ano das eleições poderão ser utilizados no período anterior ao início da propaganda eleitoral, desde que não haja pedido explícito de votos? Refere-se, por exemplo, à utilização do “*link patrocinado*” no Facebook que é vedado no período legal da propaganda por se constituir em “propaganda paga na internet” (art. 57-C da Lei nº 9.504/97). Ou a utilização de *outdoors*, antes do período eleitoral, mas sem pedido explícito de votos, uma vez que é vedada a utilização de outdoors na propaganda eleitoral (art. 8º, da Lei nº 9.504/97).
- (b)** Teria o julgado sido exauriente nesse aspecto, ou apenas analisado uma particularidade do caso, ou seja, o valor módico dos custos da veiculação de propaganda no Facebook?
- (c)** Esses custos módicos a que se referiu o voto condutor também se aplicam aos casos de *link patrocinado* no Facebook, onde há pagamento por parte do candidato à rede social ?
- (d)** qual o conceito de “*pedido explícito de votos*” constante da Lei nº 13.165/2015, que deu nova redação ao artigo 36-A da Lei nº 9.504/97? Deve ser interpretado de forma literal ou restritivo, ou o pedido explícito de votos deve ser interpretado a partir do contexto da mensagem ou ato praticado pelo postulante ao cargo eleitoral?

Essas questões já foram objeto de apreciação por parte dos Tribunais Regionais Eleitorais e estão à espera de decisões consolidadoras do TSE, as quais ainda não vieram porque ainda não foram julgados os recursos interpostos das decisões dos regionais, sob a égide da Minirreforma Eleitoral promovida pela Lei nº 13.165/2015.

4 A responsabilização pela propaganda eleitoral antecipada

A Lei nº 9.504/97, em seu art. 36, § 3º prevê uma multa de R\$ 5.000,00 a R\$ 25.000,00 ou o valor equivalente ao custo da propaganda se maior do que aquela faixa financeira. A responsabilidade pelo pagamento será do “responsável pela divulgação da propaganda, quando comprovado o seu prévio conhecimento” o próprio beneficiário da propaganda.

Quanto à responsabilização de quem divulgou a propaganda o assunto não gera maiores controvérsias, podendo essa identificação se originar da própria circunstância fática trazida ao conhecimento do judiciário.

Da mesma forma, se o beneficiário foi quem efetuou a divulgação da propaganda antecipada, problemas algum há. Identificando um, identifica-se o outro.

A questão reside em saber se e quando pode o beneficiário ser responsabilizado. O § 3º do art. 36 da Lei nº 9.504/97 expressamente já isenta o beneficiário se não comprovado o “seu prévio conhecimento” sobre a propaganda antecipada. Resta, portanto, saber apenas como se comprova o prévio conhecimento por parte do beneficiário. Essa é a parte controversa.

Consoante José Jairo Gomes (2016, p. 494), três são as hipóteses em se pode afirmar o prévio conhecimento por parte do beneficiário:

[...] o prévio conhecimento pode ser afirmado em situações como as seguintes: (a) sempre que o beneficiário seja o responsável direto pela realização da propaganda ou dela participe; (b) se as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto revelarem a impossibilidade de o beneficiário não ter tido conhecimento da propaganda; (c) se o beneficiário for notificado pela Justiça Eleitoral da existência da propaganda irregular e não providenciar sua retirada ou regularização no prazo especificado na notificação.

Esclareça-se que as hipóteses contida nas alíneas “b” e “c” acima transcritas derivam diretamente do parágrafo único do art. 40-B da Lei nº 9.504/97, que dispõe que

A responsabilidade do candidato estará demonstrada se este, intimado da existência da propaganda irregular, não providenciar, no prazo de quarenta e oito horas, sua retirada ou regularização, e, ainda, se as circunstâncias e as peculiaridades do caso específico revelarem a impossibilidade de o beneficiário não ter tido conhecimento da propaganda.

Nesse sentido, precedentes do TSE:

[...] 1. O Tribunal Regional Eleitoral, ao analisar o conjunto probatório, constatou quanto a um dos representados a prática de propaganda eleitoral antecipada consubstanciada em divulgação de matéria em site da prefeitura sobre a visita ao município de candidato ao pleito, com desvirtuamento de seu conteúdo.

2. É indispensável a comprovação do prévio conhecimento dos beneficiários para aplicação de multa por propaganda eleitoral antecipada. Precedentes. (Ac. 14/04/2015, AgR-AI 24384/MG, DJe, t. 91, 15/05/2015, p,39, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[...] 1. Em ação com pluralidade de representados, a asunção de responsabilidade por qualquer deles pela aventada prática de ilícito deverá ser analisada com cautela, buscando verificar se respaldada pelos elementos constantes dos autos e as circunstâncias do caso concreto.

2. Elementos constantes dos autos que afastam tanto a autoria ou prévio conhecimento daquele que se apon-

ta como beneficiário da propaganda tida por irregular, como a cogitada vinculação da mensagem contida nos outdoors com as eleições que postula. (Ac. 10/08/2010, RP 143639/DF, PSESS - Publicado em Sessão, Data 10/08/2010, rel. Min. Joelson Costa Dias).

5 Conclusão

O estudo da jurisprudência do TSE sobre a configuração da propaganda eleitoral antecipada apresenta diversos aspectos que foram consolidados ao longo de diversas eleições. Essa temática, entretanto, teve o seu alcance reduzido pela Minirreforma promovida pela Lei nº 13.165/2015. Contudo, ainda existem importantes questões a serem apreciadas pelo TSE no que diz respeito ao alcance da nova lei, bem como da subsistência de parte da jurisprudência do próprio TSE em relação a determinados pontos não abrangidos pela reforma.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco. **Manual de direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de direito eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016.

PROPRIEDADE LÍQUIDA E *ACCOUNTABILITY* DEMOCRÁTICA

Benedito Antonio da Costa¹

RESUMO

Este artigo identifica e especifica o conceito de “propriedade líquida” com base no conceito maior de “modernidade líquida” apresentado por Zygmunt Bauman, fazendo uma abordagem sobre a relação existente entre a *accountability* democrática e a propriedade, bem como dos mecanismos de *accountability* necessários ao uso moderno da propriedade de acordo com sua função social e sua relação com a conformação da governança estatal. O artigo também aborda a interação entre propriedade e sistema eleitoral, chamando a atenção para as profundas implicações que a deficiência no modelo de *accountability* acarretam.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Propriedade 2. *Accountability* pública
3. Democracia

1 Introdução

O homem já alegou propriedade sobre seres de sua própria espécie, sobre o Universo, sobre coisas, sobre ideias, sobre números, sobre a natureza, e parece que nada escapa à sanha da apropriação humana.

