

Princípios Constitucionais do Processo Eleitoral¹

ANDRÉ RAMOS TAVARES

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP e Professor da PUC/SP, foi Diretor da Escola Judiciária Eleitoral nacional do TSE (2010-2012) e é atualmente Conselheiro da Comissão de Ética da Presidência da República do Brasil.

Sumário: 1. Significado abrangente de processo constitucional no direito brasileiro; 2. Regime de princípios incidente sobre o processo eleitoral entendido no seu sentido amplo; 3. Pressupostos hermenêuticos relativos à aplicação de princípios constitucionais ao processo eleitoral; 3.1. Aplicação judicial dos princípios do processo eleitoral: necessária postura “interventiva” para assegurar a soberania popular; 3.2. Novo Código de Processo Civil e a interpretação dos princípios do Processo Eleitoral; 4. Princípios do processo eleitoral; 4.1. Princípio Democrático e soberania popular; 4.2. Princípio Republicano e suas implicações no *iter* dos processos eleitorais; 4.3. Princípio da igualdade no pleito eleitoral: combate ao abuso do poder econômico, político e midiático; 4.3.1. Abuso do poder econômico; 4.3.2. Abuso do poder político; 4.3.3. Abuso do poder midiático; 4.4 Proteção da confiança e anterioridade das leis do processo eleitoral. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. Significado abrangente de processo eleitoral no Direito brasileiro

Uma das normas que se pode considerar basilar, no Ordenamento Jurídico brasileiro, encontra-se no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição do Brasil, no que ali se consigna que “todo o poder emana do povo”. Longe de poder se considerar mera abstração representativa ou “perfumaria jurídica”, como se costuma identificar cláusulas sem capacidade de incidir ou ter concretude, tenho para mim que a cláusula significa estar adotada a soberania popular *como premissa de validade, extensão e compreensão de qualquer norma jurídica*, bem como ser premissa de legitimidade de

¹ Texto publicado originalmente na obra coletiva: O Direito Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil. Organizadores: André Ramos Tavares, Walber de Moura Agra, Luiz Fernando Pereira. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 17-38.

qualquer exercício de autoridade pública no país. Vem de ROUSSEAU a preocupação com a chamada democracia representativa ou indireta (cf. TAVARES, 2015, p. 40) assumindo um papel central nos ordenamentos jurídicos ocidentais, consistindo em um dos principais sistemas de aferição da vontade popular a legitimar o exercício do poder.

Embora na Constituição do Brasil o preceito democrático não se reduza à representação, consiste, ainda, na principal fonte de legitimação do Poder nos termos do referido parágrafo único do artigo 1º da CB. Esse enunciado indica, ainda, outras modalidades de exercício do poder popular por meio do voto, para além da escolha de representantes: (i) os plebiscitos e (ii) referendos.

O processo eleitoral deve ser compreendido neste contexto, pois assume assim sua principal função, que é atuar para os rumos do poder e para a democracia, como o *processo germinal da aferição e legitimação do poder*.

Desde logo é preciso sublinhar que, ao contrário do que se poderia assumir intuitivamente, o processo eleitoral, no Brasil, não se reduz aos atos da estrita jurisdição eleitoral, mas engloba complexos e vastos atos administrativos. Lembra JOSÉ JAIR GOMES que a locução “processo eleitoral” assume dois significados distintos, sendo o primeiro deles amplo e o segundo restrito. Em sentido amplo, pode ser definido como “a complexa relação que se instaura entre Justiça Eleitoral, candidatos, partidos políticos, coligações, Ministério Público e cidadãos com vistas à concretização do [...] direito de sufrágio [...]” (GOMES, 2011, p. 208). Essa primeira acepção do processo eleitoral gravita em torno da necessidade de assegurar eleições livres e igualitárias, bem como de promover o direito de sufrágio.

Nesse primeiro sentido da expressão, processo eleitoral é composto por um conjunto de atos que têm por objetivo “receber e transmitir a vontade do povo” e pode ser dividido em três fases: (i) fase pré-eleitoral², que se inicia com a escolha e apresentação das candidaturas e se estende pelo período da propaganda eleitoral; (ii)

² A fase pré-eleitoral “não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato em outubro do ano anterior” (Voto do Min. Gilmar Mendes, RE 633.703/MG, j. 23.03.2011, DJe 18.11.2011).

fase eleitoral “propriamente dita” que integra “o início, a realização e o encerramento da votação”; (iii) por fim, a fase pós-eleitoral, que compreende a apuração e a contagem dos votos e se encerra com a diplomação dos candidatos (cf. voto do Relator Min. GILMAR MENDES, RE 633.703/MG, j. 23.03.2011, DJe 18.11.2011).

Ressalto que essa concepção lata carece de um complemento, necessário para nela incluir os processos eleitorais destinados a instrumentalizar referendos e plebiscitos. Nesses casos o início de cada uma das fases é definido pelas respectivas normas instituidoras³ do referido ou plebiscito. A principal diferença em relação ao processo eleitoral para escolha de representantes ocorre na fase pré-eleitoral, considerando que nesses processos eleitorais, tópicos mas também de aferição direta da vontade do cidadão, não há escolha de candidatos, mas de propostas conteudísticas a serem submetidas ao escrutínio popular.