De fato, o conceito de propriedade recebe o influxo dos mer-

¹ Analista Judiciário do TRE-MT, especialista em Direito Ambiental pela Unemat, especialista em Direito Constitucional Eleitoral pela UnB, especialista e Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera. Acadêmico de Economia, UFMT.

cados, do acúmulo, dos bits, do modelo de superexploração, das diferentes concepções políticas e também da força normativa das constituições.

A própria linguagem, no que tange às questões de propriedade, revela sutil, mas pernicioso, diferenciação semântica entre a propriedade que deve obedecer a certos limites, morais, ambientais e éticos, e a propriedade dos “ativos líquidos”, o que se pode convencionar chamar de “propriedade líquida”, muito embora esta expressão não seja utilizada por Bauman (2001).

Abordar a propriedade dessa forma é importante porque no instituto da propriedade se revela toda a trajetória das vicissitudes humanas. A acumulação muito além das necessidades é a mola que parece consumir as relações, distorcer o senso de valor intrínseco das pessoas e levar ao esgotamento imaturo dos meios de produção naturais.

Dessa forma, é impossível abordar propriedade sem tangenciar a cultura, mídia, valores, consumismo e temas relacionados. Todos esses fatores e muitos outros condicionam a mudança no sentido da propriedade na modernidade, sendo que este fenômeno precisa ser estudado mais a fundo e entendido, para que alguns de seus efeitos maléficos sejam neutralizados por políticas públicas, sejam elas regionais, nacionais e até mundiais.

A propriedade liquefeita, ou seja, o controle de meros ativos, transformáveis, multiplicáveis em si mesmos, transportáveis, onipresentes e com poder quase ilimitado, parece fazer com que a relação do homem com a terra, e a responsabilidade pelo uso desta, seja considerada fator meramente empresarial, mercadológico, causando certa abstração e disjunção entre o produto retirado da propriedade e a responsabilidade do explorador.

As respostas do ordenamento jurídico ao controle dos efeitos colaterais do mau uso da propriedade em sua forma líquida devem ser analisadas e entendidas, e avaliadas quanto à sua suficiência e compatibilidade principiológica com o estado social de Direito.

2 A propriedade líquida

O atributo de liquidez que aplicamos à propriedade serve como uma extensão de sentido para que se crie uma categoria mental para estudo do fenômeno da volatilidade dos capitais e da propriedade, dentro, certamente, do conceito mais amplo de modernidade líquida cunhado por Bauman.

Bauman (1999, p. 24) indica a influência da modernidade líquida nas relações de propriedade dos “proprietários ausentes”, na diminuição do “respeito” à propriedade local:

Em contraste com os ausentes proprietários fundiários do início dos tempos modernos, os capitalistas e corretores imobiliários da Era Moderna recente, graças à mobilidade dos seus **recursos agora líquidos, não enfrentam limites reais** o bastante – sólidos, firmes, resistentes – **que obriguem ao respeito**. Os únicos limites que se poderiam fazer sentir e respeitar seriam aqueles impostos administrativamente sobre o livre movimento do capital e do dinheiro. Tais limites são, no entanto, poucos e distantes uns dos outros – e o punhado remanescente encontra-se sob tremenda pressão para ser apagado ou simplesmente eliminado. Na sua ausência haveria poucas ocasiões para o “encontro com a alteridade” de que fala Melucci. Se acontecesse de o encontro ser forçado pelo outro lado, no momento em que a “alteridade” tentasse flexionar os músculos e fazer sentir a sua força, o capital teria pouca dificuldade em desmontar as suas tendas e encontrar um ambiente mais hospitaleiro, isto é, não resistente, maleável, suave. Haveria, portanto, menos ocasiões capazes de instigar tentativas de “reduzir a diferença pela força”

ou a vontade de aceitar “o desafio da comunicação”. Ambas as atitudes implicariam o reconhecimento de que a alteridade é irredutível, mas, para ser vista como tal, a “alteridade” deve primeiro constituir-se numa entidade resistente, inflexível, literalmente “aderente”. Suas chances nesse sentido, porém, estão encolhendo rapidamente. Para adquirir uma capacidade autenticamente constituinte de entidade, a resistência precisa de um atacante persistente e efetivo – mas **o efeito geral da nova mobilidade é que quase nunca surge para o capital e as finanças a necessidade de dobrar o inflexível**, de afastar os obstáculos, de superar ou aliviar a resistência; e, quando surge, pode muito bem ser descartada em favor de uma opção mais suave. O capital pode sempre se mudar para locais mais pacíficos se o compromisso com a “alteridade” exigir uma aplicação dispendiosa da força ou negociações cansativas. Não há necessidade de se comprometer se basta evitar (grifos do autor).

Essa liquidez é também percebida por alguns dos civilistas brasileiros, como Farias e Rosenvald (2015, p. 286-287).

Essa passagem da propriedade civilista liberal para a propriedade constitucional do Estado Democrático de Direito é reflexo da própria reestruturação da formação capitalista. No século XIX, até meados do século XX, os meios de apropriação patrimonial e poder econômico se concentravam na grande propriedade e, no Brasil, especialmente, no latifúndio. **Hoje, a propriedade se deslocou da posse para o crédito, pois a riqueza se concentra na propriedade intelectual**

e científica, nas patentes, biotecnologia, software e direitos autorais. As maiores fortunas da atualidade são encontradas entre titulares de domínios da web. Enormes quantias cruzam fronteiras de nações em um simples toque ao computador.

Melhim Chalhub se refere à sociedade industrial como aquela que substitui o regime de posse pelo regime de valores, transformando coisas em mercadorias, para que sejam convertidas em dinheiro (não como coisa, mas como instrumento para obter outras coisas), em que “passa a prevalecer o interesse em realizar as coisas, donde o valor da propriedade está associado à liquidez que o mercado lhe atribui”.

A elite global contemporânea domina sem estar presente fisicamente. As utilidades que atraem são as que propiciam leveza e portabilidade, não há mais interesse na confiabilidade e solidez nos bens de raiz. **Fixar-se ao solo não é importante, se ele pode ser alcançado e abandonado quando surgem oportunidades financeiras em outros lugares e atividades.** A lógica da durabilidade é substituída pela circulação de ativos e substituição de bens. Paradoxalmente, **as classes dominantes preferem a transitoriedade e fluidez, enquanto as camadas menos favorecidas ainda lutam ardentemente pela conquista de suas pequenas posses físicas.**

É triste constatar que o capital jamais foi atingido pela função social, mantendo idêntica situação ao do século XIX. O burguês insaciável, proprietário absoluto de terras, converteu-se no titular do capital financeiro, impermeável a qualquer tipo de controle ou limite. Se este vier, quiçá, novas formas de apropriação serão criadas pela ilimitada engenhosidade humana, de modo

a manter a elite imune à solidariedade e à alteridade. O capital não se compromete, ele é escorregadio. Há um gravame em comparação aos tempos passados. Naquela época podíamos identificar a titularidade, hoje prevalece o anonimato (grifos do autor).