Já no chamado “sentido restrito” a expressão *processo eleitoral* assume o significado mais comum de processo judicial “individualizado, veiculando pedido específico entre partes bem definidas” aplicando-se “subsidiariamente o Código de Processo Civil”. Essa acepção do termo designa as ações judiciais, algumas das quais contempladas constitucionalmente (no mesmo sentido: GOMES, 2011, p. 209).

A Justiça Eleitoral é o órgão proeminente tanto nas atividades administrativas realizadas na condução do processo eleitoral em “sentido amplo” e completo aqui delineado - conduzindo-se os procedimentos próprios da gestão das fases prévias e posteriores aos pleitos eleitorais - quanto nos julgamentos das ações do processo eleitoral no “sentido restrito”.

Isso implica em dizer que o Brasil adota um “sistema de controle de processo eleitoral [...] jurisdicional por meio de uma justiça especializada que exerce todas as funções inerentes ao processo eleitoral e seu controle” (TAVARES, MOREIRA, 2011, p. 23) . Atualmente, a Justiça Eleitoral “reúne diversas atribuições e competências [...]

³ Cf. artigo 2o do ADCT da Constituição Federal (redação da EC n. 2/1992) e Lei n. 8.624/1993 a respeito do plebiscito sobre o regime e forma de governo; os parágrafos 1o e 2o do art. 35 da Lei 10.826/2003 e o Decreto Legislativo nº 780/2005 a respeito do referendo acerca da comercialização de armas de fogo e munição.

agrupadas em administrativas, normativas⁴, jurisdicionais e consultivas⁵” (Ibidem, p. 23).

As duas acepções de processo eleitoral se enquadram no amplamente conhecido conceito de processo, como “conjunto preordenado de atos” o que se aplica a processos não judiciais, como o processo legislativo⁶ ou ao processo administrativo⁷. Os processos, vale ressaltar, não se confundem com atos complexos. São coisas distintas. Os atos jurídicos complexos se caracterizam pela “unidade na função das declarações jurídicas”, são conjugações de vontades para a finalização de um ato único. Os processos, como conjunto de atos, reclamam uma sequencia de unidades, embora todas pré-ordenadas a uma comum finalidade maior; nos processos “os atos desempenham funções distintas, com autonomia e portanto heterogeneidade de função” (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 214).

Com essas considerações preliminares pode-se afirmar que, mesmo considerando a amplitude ou mesmo as diferenças de significação da expressão “processo eleitoral”, ela remete ao *direito formal*.

No sentido de apurar a extensão e finalidades do direito processual eleitoral, quando caracterizado como um direito formal, e no intuito de esclarecer eventuais similitudes ou diferenças quanto ao regime de princípios constitucionais incidentes, é

⁴ Artigo 23, IX do Código Eleitoral (Lei 4.737/1965):

“Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,
[...]

IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;”

⁵ Artigos 23, XII e 30, VII do Código Eleitoral (Lei 4.737/1965):

“Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,
[...]

XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;”

“ Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais:

[...]

VIII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político;”

⁶ Ao estabelecer normas relativas ao Processo Legislativo a Constituição do Brasil cuida da “previsão de uma *sequência definida de atos e etapas* que se cumprem no intuito de estabelecer novas normas jurídicas” (TAVARES, 2015, 1005). Na definição de Nelson de Sousa Sampaio, por meio do “direito processual [...] o direito regula sua própria criação, estabelecendo as normas que presidem a produção de outras normas, sejam normas gerais ou individualizadas” (SAMPAIO, 1968, p. 2).

⁷ Sobre *procedimento* administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello assenta a seguinte definição “é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo” (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 212).

necessário questionar, preliminarmente, sobre a dimensão “adjetiva”⁸ do próprio direito eleitoral e sua relação com o direito eleitoral material instituidor das chamadas *regras do jogo* da democracia.

2. Regime de princípios incidente sobre o processo eleitoral entendido no seu sentido amplo

2.1. A *summa divisio* entre Direito substancial e processual: elementos de sua superação no âmbito eleitoral

A razão de ser da identificação de princípios (considerados, aqui, como cláusulas gerais) próprios do processo, quer dizer, independentemente dos princípios do direito material, e que seriam assinalados aos trâmites em geral, decorre da fase “autonomista” ou “conceitual” do direito processual, marcada pela busca de um direito de ação como autônomo, apartado do direito “substancial” buscado na ação (Cf. CINTRA, GRINIVER, DINAMARCO, 2003, p. 42).

Essa teoria, mesmo que sujeita a crítica e adaptações por parte de uma propalada fase “instrumentalista” (que busca aferir a efetiva utilidade do processo para as partes e para o direito material envolvido ou invocado)⁹, encaixa-se, com mais pertinência, aos processos judiciais, em que fica clara a distinção entre os direitos próprios da ação e seus respectivos princípios.

Assim, no campo específico do processo civil, por exemplo, é possível destacar como aplicáveis os princípios da ampla defesa e contraditório (art. 5º, inc. LC, da CB), e isso de maneira absolutamente independente do direito material subjacente à eventual lide.

Isso também é visível quando se trata do “processo eleitoral em sentido restrito” que se instrumentaliza em ações judiciais. Nesses casos, também é possível

⁸ Registra-se a crítica que se faz ao termo com base na posição da autonomia do processo (cf. CINTRA, GRINIVER, DINAMARCO, 2003, p. 42).

⁹ cf. CINTRA, GRINIVER, DINAMARCO, 2003, p. 43.

identificar típicos direitos e princípios classicamente atribuídos ao processo judicial, com autonomia em relação aos direitos *materiais* em análise.

Entretanto, a cisão fica menos nítida quando se trata de distinguir os princípios do direito eleitoral material e do direito processual eleitoral no que tange ao processo eleitoral em sentido amplo.

A dicotomia entre “processo eleitoral” e “direito eleitoral” é debatida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 354 (Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 24.09.1990), por ocasião do debate sobre a norma do artigo 16 da CB, que trata da anterioridade eleitoral.

O voto do Ministro MOREIRA ALVES, que se alinhou ao pensamento vencedor naquela ocasião, esclarece que “processo eleitoral é expressão que não abarca, por mais amplo que seja o sentido que se lhe dê, todo o direito eleitoral, mas apenas o conjunto de atos que estão diretamente ligados às eleições”. Dessa maneira, ainda segundo o Ministro, o processo eleitoral não abrange “todas as normas que possam refletir-se direta ou indiretamente na série de atos necessários ao funcionamento das eleições por meio do sufrágio universal - o que constitui o conteúdo do direito eleitoral - mas, sim, das normas instrumentais diretamente ligadas às eleições”. As normas do direito eleitoral seriam apenas as de direito formal, como as “que abarcam as condições do processo, como a legitimação para ele, e os atos necessários ao seu desenvolvimento até a etapa conclusiva”. Assim, estariam excluídas do objeto do processo eleitoral as normas que tipificam crimes eleitorais ou que digam respeito às propagandas eleitorais, ou mesmo as normas sobre contagem de votos (esse último tema objeto da referida ADI¹⁰).

Em posição divergente na mesma ADI n. 354, ao analisar a expressão “processo eleitoral” constante no artigo 16 da CB, o Ministro CELSO DE MELLO concluiu pela perda da relevância da dicotomia entre processo eleitoral e direito eleitoral material naquele contexto. Isso porque, ao consagrar o preceito da anterioridade eleitoral, o artigo 16 visa impedir a “deformação do processo eleitoral mediante modificações casuisticamente introduzidas pelo parlamento”. Assim,

¹⁰ As alterações legislativas julgadas na ADI (dos artigos 176 e 177 do Código Eleitoral pela Lei 8.037/1990) versavam sobre a interpretação de votos conforme o que era escrito nas cédulas de papel.

considerando a teleologia da norma constitucional, esse artigo visa a assegurar “a necessária igualdade de participação” nas eleições (voto vencido do Ministro CELSO DE MELLO na referida ADI 354/DF).

O Ministro sustenta ainda que o termo processo eleitoral tem um significado amplo que abrange a forma do exercício do voto concretamente e, dessa forma, “a definição de processo eleitoral [...] está associada [...] ao conteúdo da competência atribuída *ratione materiae* à própria Justiça Eleitoral”.

Para o Ministro GILMAR MENDES, em seu voto vencedor no RE n. 633.703, a posição destacada do Ministro CELSO DE MELLO, vencida na década de 90, viria a inaugurar uma nova fase da jurisprudência em 2005, com a apreciação da ADI n. 3.345 em 2005. Nessa ocasião, o Ministro CELSO DE MELLO foi vencedor na tese de que a aplicação do artigo 16 da CB deve se vincular ao seu sentido teleológico, consignado na finalidade de evitar distorções no processo eleitoral mediante mudanças casuísticas advindas do Poder Legislativo.

Tenho para mim que a finalidade geral do processo eleitoral em sentido amplo é proporcionar eleições livres e justas tutelando a democracia representativa. Portanto, por mais que se possa isolar quais são as normas de processo eleitoral e quais seriam as supostas normas de direito eleitoral substantivo, essa *finalidade do processo* faz com que muitos dos princípios atinentes ao direito eleitoral material sejam comuns ao processo eleitoral. E é esta convergência que interesse admitir para fins de desenvolver a questão central desta análise.

O processo eleitoral em sentido amplo cuida justamente dos atos encadeados que possibilitam o “exercício do sufrágio” (cf. GOMES, p. 2011, p. 19), sendo que a interconexão dos denominados princípios há de se assumir como inevitável.

Portanto, com relação ao aspecto dos princípios é de se esperar a coincidência entre princípios do direito do processo eleitoral e do direito eleitoral.