As localidades e seus habitantes sofrem os efeitos da materialização da propriedade líquida, estando ainda presos à relação tempo/espaço, enquanto os proprietários de ativos líquidos não se prendem ao espaço que exploram. Conforme Bauman (1999, p. 24):

Trocando em miúdos: **em vez de homogeneizar a condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais tende a polarizá-la.** Ela emancipa certos seres humanos das restrições territoriais e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade – ao mesmo tempo que desnuda o território, no qual outras pessoas continuam sendo confinadas, do seu significado e da sua capacidade de doar identidade. Para algumas pessoas ela augura uma liberdade sem precedentes face aos obstáculos físicos e uma capacidade inaudita de se mover e agir a distância. Para outras, pressagia a impossibilidade de domesticar e se apropriar da localidade da qual têm pouca chance de se libertar para mudar-se para outro lugar. Com “as distâncias não significando mais nada”, as localidades, separadas por distâncias, também perdem seu significado. Isso, no entanto, augura para alguns a liberdade face à criação de significado, mas para outros pressagia a falta de significado. Alguns podem agora mover-se para fora da localidade – qualquer localidade – quando quiserem. Outros observam, impotentes, a única localidade que habitam movendo-se sob seus pés (grifo do autor).

A volatilidade dos capitais, os efeitos colaterais e a realidade das populações presas à sua localidade geram distorções importantes, inclusive na relação campo/cidade e na qualidade de vida daqueles que não encontram mais espaço e sentido no campo:

Van Donkersgoed conclui dizendo explicitamente a única coisa que poderia declarar: “As vantagens derivadas dos lucros da produtividade agrícola estão se acumulando em outro lugar na economia. Por quê? Globalização.” Como observa ele, a globalização gerou “uma estrutura feita de fusões e aquisições por parte das empresas que fornecem insumos às fazendas. [...] A argumentação de que ‘tudo isso é necessário se quisermos ser competitivos no plano internacional’ pode ser verdadeira, mas tais fusões levaram também a manobras monopolistas que “se apropriaram das vantagens derivadas dos lucros provenientes da produtividade das fazendas”. “As grandes corporações”, prossegue van Donkersgoed, “transformam-se em gigantescos predadores que se apoderam do mercado. Podem usar seu poder econômico, e o fazem, para obter dos agricultores tudo o que pretendem. O comércio espontâneo – troca de mercadorias entre iguais – está cedendo vez a uma economia agrícola de tipo comando-e-controle” (DONKERSGOED apud BAUMAN, 2005, p. 34).

[...]

Naqueles lugares do planeta que sofrem as pressões da globalização, “as cidades transformaram-se em campos de refugiados para os que foram expulsos da agricultura”, observa Jeremy Seabrook, que, em seguida descreve a vida urbana que os expulsos da vida rural parecem encontrar: sem ninguém que lhes ofereça

trabalho, transformam-se em condutores de riquixá ou empregados domésticos; compram algumas bananas e colocam no chão, na esperança de vendê-las; transformam-se em carregadores de malas ou serventes (SEABROOK, 2004, p. 19 apud BAUMAN, 2005, p. 35). Estamos falando da economia informal: na Índia, menos de 10% da população tem um emprego regular, e esse percentual se reduz pela privatização das empresas estatais (BAUMAN, p. 35, 2005).

3 A função social da propriedade em meio “líquido”

A sociedade mudou muito desde que Savigny e Ihering elaboraram suas teorias explicativas sobre posse e propriedade. De fato, a propriedade é instituto milenar que sofre o influxo do sentido que a sociedade dá às relações de poder, aos valores e à utilidade relativa dos bens.

Em seu sentido liberal clássico, a propriedade era vista apenas como faculdade de usar, fruir, dispor e destruir. A pós-modernidade parece querer fazer permanecer um sentido semelhante à propriedade na forma dos ativos líquidos, permitindo que seu proprietário faça o que bem entenda, desde que pague por eventuais prejuízos ou poluição.

O correto conceito constitucional de propriedade deve se mostrar elástico, abrangendo-a em todas as suas formas, materiais ou imateriais, em seu sentido abstrato ou concreto, como relação jurídica e como *corpus*.

A limitação do conceito de propriedade, junto com sua função social, à propriedade “estática - *hard*”, como conseqüente liberdade exacerbada da propriedade *soft*, fluida, apta a adentrar aos ambientes, explorar, e sair sem que haja uma adequada responsabilização ou fixação à base da ação exploratória. Percebe-se que falta, à propriedade dos meios líquidos de poder, a inserção de conceitos antídotos

a este efeito, tal como o conceito de *constituency link*² faz com os representantes eleitorais, bem como o conceito de *accountability*.

Como, então, o conceito de função social da propriedade obriga o legislador, o governo e o cidadão a imporem limites às atividades, mesmo à influência do capital acumulado, representado por ativos líquidos?

O entendimento da força vinculante do princípio da função social, na perspectiva dos direitos humanos, como parte integrante do próprio conceito constitucional de propriedade, e como este princípio age como protetor do meio ambiente local frente aos “proprietários” ausentes, dotados de disponibilidade dos meios “líquidos” de poder econômico, é importante como fruto dos estudos que serão levados a cabo.

Movimentos sociais lutam para distribuir a “terra”, mas o modelo de propriedade familiar parece cada vez menos apto a produzir riqueza necessária ao mínimo existencial, expondo uma grande contradição no sistema.

Novas formas utilização “simultânea” de bens são criadas, como o *time sharing*, como resposta mercadológica à necessidade psicológica humana de sentir-se dono, e da impossibilidade/inviabilidade de manutenção da propriedade plena.

Os efeitos colaterais do uso da propriedade líquida devem ser entendidos e os eventuais antídotos, potencializados. Mecanismos de equalização, ou distribuição dos efeitos danosos dos empreendimentos, ou mesmo formas de internalização das externalidades são necessários como forma de contenção da desenfreada e irresponsável materialização e desmaterialização da propriedade.

Os detentores da propriedade líquida financiam e conformam os atores do sistema representativo, para que a legislação trate “adequada-

² A expressão inglesa *constituency link* denota a relação que existe, se adotado sistema eleitoral tal como sistema distrital, entre o eleito e os eleitores, criando obrigações e responsabilidades mais identificáveis.

mente” os institutos da posse, propriedade e as relações daí advindas.