2.2. Um processo eleitoral concebido a partir da constitucionalização do Direito

É necessário pontuar, como questão central deste texto, que essa abordagem diretamente voltada ao processo eleitoral leva a sua compreensão finalística e condicionada aos preceitos da Constituição do Brasil. A chamada “constitucionalização” do Direito abrange, por certo, os preceitos eleitorais, que devem atenção à finalidade primeira do processo eleitoral, evidenciada pela Constituição.

Evita-se, assim, a visão do processo eleitoral meramente formalista, que o concebe como uma mera sucessão de atos desvinculada de sua finalidade de intermediar a vontade popular e possibilitar a legitimação do exercício do poder.

Diante desse escopo, o presente trabalho delimita como seu objeto os princípios constitucionais do processo eleitoral *em sentido amplo*, que dizem respeito ao certame eleitoral.

Alguns princípios próprios do direito eleitoral material, no entanto, não foram elencados no presente texto como princípios do processo eleitoral. É o caso, por exemplo, do chamado princípio da fidelidade partidária, que embora vise a respeitar a vontade popular externada nas urnas assume relevância eleitoral premente apenas após o período das eleições, durante o cumprimento do mandato¹¹, embora possa vir a assumir uma forma judicializada (processo eleitoral em sentido estrito) a fim de se concretizar..

3. Pressupostos hermenêuticos relativos à aplicação de princípios constitucionais ao processo eleitoral: fragmentos de uma teoria concretista

A discussão a respeito dos métodos e teorias de interpretação assume importância central na presente quadra do direito constitucional. No atual paradigma de hermenêutica jurídica, pode-se dizer que as decisões jurídicas são construídas individualmente, diante dos casos analisados em concreto.

¹¹ Nos termos da Resolução n. 22.610/07 do TSE o processo por infidelidade partidária tem por objeto a perda do cargo eletivo. A renúncia durante o processo gera a perda do objeto da ação por fato superveniente. Nesse sentido TRE-DF, Rel. João Egmont Leôncio Lopes, pet 152, j. 12.04.2010, DJe 28.04.2010.

Desse modo, não se pode prescindir de um estudo das metodologias de decisão jurídica, que envolve a análise da forma como essa é elaborada, quais seus pressupostos teóricos e como se chega ao resultado. Essa é a única forma de *controle racional* mínimo pelos cidadãos e pela sociedade afetados pelas decisões jurídico-judiciais. O controle (ou sua possibilidade) dos métodos de decisão e a verificação (ou sua possibilidade) da fundamentação das concretizações jurídicas têm uma faceta essencialmente democrática no que tange à *accountability*.

Essa análise assume significação democrática ainda mais acentuada quando se trata de processo eleitoral, tendo em vista que está em causa a própria democracia, como base de convívio em sociedade.

A aplicação legal no Brasil tem tradicionalmente um viés positivista, centrado em um processo que advoga pela possibilidade de uma mera “subsunção” de supostas “regras” abstratas, que no sistema do *civil law* seriam representadas pela Lei, a casos concretos.

É nesse contexto que se desenvolve o *formalismo jurídico*, que, no princípio do século XIX ficou caracterizado, sobretudo, pela Escola da exegese e pelo movimento das grandes codificações, principiando pelo Código Civil (de Napoleão). Semelhante doutrina procura condicionar a atividade jurisdicional – ou, ao menos, procura condicionar a imagem que devemos ter da atividade judicial – a uma mera atitude autômata, mecanicista, de reproduzir os ditames da Lei, condenando alternativas subjetivistas, como a interpretação, que exorbitariam da chamada *letra da Lei*. Sob essa teoria, o Poder Judiciário ficaria “restrito a um mero atuar mecânico”, em que suas decisões expressam “apenas as próprias leis (...)” (TAVARES, 2012a, p. 28). Esse movimento pretendeu reduzir a realidade à abstração legal. “O direito passa a ter como única morada o *Codex*” (TAVARES, 2006, p. 23).

Na primeira metade do século XX, um positivismo menos formalista adquire novos pressupostos, principalmente pela influência de Hans Kelsen (TAVARES: 2012a, p. 28), jurista cujas doutrinas ainda ressoam na literatura jurídica brasileira. Kelsen não mais sustenta a correspondência maquinal entre o texto e a norma a ser produzida. Contudo, nega “a predição de decisões judiciais (...) com base em elementos extranormativos (extraídos do plano dos fatos)” (TAVARES, OSMO: 2008, p. 145).

Ambas concepções têm em comum a compreensão do direito como uma ciência unidisciplinar, fechada às demais manifestações do conhecimento e enclausurada em suas próprias premissas e conclusões. O jurista, nas formulações positivistas, deveria abster-se de considerações de ordem política, de justiça sobre a lei e de adequação à realidade social (TAVARES, 2006, p. 40).

No conceito tradicional do positivismo, o Direito é apresentado com características de generalidade e abstração. A partir dessa abstração o legislador positivista tenta abarcar todas as realidades concretas, “reduzindo-as” (ou, melhor, incorporando-as) ao texto legal (TAVARES, 2006, p. 41). A decisão judicial tradicional, portanto, dar-se-ia por mera subsunção “ao caso sob a égide do direito positivo” (QUEIROZ, 2002: 181). O Direito positivo é dotado, assim, da capacidade de oferecer soluções infinitas, pré-concebidas pela genialidade do representante do povo durante o processo legislativo.