As respostas políticas ao problema da propriedade líquida passam, também, pela reforma político-eleitoral, visto que a gênese do processo legislativo pode estar demasiadamente influenciada e a serviço da proteção da propriedade líquida.

4 Propriedade líquida e *accountability* democrática

A relação de **propriedade** é ao mesmo tempo **condição** para a concreção de direitos fundamentais e também instrumento que **ameaça** estes mesmos direitos fundamentais. É direito humano na mesma medida em que ameaça os direitos humanos. É relevante o estudo dos limites de extensão dessa dualidade referente à propriedade e suas relações com direitos fundamentais.

A relação de *accountability*, segundo Bovens et al. (2014, p. 3-4) possui diferentes nuances de significados, a depender do campo semântico. Em uma busca de consenso mínimo, sua obra dispõe:

O núcleo relacional e comunicativo de “*accountability*” é claramente visto na literatura social psicológica sobre *accountability*. Aqui, a maioria dos autores define *accountability* como uma expectativa que alguém seja chamado, frequentemente por uma autoridade ou superior, a justificar seus pensamentos, crenças e ações.
[...]

Cientistas políticos frequentemente abordam o assunto de uma perspectiva de poder. Aqui, *accountability* geralmente denota uma relação entre políticos eleitos e seus votos [...]

Pesquisas em relações internacionais frequentemente focam em casos específicos de internacionalização e

suas implicações para *accountability*. [...].

Para resumir: há um grande número de concepções na vastidão de campos acadêmicos que consideram *accountability*. Ademais, estas noções são razoavelmente comparáveis através das muitas disciplinas.

[...]

O consenso conceitual mínimo sugere, acima de tudo, que *accountability* é sobre dar respostas; é sobre responder a outros que detêm o poder legítimo de demandar contas. *Accountability* é, assim, um conceito relacional, ligando aqueles que devem prestar “conta” àqueles a quem são devidas. *Accountability* é um conceito relacional em outro sentido, também, ligando agentes e outros para quem eles realizam tarefas ou que são afetados pelas tarefas que realizam.

[...]

Finalmente, *accountability* é uma atividade consequencial, pois, como quem quer que seja obrigado a prestar contas pode testificar [...] “*accountability* significa punição”.

Há, na Constituição, instrumentos de *accountability* (dos senhores) da propriedade, como, por exemplo, o IPTU progressivo no tempo, desapropriação de áreas urbanas e rurais improdutivas, e mesmo desapropriação de propriedades utilizadas para culturas ilegais de psicotrópicos e trabalho escravo. Tais mecanismos protegem direitos fundamentais, condicionando manutenção da propriedade ao cumprimento da função social. A propriedade é exercida “em função” da sociedade. Onde há função, há *accountability*, por lógica e sentidos óbvios. A sociedade está para o “principal” (detentora dos meios); o proprietário é o “agente”. O poder público é o responsável pela coordenação dessa relação. O termo, reconheça-se, é mais utilizado em governança corporativa,

mas, afinal, cabe, e demasiado bem, na análise da função social da propriedade, principalmente da propriedade “líquida”.

Perguntamos se não faltaria, por uma ótica constitucionalista, mecanismos de responsabilização pelo uso inapropriado, e mesmo pelo não uso, da propriedade líquida, conforme a definimos? Que dizer da relação que existe entre a propriedade líquida e a formação da vontade democrática? Não haveria necessidade de proteção dessa relação contra os efeitos, até aqui muito perniciosos, do desmedido capital privado nas eleições?

A discussão, muito embora um tanto quanto abstrata, não é desprovida de raízes em questões nacionais. Veja-se, por exemplo, a ADI no 1.715-3/DF, em que se debateu o alcance do direito fundamental constante do art. 5º, XXII, da Constituição (propriedade), e chegou-se à conclusão de que a garantia constitucional da propriedade não alcança outros direitos de conteúdo patrimonial como o crédito decorrente de depósitos bancários. O STF entendeu que o “crédito” não seria direito de propriedade abrangido pelo art. 5º, XXII. Isso é realmente revelador!

Em relevante literatura mundial, a carência da relação de *accountability* pública desponta como uma das causas da falta de efetividade dos direitos fundamentais.

Ser efetivamente incapaz de demandar *accountability* é tanto um sintoma de pobreza quanto uma das razões pelas quais pessoas pobres permanecem pobres. Muitas das privações críticas de desenvolvimento humano que afligem os pobres – a falta de bens, segurança e poder – podem ser relacionadas com uma ausência de *accountability* genuína. Proceder assim nos possibilita avaliar se as proposições de reforma institucional são propensas a abordar a captura e os preconceitos de forma que faça os atores poderosos mais responsivos pelo im-

pacto de suas ações (e inações) no desenvolvimento humano. Se as falhas de *accountability* que reforçam a pobreza vêm a ser constitutivas [e], em vez de meramente contingentes, características dos sistemas convencionais de *accountability*, então as reformas precisam incluir não apenas a captura de recursos públicos, mas também os preconceitos entrincheirados da elite nas atribuições formais e práticas informais das instituições existentes (GOETZ, 2005, p. 46, tradução e grifo do autor).

A publicação citada faz uma análise das relações de *accountability* referentes a temas democráticos e desenvolvimento humano, incluindo as relações de propriedade.

Lendo a publicação *The voter's dilemma and democratic accountability: Latin America and beyond*, de Mona M. Lyne, temos uma aproximação do tema ainda em contexto mais nacional e regional, em uma perspectiva que inclui contextos como o sistema eleitoral, clientelismo, dentro outros, tudo em uma ótica de análise da *accountability*, o que enriquece muito a perspectiva (LYNE, 2008).

Há, também, que se denunciar certa contradição no sistema democrático vigente, em que as condições que permitem a liberal democracia também enfraquecem uma relação de *accountability* sadia:

Então, a própria condição que faz a liberal democracia possível também limita grandemente o escopo da *accountability* democrática. A liberal democracia deixa intocada toda uma nova esfera de dominação e coerção criadas pelo capitalismo, sua relocação de poderes substanciais de um estado de sociedade civil, para a propriedade privada e as compulsões do mercado. Isso deixam intocadas vastas áreas de nossa vida diária – no local de trabalho, na distribuição do trabalho e de recursos – que

não são sujeitos de *accountability* democrática, mas são governados pelos poderes da propriedade e de ‘leis’ do mercado, os imperativos da maximização dos lucros. Isso permaneceria verdade mesmo no evento improvável de que nossa ‘democracia formal’ fosse perfeita ao ponto de que a riqueza e o poder econômico não mais significassem a grande desigualdade de acesso aos poderes do estado que agora caracterizam a realidade, se não o ideal, da moderna democracia capitalista (WOOD, 2016, tradução e grifo do autor).

Portanto, a relação de *accountability* democrática em relação à propriedade, suas várias formas e seus atributos modernos de liquidez crescente é postulado importante o suficiente para ocupar o centro de estudos não só da propriedade em si, mas da relação existente entre a propriedade e o sistema democrático constitucional.

5 Conclusão

A compreensão da função social da propriedade em seu contexto “líquido”, e a necessidade de criação de mecanismos de *accountability* apropriada às características fluidas da propriedade, bem como o entendimento e controle da influência da propriedade na conformação do modelo de governança estatal, conforme se ensaiou demonstrar acima, é por demais importante como relação conformadora dos “fatores reais de poder” na Sociedade e em determinado Estado, principalmente aqueles em que a desigualdade de acumulação de propriedade causa profundas contradições referentes ao uso da propriedade com fins eleitorais.

A *accountability* relacionada à função social da propriedade, colocada em um contexto holístico apropriado, deve levar-nos a repensar

o próprio conceito da propriedade e as formas de prestação de contas de seus detentores, para fazer frente aos potenciais efeitos destruidores que o uso incorreto da propriedade líquida pode acarretar.

Trata-se certamente de problema multifacetado que transborda, e muito, o Direito Civil, atingindo ramos como o Direito Constitucional e o próprio **Direito Eleitoral**. O adquirir, o usar e o transmitir a propriedade, em suas várias formas, está na raiz de um modelo que é, a um só tempo, causa e efeito dos muitos resultados indesejáveis, como o são os danos ambientais, a corrupção e o desgoverno. O poder da propriedade também atinge o próprio modelo de Estado e as relações de poder, dificultando a governança apropriada do Estado.

O recente exemplo já quase esquecido de Mariana-MG demonstra os efeitos ambientais que a busca da “propriedade líquida” pode fazer com o meio ambiente e com a população local, e revela toda a falta de *accountability* existente entre o empresário, o ambiente local e a sociedade local.

Os recentes episódios de corrupção sistêmica demonstram, também, os efeitos deletérios do uso da propriedade liquefeita, conformando o próprio sistema político, causando efeitos gravíssimos em termo de governança dos recursos públicos que deveriam ser direcionados em benefício da população, e mesmo acarretando danos ao sistema de livre iniciativa que sai, deveras, deformado das relações espúrias entre o poder político e a propriedade líquida.

Assim, dando eco à perspectiva constitucional sociológica de Lassale (2001), o texto vívido da constituição deve passar de “todo o poder emana da propriedade”, para, de fato, e não só de direito, vir a ser “todo o poder emana do povo”. O caminho, defendemos, é o entendimento da função social da propriedade e a criação e efetivação de mecanismos de *accountability* de seu uso, para que seja possível uma boa e sonhada governança estatal em benefício da sociedade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; GOODIN, Robert E. Public accountability. In: _____. (Ed.) **The Oxford handbook of public accountability**. New York: Oxford University Press, 2014. p. 1-20.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5.

GOETZ, Anne Marie. **Reinventing accountability: making democracy work for human development**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2005.

IHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. Belo Horizonte: Líder, 2004.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LYNE, Mona. **The voter's dilemma and democratic accountability: Latin America and beyond**. Pensilvania: Pensilvania State University Press, 2008.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Von Savigny's treatise on possession.** London: S. Sweet, 1848.

WOOD, E. M. **Democracy against capitalism: renewing historical materialism.** Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

REFORMA POLÍTICA: IMPRESCINDÍVEL PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Márcio Vidal¹

RESUMO

O artigo aborda um tema atual e crucial para o momento político, especialmente grave por que passa o Brasil. Emergiram, das profundezas, redemoinhos de corrupção, ameaçando levar de roldão as estruturas do estado democrático de direito, bem às vésperas de novo período eleitoral. Embora o quadro já se venha desenhando há algum tempo, as ocorrências foram aceleradas, dados os acirrados embates políticos, levados a extremos, com surpreendentes episódios envolvendo autoridades políticas e grandes empresários.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Reforma política 2. Sistema Eleitoral
3. Sistema político-partidário

1 Introdução

Do que se sabe da história política do Brasil, o tempo presente tem sido acaçapante. Não há notícia de que, na sua trajetória (recente ou anterior, nem mesmo nos sombrios dias do Governo Militar), houve um momento político tão grave, tão vexatório, tão marcado pela

¹ Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. Desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Professor adjunto (aposentado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Créditos do Mestrado em Direito Processual Civil pela PCU-SP e especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro-RJ.

desconfiança nas instituições públicas e privadas, pela falta de ética, pela falta de escrúpulos, seja da parte de “autoridades” legalmente constituídas, seja da parte do grande empresariado, dono de tudo.

Este estado de coisas, inteiramente inédito no Brasil e, pelo que se sabe, no planeta, faz crer que o país está à beira de um colapso, de um “apagão” de grandes proporções, algo semelhante a um cataclismo, a uma catástrofe ou ao apocalipse; quiçá, menos: o fim de uma era.

A desesperança começa a tornar embaçada a visão de horizontes promissores, não só para o futuro próximo, mas para o Estado que se legará às novas gerações. Que país é esse? Que gente é essa que parece, por vezes, permanecer impassível, conformada, inerte, diante de todo esse desmoronamento que atinge suas instituições mais básicas?

É corrente nos noticiários nacionais² e internacionais (HADDON, 2016) que o Brasil tem uma das estruturas estatais mais caras do planeta. Por quê? Por acaso, aqui se presta a melhor assistência de saúde, de segurança e de educação do mundo? Não é isso que se constata! A privatização dos serviços públicos tem sido a alternativa para “salvá-los!!!” (Será?); contudo, parece ter favorecido apenas as grandes empresas. A população, a sociedade em geral, os pequenos empreendedores, até o momento, não têm recebido os benefícios esperados (BLOG ALERTA TOTAL, 2017).

Urge sejam feitas mudanças que exigem reformas. A bandeira quase consensual – Reformas já! – ecoa, de vez em quando, em gritos ensurdecedores, Brasil afora.

No pacote de reformas, ganharam prioridade governamental absoluta e dos políticos, justamente, as que punem o contribuinte (aquele de quem se confiscam imposto de renda e outros, contri-

² Matérias como “A ditadura dos burocratas” (MARTINS, 2017) datada de 30/07/2017 e “A insustentável máquina do governo” (TORRES, 2015) são bons exemplos das manifestações da imprensa brasileira.

buição à Previdência Social) – Reforma da Previdência e Reforma Trabalhista – que, pelo que é dado a conhecer, punem, mais uma vez, para variar, os que trabalham e estudam, ou seja, aqueles que contribuem para o desenvolvimento da sociedade, condenados, com seu sacrifício, a pagar pelos desvios e desmandos das classes dirigentes, enquanto os saqueadores dos cofres públicos são beneficiados com acordos de leniência (de empresas-rés) e de delação premiada (de indivíduos-rés), essas duas requintadas manobras modernas de saídas “honrosas” para garantir a impunidade a quem cometer crimes para acumular mais capital.