Entretanto, as exigências de análise constitucional introduzem um elemento complicador à essa análise formalista do direito. O reconhecimento da abertura das normas – o que nem sempre é admitido, obviamente – fará com que o intérprete busque a realidade para concretizar o Direito posto, considerando que o texto demanda apreciação do concreto para integrar seu sentido.

O paradigma do constitucionalismo concebe o Direito como construído “a partir de e para situações concretas especialmente determinadas.” (TAVARES, 2006, 41). Diante disso, a leitura do Direito de acordo com a Constituição traz a necessidade de um conhecimento de outros saberes que vão além do hermetismo legal e exige a superação do “positivismo legalista, centrado única e exclusivamente, na letra da lei, fechado ao exterior” que via o direito como “uma ciência unidisciplinar” (TAVARES, 2006, 40).

Destarte, o Constitucionalismo “demanda um maior conhecimento de outros saberes, além da simples letra do texto escrito (...)” (TAVARES, 2006, 41).

Assim, não mais se concebe a norma como uma abstração de ordem metafísica ou algo que “repousa em si e preexiste”. O Constitucionalismo é incompatível com a generalização prévia da “pletora dos diferentes tipos de prescrições legais na norma

jurídica, para depois derivar inferências desse *abstractum* preconcebido”. Não se concebe mais “a reificação de prescrições legais e conceitos jurídicos em mera preexistência” (MÜLLER, 2007, p. 40-1). Ainda, com apoio na teoria de Friederich Müller, “a norma jurídica não existe [...] *ante casum*, mas só se constrói *in casum*” (Müller, 2013, p. 135).

Se essa consideração é válida para as normas concebidas individualmente, quer dizer, com sua hipótese de incidência mais bem delineada, a plasticidade das normas mais abstratas e abertas, como os denominados princípios, torna ainda mais necessários os elementos do concreto para a construção do próprio comando normativo. Se as *regras* “são normas que apresentam um alto grau de nitidez em sua referibilidade ao fático” os princípios “têm a capacidade de expandir seu comando consoante as situações concretas que se forem apresentando” (TAVARES, 2006, p. 93), mas só após a consideração desta concretude (ainda que hipoteticamente construída, os casos não reais).

Sendo a Constituição a base do sistema jurídico permeada por princípios jurídicos, normas que têm, dentre outras, a característica de “imprimir determinação de significado” (TAVARES, 2015, p. 208) às demais normas, pode-se concluir pela permeabilidade de todo o Ordenamento Jurídico pela Constituição e seus princípios, por sua vez permeados inevitavelmente pelo pensamento concreto e pelas matizes do concreto. Estamos em face, hodiernamente, do fenômeno processual-substantivo da constitucionalização do Direito. Desse modo, há de se afastar o intérprete dos padrões hermenêuticos que pregam a mera subsunção (da norma abstratamente considerada ao fato).

Assim, a percepção teórica da introdução dos princípios em grau constitucional torna o processo hermenêutico necessariamente concretizador, intrincando o elemento fático na formulação do comando normativo.

Nesse sentido é que Canotilho sustenta que o processo de concretização da Constituição:

“traduz-se, fundamentalmente, no *processo de densificação* de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais

[...] é, no fundo, *o lado ‘técnico’ do procedimento* estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a *construção de uma norma jurídica*” (CANOTILHO, 2003, p. 1201).

Exemplificando a construção jurídica no que tange ao tema eleitoral, o Supremo Tribunal Federal se deparou, no RE 597.994 (Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p. acórdão Min. EROS GRAU, j. 04.06.2009), com a questão de Prefeita integrante licenciada do Ministério Público, que pretendia concorrer a reeleição. A Constituição, como sabemos, autoriza a reeleição no artigo 14, § 5º¹². No entanto, durante o mandato da Prefeita foi promulgada a EC 45/2005 que alterou a regra do artigo 128, § 5º, II, “e” da CB para impedir os membros do MP, mesmo licenciados, de exercerem atividade político-partidária.

A decisão do STF foi pela permissão da candidatura, sustentando que embora não exista direito adquirido a candidatar-se, o direito vigente autoriza a reeleição, não se tratando de respeito ao direito pretérito. A fundamentação que foi transcrita na própria ementa do julgado é adequado exemplo de como ocorre a construção da norma diante do caso concreto:

“A interpretação do direito, e da Constituição, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos, *compreendendo processo de contínua adaptação à realidade e seus conflitos*. A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade. A exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral. Ela está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito positivo. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo não se afasta do ordenamento” (original não grifado).

Em suma, ao processo eleitoral, além da constitucionalização do Direito, é preciso considerar a concretização do Direito, especialmente pela concepção não-formalista que o Direito Constitucional, como concebido hoje, impõe.

¹² Redação dada pela EC n. 16/1997.