De seu turno, a grande imprensa propala, com insistência e a bandeiras despregadas, que a máquina estatal é pesada, emperrada, cara, inoperante e corrupta. O quadro é assustador, aterrador, estarrecido, paralisante...

Tomar ciência disso tudo leva à perplexidade qualquer pessoa menos avisada, de boa-fé, que pensava viver ... “num país tropical, abençoado por Deus. E bonito por natureza (mas que beleza). Em fevereiro (em fevereiro), tem Carnaval (tem Carnaval)”. Como bem o disse Jorge Ben Jor (1977) ... “Tem carnaval”. O país do futebol, do sol, multicolorido, multicultural e a salvo de terremotos, *tsunamis*, tornados, enfim, dos fenômenos naturais que costumam causar grandes desastres em outros lugares.

Tudo às mil maravilhas, não fossem os desastres que, aqui, têm outra dimensão, à falta de condições naturais desfavoráveis. Pródigo em confiscar salários, com uma carga tributária astronômica, arrecada fortunas que têm servido para alimentar “as trocas” entre governantes, eleitos pelo povo, e os “eleitos” pelos mercados financeiros que promovem a canalização do dinheiro público para os “propionodutos”. enquanto os “programas sociais”, de regra, populistas, visam, prioritariamente, à obtenção dos votos que elegem políticos descompromissados com os interesses públicos e da coletividade, mas são os farsantes que vendem a imagem de político “salvador da

pátria”, decente e defensor perpétuo do povo.

Parece consensual que a “carreira política” no Brasil é o caminho mais fácil para adquirir fortuna de forma legítima e estranhamente “legal”.

A grave situação do país advém do tripé política-dinheiro-corrupção (FILGUEIRAS, 2005).

Dos três poderes da República, o Judiciário tem-se mantido no cumprimento de seu papel, ainda que nem sempre consiga permanecer inteiramente a salvo, ou sem chamuscamentos, do caos generalizado que ameaça tomar conta do país, vilipendiado este, assaltado por aves de rapina que transitam, livremente por aeroportos e atravessam fronteiras, com as burras abarrotadas de dinheiro, obtido por vias “legais”, resguardadas estas por informações privilegiadas, acordos de leniência das empresas corruptas e corruptoras, e de delação premiada de seus dirigentes, tudo com a maior facilidade possível e protegido pelo manto de benesses inacreditáveis.

A saída “legal”, recentemente, do Brasil, de um desses “beneficiados”, é a prova mais contundente de que aqui o crime tem compensado, e a corrupção é vista com tamanha naturalidade, que até tem seu charme, dado, sobretudo, pelo prêmio ao “delator” (por isso, delação premiada): levar a vida de biliardário, em outro país, como se fosse pessoa decente e não houvesse cometido nenhum ilícito, nem dado prejuízo incalculável à nação, quando, de fato, fraudou o sistema econômico do país e, com isso, multiplicou seu próprio patrimônio, de forma astronômica e às custas do prejuízo gigantesco aos cofres públicos brasileiros, com financiamento de banco oficial, lesado este em seus investimentos.

As mais recentes notícias, vindas do mercado econômico internacional e das Bolsas norte-americanas, dão conta de que o comportamento dos entes financeiros, além-Brasil, não é favorável à acolhida tão condescendente aos “heróis” brasileiros da delação premiada... Basta passear pelo endereço eletrônico apropriado

(JORNAL O POPULAR, 2017; JOESLEY..., 2017).

A perda, pelo “premiado”, de milhões de dólares nas Bolsas, em um só dia, além da possibilidade de ser preso, é sintoma de que nem mesmo as instituições financeiras do capitalismo internacional não são tão generosas assim com os fraudadores...

Ficou ao Brasil a responsabilidade de arcar com os prejuízos, naturalmente, repassados aos seus contribuintes (trabalhadores das classes médias, A e B, fontes inesgotáveis da exploração estatal) que pagarão, como sói ocorrer nestas terras brasileiras, o amargo preço da “generosidade” dispensada ao fraudador confesso (que custeou, a preços incalculáveis, a campanha de quase dois mil candidatos de diferentes partidos, nas eleições de 2014. Simples assim!). Pagamento prévio das “garantias”, a qualquer que fosse o partido vencedor no pleito...!

O que fazer? É indiscutível que esse quadro deve ser revertido o quanto antes. Como? A partir do quê? A forma menos traumática de sair do imbróglio tem sido culpar o sistema. Por que não? Quiçá, reformá-lo não coíbe as práticas maléficas? O sistema político vigente parece estar nas últimas... É possível salvar o paciente? Ou ele já entrou em óbito? Antes de tudo, cumpre, sobretudo, que as propagandas reformas não se consolidem na lógica filosófica do Leopardo, de Visconti: “é preciso mudar para que tudo permaneça exatamente onde está”. A melhor estratégia para a manutenção do *status quo ante*, beneficiando os mesmos de sempre...

2 As reformas necessárias e a reforma política

Na esteira da bandeira das reformas, surge, também, o clamor pela reforma política que previna todos os males hoje identificados e que, no entender dos *experts*, são as matrizes geradoras dos desvios e da corrupção que se alastraram país afora, conforme os pontos arrolados, no relatório parcial da Comissão Especial

para Análise, Estudo e Formulação de Proposições Relacionadas à Reforma Política, criada na Câmara dos Deputados, por Ato da Presidência daquela Casa, em 19 de outubro de 2016.

A referida Comissão deu início a seus trabalhos, promovendo eventos e palestras proferidas por representantes de diversos setores da sociedade, dos tribunais eleitorais, do presidente do TSE, do representante da CNBB, do representante do CIMI, de professores universitários da área de ciências políticas, de representantes da OAB-SP, de representante dos Juízes Federais do Brasil, de representantes de partidos políticos etc.

Além disso, a Comissão colheu ideias e proposições da sociedade civil organizada, tanto do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, quanto do ITS – Instituto de Tecnologia e Sociedade – de outros órgãos, por meio da Ouvidoria da Câmara e, por fim, levantou alguns importantes aspectos que entende dever discutir, em torno de uma questão consensual: a reforma política necessária.

Nessa perspectiva, a referida Comissão apresentou o material colhido e os projetos contendo as modificações legais, a serem propostas na Câmara Federal e no Senado, para fins de apreciação e votação.