3.1. Aplicação judicial dos princípios do processo eleitoral e a necessária postura “interventiva” para assegurar a soberania popular: um caso ilustrativo da ressalva procedimentalista

Um dos principais embates teóricos sobre o papel do Poder Judiciário no direito é o conflito que se pode resumir, de maneira um tanto simplista e com a consciência do uso não-consensual entre as denominações, entre o *procedimentalismo* e o *substancialismo*.

O debate é bastante conhecido na literatura jurídica mundial e adquire, segundo meu entendimento¹³, uma dimensão especial no que tange à aplicação das normas relacionadas ao processo eleitoral, já que o cerne desse debate é a relação entre Direito e Política.

O chamado (por reducionismo de todas suas vertentes) modelo substancialista é, em parte exposto no presente trabalho e aqui acatado como o mais adequado à realidade jurídica, econômica e social brasileira. Não se pode olvidar que o Brasil é um país ainda periférico com uma desigualdade crônica entre seus cidadãos. Ao mesmo tempo, nossa Constituição é documento que vincula a ação do Estado e direciona a sociedade em busca de transformações sociais, econômicas e culturais. Esse viés transformativo está presente principalmente no artigo 3º da CB, mas também no art. 170, inc. I, que trata justamente da soberania, agora, soberania econômica.

Nesse contexto bastante conhecido, muitas vezes o Poder Judiciário tem de intervir (ou é chamado a intervir abertamente) para assegurar direitos, inclusive os chamados direitos socioeconômicos, com vistas a garantir o mínimo de dignidade ao ser humano. A concretização de princípios jurídicos, aqui defendida, procura uma linha de compatibilização entre nossa realidade e a linha que reconhece os amplos enunciados constitucionais como normas, não como mera proclamação (*cf.* TAVARES, 2012, p. 59-85).

¹³ Que tive a oportunidade de expor e desenvolver em diversas conferências no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral.

Já os procedimentalistas costumam ser, em suas diversas vertentes, severos críticos dessa postura de “intervenção judicial”, o que consideram uma invasão do Direito sobre a esfera política, esfera na qual deveria imperar a produção *democrática* de decisões, não estando o Poder Judiciário apto a substituir-se à formação democrática (leia-se: parlamentar e executiva) de decisões centrais, sobretudo de aquelas de grande dissenso social.

Essa invasão da esfera política pela jurídica se daria principalmente pelas decisões dos tribunais constitucionais quando interpretam normas materiais da constituição, resultando no que seria uma sobreposição à decisão do legislador. Assim, para essas correntes difusamente denominadas como procedimentalistas, as cortes constitucionais deveriam atentar a seus limites (um caso típico de *self restraint*) e, assim, apenas assegurar a lisura e as condições necessárias para o processo de produção democrática do Direito (*e.g.* HABERMAS, 1997, vol. I, p. 299- 354).

Essa linha de pensamento é estabelecida sob duas “premissas principais [...]: (i) neutralidade e; (ii) democracia” (TAVARES, 2007, p. 339). Tomo, aqui, como referência para fins de explicitar o sentido e alcance do que seria um procedimentalismo, o trabalho do teórico norte-americano J. HART ELY. Este autor sustentou que as cortes constitucionais deveriam se abster de interpretar com base no que chamou de “valores morais”, não aceitando uma interpretação dirigida por princípios como aquela à qual me filio. Meu intuito, aqui, é apenas delinear as bases gerais dessa concepção, bem identificando o segmento de intervenção judicial consentida, para explorar as contradições que ocorrem no caso brasileiro de atuação (ou intervenção) da Justiça eleitoral.

Mesmo ELY admite que o controle abstrato de normas deve centrar forças na manutenção das *condições procedimentais de formação democrática* da vontade, defendendo que a constituição norte-americana previu um “processo de governo” e não uma ideologia (ELY, 1980, p. 101, *cf.* TAVARES, 2007, p. 342).

Mesmo que a posição do autor vise a garantir uma participação democrática além das eleições¹⁴, o pressuposto básico do atual sistema representativo é que se obtenha sucesso na manutenção de eleições livres e justas.

Assim, no que tange ao controle do Direito atinente (diretamente) ao processo eleitoral, nem mesmo a teoria de ELY, extremamente restritiva à atuação jurisdicional, condena a postura “interventiva”, posto que a exige para garantir a boa realização dos procedimentos democráticos. E aqui nos deparamos com certa intersecção¹⁵ entre procedimentalismo, como na teoria de Ely, e o objeto jurídico executado pela jurisdição eleitoral (Justiça Eleitoral e, excepcionalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, em caso de questão constitucional-eleitoral).

Minha advertência, pois, é a de que mesmo se adotada a postura restritiva (procedimentalista), que visa a minimizar a atuação do Poder Judiciário, não se pode prescindir de um Poder Judiciário atuante para garantir o adequado funcionamento das engrenagens democráticas. E a jurisdição eleitoral brasileira é, fundamentalmente, encarregada de preservar os elementos democráticos, como desenhada pela Constituição de 1988.