O principal argumento apontado é o fato de que, esvaziado o sistema político-eleitoral atual, porque a população não se sente representada por aqueles eleitos para tanto, com sérias consequências para a democracia, a nação brasileira busca outras experiências que possam conduzi-la a um porto seguro.

A partir disso, procura alternativas que apontem outros caminhos que levem à saída do *status quo*, porque o sistema proporcional de lista aberta, hoje adotado no Brasil, além de provocar inúmeras distorções, com preferências internas e acordos de compadrio, na escolha dos candidatos, e problemas, o números de candidatos, o que demanda maior volume de recursos financeiros, encarecendo as campanhas cujos preços astronômicos abrem espaço para negociações, associadas à intensa pulverização dos partidos políticos (ao todo

28 atualmente), o que cria a concorrência desenfreada e desencadeia consequências danosas ao próprio processo de escolha e, na maioria das vezes, o eleitorado fica desorientado e, nessa perspectiva, é facilmente logrado.

Registre-se, aqui, que a relação cidadão-partido político não se revela consistente na cultura brasileira. A história dos sistemas político-partidários brasileiros não chegou a formar nenhuma tradição mais acentuada ou a indicação de linhas político-ideológicas predominantes. Aliás, Bolívar Lamounier e Rachel Meneguelo, em seu conhecido livro, *Partidos políticos e consolidação democrática – o caso brasileiro*, discutem a fragilidade dos sistemas partidários brasileiros e as possíveis vias de seu fortalecimento (LAMOUNIER e MENEGUELO, 1986).

Como os partidos são formados por pessoas e suas ideias, ideais e ideologias, se os sistemas são frágeis, sua relação com os cidadãos, obviamente, também, não se sustenta, notadamente quando as agremiações e suas lideranças veem-se às voltas com a corrupção.

Retomando o fulcro da questão, vale buscar, junto a Lamounier e Meneguelo (1986, p. 12-13), as indagações que respondem em seu livro. São elas:

1. Como explicar a persistente fragilidade dos sistemas partidários brasileiros?
2. Como foi possível que essa fragilidade se mantivesse e de certa forma se tornasse mais dramática sob o regime da Constituição de 1946, reconhecidamente aberto e democrático?
3. Estamos atualmente vivendo uma experiência mais favorável ao fortalecimento do partido como instituição? Em caso positivo, como explicar esse fortalecimento, logo após o mais prolongado ciclo autoritário de nossa história de 1964 a 1984?

4. Em caso negativo, será útil empreender medidas deliberadas de “engenharia institucional” com o objetivo de fortalecer as instituições partidárias? Que medidas seriam essas?

Eles próprios adiantam que

[...] uma resposta satisfatória precisa atender a dois requisitos, primeiro deve partir de uma visão realista de partido político como instituição nas democracias representativas e não de idealizações arbitrárias ou de modelos inviáveis dentro de uma estrutura política pluralista e competitiva. Segundo, as respostas devem assumir a forma de um diagnóstico integrado – vale dizer, de um modelo razoavelmente consistente, compatível com o registro histórico e capaz de fornecer critérios para a avaliação de eventuais propostas de engenharia institucional (LAMOUNIER e MENEGUELO, 1986, p. 12-13).

A proximidade entre os eleitores, ou cidadãos, e os partidos políticos, na cultura brasileira, não parece ser algo que se resolva a curto ou a médio prazos, e os últimos acontecimentos na política nacional promoveram um atraso colossal nas possibilidades de superação dos obstáculos reconhecidos, a partir mesmo das questões apontadas pelos autores acima referidos, conforme o exposto.

Ante esse contexto, o Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso, ao discutir a matéria, atinente à maior participação do eleitorado, a partir mesmo da escolha de candidatos, aprovou as seguintes proposições, visando à Reforma Política, para encaminhamento aos canais competentes:

I. A escolha dos candidatos nas listas preordenadas deverá ser feita, mediante votação secreta, por meio de primárias partidárias, abertas a todos os eleitores que se inscreverem (BRASIL, 2017, grifo do autor).

De acordo com o projeto legislativo apresentado, uma vez alterado o sistema eleitoral de escolha dos candidatos, por meio de listas preordenadas, haveria três alternativas possíveis de consulta à base política interessada: convenções partidárias (com a participação dos delegados do partido); prévias (abertas a todos os filiados do partido) ou primárias (abertas a todos os eleitores que se inscreverem).

Observa-se, entretanto, que um dos eixos do projeto de reforma é justamente o fomento e o fortalecimento dos instrumentos da democracia direta. Em razão disso, entende-se que nada mais legítimo e democrático do que a oitiva dos cidadãos interessados na formação das listas preordenadas, por meio exclusivo de primárias abertas aos interessados que desejem participar de tão importante etapa do processo eleitoral.

Crê-se, assim, que a democracia começaria, como deve ser, com a relação efetiva “eleitor-partido político”, tornando o processo mais transparente e democrático.

II. Uma vez eleito para determinado cargo, o candidato teria que cumprir o mandato na sua integridade, para, somente após, visar concorrer a cargo diverso, sob pena de tornar-se inelegível (BRASIL, 2017, grifo do autor).

Infelizmente, tem sido usual um candidato ser eleito a Prefeito, por exemplo, e antes de encerrado o seu mandato, renunciar para concorrer na eleição seguinte a cargo diverso, tal como Governador do Estado.

Por tais razões, a fim de evitar interrupções, descontinuidades e transtornos de toda ordem para a “máquina administrativa”, bem como evitar-se desrespeito com o voto e a confiança do eleitor, é que se propõe a presente medida proibitiva.

Busca-se, pois, evitar “trampolins” de cargos eletivos e evitar a construção de carreiras políticas intermináveis, lembrando que a política deve ser encarada como doação e não como profissão.

IV. Com relação ao Financiamento das Campanhas Eleitorais, manifesta-se:

a) contra a regulamentação do sistema *crowdfunding*, tendo em vista que em tais espécies de financiamento coletivo, via doações pela internet, haveria grande dificuldade de controle na identificação dos doadores e da própria origem dos recursos, evitando-se com isso, por exemplo, o financiamento de campanha por parte do crime organizado;

b) respeitados os limites de doações de pessoa física, trazidos no projeto legislativo apresentado (três salários mínimos e quarenta mil reais de doações estimáveis em dinheiro) sugere-se que tais doações sejam limitadas a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano-calendário anterior à eleição, conforme já disciplinado nas últimas eleições, como forma de minimizar o repasse de recursos por pessoas físicas sem as mínimas condições socioeconômicas para tal, evitando-se o uso indevido das figuras popularmente chamadas “laranjas”, em tais operações;

c) possibilidade de doação de pessoas jurídicas direta e exclusivamente ao Fundo Especial de Financiamento da Democracia, a ser administrado pelo TSE, fazendo-se com que tais doações não sejam repassadas diretamente aos partidos ou candidatos, como, de forma desastrosa, ocorreu em passado recente em todo o País, trazendo-se, com isso, maior transparência e maior equilíbrio na distribuição de recursos de campanha;

d) tendo em vista que os eventuais candidatos poderiam realizar espécie da pré-campanha antes de efetivar seu registro, possibilitar que, desde tais períodos, os partidos políticos possam iniciar suas arrecadações financeiras, respeitados os limites trazidos no próprio projeto legislativo da Reforma Política.