Soam, pois, como “curiosas”, as críticas dirigidas à jurisdição eleitoral com base em posturas minimalistas do Poder Judiciário (e, talvez, do próprio Estado), na medida em que sem as garantias mínimas tuteladas por uma atuação intensa e rigorosa do Poder Judiciário, as bases da democracia ficam desprotegidas.

3.2. Novo Código de Processo Civil e a interpretação dos princípios do Processo Eleitoral

Ainda como preliminares de compreensão dos princípios constitucionais do processo eleitoral propriamente ditos, é preciso enfrentar a compreensão processual dos princípios por força do Novo Código de Processo Civil - NCPC.

¹⁴ “[...] the duty of representation that lies at the core of our system requires more than a voice and a vote.” Ely, 1980, p. 135.

¹⁵ Ainda que se possa vislumbrar uma pletora inumerável de temas e detalhes operados pela Justiça Eleitoral, pode-se nela vislumbrar a atuação de um ponto de vista macro, de defesa das condições democráticas (o processo eleitoral).

O NCPC, cuja entrada em vigor foi projetada para março de 2016, a Lei n. 13.105/2015, é expresso em determinar que suas normas se aplicam “supletiva e subsidiariamente” aos “processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos” (art. 15).

Ressalte-se que quando se fala em aplicação subsidiária do NCPC ao processo eleitoral, trata-se do processo eleitoral em sentido estrito, identificado com o andamento judicial das chamadas ações eleitorais.

Esse é o sentido que se encontra na jurisprudência do TSE, como se exemplifica no voto do Ministro Henrique Neves da Silva, relator no AgR-RO n. 402-59.2014.6.19.0000/RJ (j. 09.09.2014):

“A aplicação do Código de Processo Civil nas ações eleitorais não é automática e somente se dá de forma subsidiária. Nesse sentido, este Tribunal já se manifestou quando analisou a incidência do art. 191 do Código de Processo Civil nos feitos eleitorais, afirmando que: ‘aos feitos eleitorais não se aplica a contagem de prazo em dobro, prevista no CPC, art. 191, para os casos de litisconsortes com diferentes procuradores’ (AgR-AI n° 57839, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 3.3.2011). No mesmo sentido: ‘tratando-se de matéria eleitoral, não se justifica aplicar regras do CPC que impliquem aumento de prazo para recurso. Precedentes (EDclAgRgREspe n° 21.3221MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 6.8.2004; AgRgAg n° 1.2491DF, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 24.3.2000; AgR-RO n° 905, rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 23.8.2006).’ ”

Com a aplicação subsidiária do CPC não se exclui uma análise própria do Direito eleitoral. A visão processual individualista é incompatível com o processo eleitoral, independentemente do que disser qualquer Lei, considerando que ambos os sentidos do processo eleitoral incluem não apenas eventuais partes ou interessados diretamente envolvidos, mas também a coletividade de cidadãos afetados pelos resultados eleitorais.

Essa característica se verifica, por exemplo, pelo entendimento do TSE que admite a legitimidade ativa do Ministério Público Eleitoral para representação contra prática irregular de propaganda partidária, mesmo sem disposição legal (infraconstitucional) expressa. Esse posicionamento baseia-se na função do Ministério

Público decorrente do artigo 127 da Constituição do Brasil e de sua prerrogativa de defesa do regime democráticos dos interesses sociais (cf. TSE REspe 1893-48.2010.6.26.0000/SP, Relatora Min. Nancy Andrichi, j. 25.04.2012).

A aplicação apenas *subsidiária* não interfere, como nem poderia interferir, nessas especificidades do processo eleitoral. Seria uma leitura de todo inadequada, inconstitucional e mesmo ilegal. Ademais, dado o conteúdo do novo Código de Processo Civil, algumas de suas normas devem ser vistas como disposições gerais aplicáveis aos processos judiciais no Brasil.

Destacam-se, nesse sentido, as normas acerca da decisão judicial. Como já exposto, a concretização do Direito, permeada por princípios constitucionais, demanda uma atividade construtiva da jurisdição em cada caso concreto que se lhe apresenta.

Assim, a verificação racional da decisão e sua *accountability* ocorre, em grande parte, pela análise da fundamentação, que deve ser apta a demonstrar o percurso transcorrido chegar à conclusão do *decisum* como exigência da imposição constitucional de fundamentar as decisões judiciais (art. 93, IX da CB). Dessa forma, “a prática judicial” não “pode fugir a uma exposição mínima, que demonstre uma reflexão e uma escolha consciente não-arbitrária do caminho de concretização trilhado” (TAVARES, 2006, p. 79).

Essa fundamentação, além de implicar a explicitação da maneira pela qual se chegou a decisão, em uma análise dos fundamentos trazidos pelas partes, também impõe o ônus de refutar aqueles que potencialmente podem demonstrar a incorreção da decisão tomada.

Assim, o § 1º do artigo 489 do novo CPC vem corrigir vícios da prática jurisdicional, que por vezes não atende à imposição constitucional de fundamentação, ao dispor que:

“§ 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.”