V. Caso aprovada a fixação de mandato de 10 anos para os Ministros e Membros dos Tribunais, oriundos das classes dos Advogados e do Ministério Público, que se estabeleçam critérios objetivos quanto à forma de escolha das listas tríplexes, como publicação prévia de edital das vagas aos interessados e a possibilidade de participação dos demais profissionais da carreira jurídica no processo de votação de tais listas, como forma de tornar o procedimento mais transparente e democrático, minimizando os chamados “apadrinhamentos” políticos;

VI. Por fim, sugere-se a edição de um novo Código Eleitoral, dadas as inúmeras alterações legislativas que ocorreram ao longo dos anos, desde 1965 até os dias atuais, bem como opina-se pela necessária

abertura de maior prazo para discussão da chamada Reforma Política, especialmente do que envolve o cunho constitucional, com a realização de audiências públicas em todos os Estados da Federação, dada a reconhecida importância e complexidade da matéria, capaz de alterar todo o sistema eleitoral brasileiro (BRASIL, 2017, grifos do autor).

3 Conclusão

Por fim, a uma indagação sobre qual seria o melhor sistema político, a resposta, decerto, pronta e imediata, sempre, é aquele garantido pelo Estado Democrático de Direito. A ênfase recai sobre a democracia.

A humanidade, contudo, ao longo de sua história andou em todas as direções, do caos e da barbárie ao cosmos e à civilização, passando pelos regimes tribais, de decisões compartilhadas entre chefes de tribos, caciques, feiticeiros até as tiranias, as monarquias, a democracia do modelo grego, os regimes feudais, as monarquias pós-feudais, o liberalismo pós-absolutismo monárquico, as ditaduras do Estado Moderno, o socialismo, do Estado do Bem-Estar Social e a democracia moderna do Estado Democrático de Direito.

A tendência natural é responder que o melhor é, decerto, o último, porque resultante do aprimoramento das experiências vivenciadas ao longo de todos os tempos e de todas as eras históricas.

Tudo, no mundo da predominância dos valores econômicos e financeiros, tem seu preço: desde coisas materiais até as informações mais tenebrosas. De acordo com Huxley (1975), a democracia é cara. Veja-se o que, a respeito, diz o pensador inglês, falecido na década de 60 do século passado:

A corrupção é proporcional à democracia.

Os homens são atormentados pelo pecado original dos seus instintos antissociais, que permanecem mais ou menos uniformes através dos tempos. A tendência para a corrupção está implantada na natureza humana desde o princípio. Alguns homens têm força suficiente para resistir a essa tendência, outros não a têm. Tem havido corrupção sob todo o sistema de governo. A corrupção sob o sistema democrático não é pior, nos casos individuais, do que a corrupção sob a autocracia. Há meramente mais, pela simples razão de que onde o governo é popular, mais gente tem oportunidade para agir corruptamente à custa do Estado do que nos países onde o governo é autocrático. Nos estados autocraticamente organizados o espólio do governo é compartilhado entre poucos. Nos estados democráticos há muito mais pretendentes, que só podem ser satisfeitos com uma quantidade muito maior de espólio que seria necessário para satisfazer os poucos aristocratas. A experiência demonstrou que o governo democrático é geralmente mais dispendioso do que o governo por poucos (HUXLEY, 1975).

Tentar vencer essa espécie de maldição também tem um preço: o empenho, a esperança, o investimento na educação e na formação de uma sociedade comprometida com os valores maiores, assentados, na decência, na ética, na justiça, no humanismo, enfim, nos valores que engrandecem os seres humanos, dignos de serem assim reconhecidos.

REFERÊNCIAS

BEN JOR, Jorge. **País tropical**. 1977. Disponível em: <<https://www.lettras.mus.br/jorge-ben-jor/46647/>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

BLOG ALERTA TOTAL. **Privatização no Brasil é simplesmente criar cartórios, entregando estatais para as máfias de sempre**. 11 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.alertatotal.net/2016/07/privatizacao-no-brasil-e-simplesmente.html>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso. Corregedoria Eleitoral. **Ofício nº 210**, de 08 de maio de 2017. Proposta do TRE-MT sobre a Reforma Política enviada à Corregedoria-Geral do TSE. Cuiabá: TRE-MT, 2017. 5 p.

FILGUEIRAS, Fernando. **Montesquieu e a corrupção da República**. 2005. Disponível em: <<http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/MCR.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

HADDON, Alex. **Betting the house: is hosting the Olympics ever worth the cost?** August 2016. Disponível em: <<https://qz.com/753250/rio-2016-is-hosting-the-olympics-ever-worth-it/>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

HUXLEY, Aldous. A democracia política conduz à ineficiência e fraqueza de direcção. In: _____. **Sobre a democracia e outros estudos**. Lisboa: Livros do Brasil, 1975. Disponível em: <<http://tripalio.blogspot.com.br/search?q=huxley>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

JOESLEY Batista pode ser condenado à prisão nos Estados Unidos. Maio 2017. Disponível em: <<https://www.papotv.com.br/posts/>>

joesley-batista-pode-ser-condenado-a-prisao-nos-estados-unidos>. Acesso em: 04 jun. 2017.

JORNAL O POPULAR. **Veja lista dos quase 2 mil políticos que a JBS diz ter financiado.** 31 maio 2017. Disponível em: <<https://www.opopular.com.br/editorias/politica/veja-lista-dos-quase-2-mil-pol%C3%ADticos-que-a-jbs-diz-ter-financiado-1.1285099>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

LAMOUNIER, Bolívar; MENEGUELO, Rachel. **Partidos políticos e consolidação democrática:** o caso brasileiro. São Paulo, Idesp, 1986.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A ditadura dos burocratas. **Estado**, 30 jul. 2017. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-ditadura-dos-burocratas-70001913325>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

TORRES, Isabelle. A insustentável máquina do governo. **Isto É**, n. 2365, abril 2015. Disponível em: <http://istoe.com.br/411245_A+INSUSTENTAVEL+ MAQUINA+ DO+GOVERNO/>. Acesso em: 04 jun. 2017.