Destaca-se, ainda, o inciso VI do § 1º do artigo 489 supra referido, que tem a primordial função de garantir uma adequada resposta ao problema do *distinguish* na aplicação do Direito. O que se busca garantir aqui é que o Direito tenha uma aplicação isonômica, além de reforçar a segurança jurídica, ao desafiar-se o magistrado a explicar a razão da distinção de seu julgado com a jurisprudência contrária apontada pela parte, ou a explicitar a razão pela qual não acolhe o entendimento jurisprudencial dissonante.

Articula-se, com essa disposição, o § 4º do artigo 927 do novo CPC, que prevê que a alteração de súmula, jurisprudência pacificada, ou de “tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação específica observando-se os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. Novamente os princípios são invocados expressamente, realizando a própria Lei uma leitura e escolha de alguns dos princípios constitucionais, que são de incidência obrigatória e intuitiva na constitucionalização do Direito. O caso concreto, contudo, é que poderá oferecer uma direção mais segura à fundamentação e a esse “processo de escolha” operado pela decisão judicial.

Assim, como explicitação das razões de decidir, o § 3º do artigo 489 dispõe que “no caso de colisão entre normas o juiz deve justificar os critérios gerais da *ponderação* efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (original não grifado).

Ressalte-se que esse artigo reforça os argumentos já expostos em prol da *concretização* do direito. E isso sem que haja uma significação *a priori* da norma jurídica, quer dizer, antes de o texto legal ser confrontado com a realidade subjacente. Nesse sentido, rememora-se a posição do Ministro Eros Grau, externada na ADI n. 3367-1/DF (relator Min. Cezar Peluso, j. 13.04.2005), que salienta a imprescindibilidade da concretização para a existência de norma jurídica ao sustentar que “não existe a Constituição de 1988. O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte”. Apenas dentro de uma concepção concretista e histórica é que se pode bem apreender o alcance de uma assertiva como essa.

É imprescindível fazer um alerta, todavia, aqui. Esse dispositivo legal não pode significar – e efetivamente não significa – a eleição de qualquer método universal de análise que pretenda antecipar um único mecanismo de compreensão e aplicação do Direito, dada a impossibilidade de leitura do direito de forma abstrata e puramente lastreada na lógica formal (*cf.* MÜLLER, 2011, p. 50-1). Não se trata de invocar uma específica doutrina ou teoria do Direito, pelo próprio Direito positivo. A ponderação apenas específica a real natureza do Direito, que é a de considerar o caso concreto, e dele partir, para fins de compreensão e construção do próprio Direito.

4. Princípios do processo eleitoral

4.1. Princípio Democrático e soberania popular

A existência da Ordem Jurídica no paradigma atual, em que se aceita a premissa democrática, é de que todas as normas e o próprio sistema jurídico só se legitimam e só encontram sua validade na vontade popular.

É representativo dessa ideia que qualquer norma jurídica do Estado encontra seu fundamento de validade e de legitimidade na expressão do desejo democrático de seu povo¹⁶. E a Constituição do Brasil “reconhece que *todo o poder emana do povo*,

¹⁶ É essa a acepção iluminista e racionalista do artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que consagrava a fórmula de que a “Lei é a expressão da

insistindo no princípio democrático, enunciado em todo o texto constitucional¹⁷ como condição de validade para qualquer exercício de poder.

Essa aferição da vontade popular não se dá exclusivamente pelo voto, de modo que democracia não é necessariamente sinônimo de obediência à vontade majoritária manifestada nas urnas. O artigo 194, VII¹⁸, por exemplo, elege a participação como forma de aferição democrática das posições dos envolvidos no sistema de seguridade social, o que se dá, por exemplo, por meio do Conselho Nacional de Previdência Social - CNPS (Lei 8.213/1991).

Ademais, a dimensão dialógica¹⁹ da *democracia* não pode ser ignorada, por mais que não possa prescindir da democracia representativa. Neste caso recorro a pioneira e inovadora iniciativa brasileira do chamado “orçamento participativo”.

Entretanto, em nosso sistema político, a aferição da vontade popular por meio do voto tem assumido um papel central, principalmente pelo condicionamento ao exercício dos diversos cargos eletivos no Poder Executivo e no Poder Legislativo, que contam com representantes populares competentes para a tomada de políticas, e indiretamente no Poder Judiciário (pela nomeação ou escolha presidencial e/ou

vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação”.

¹⁷ O princípio democrático está implícito em diversos pontos da Constituição do Brasil e consiste em um sistema de legitimação do poder pela vontade popular. Esse princípio é textualmente referido no preâmbulo da Constituição e nos seguintes dispositivos: 1º, *caput*, 5º, XLIV, 17, *caput*, 23, I, 34, VII, “a”, 90, II, 91, *caput*, 91, § 1º, IV, 127, *caput*, 134, *caput*, denominação do título V, 194, VII, 206, VI, 215, IV, 216-A, *caput*, e 216, X.

¹⁸ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

[...]

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados” (redação dada pela EC 20/1998).

¹⁹ “A ideia de um modelo dialógico, essencial à democracia deliberativa, prende-se ao pressuposto teórico de que a democracia haveria de incorporar um momento de amplas discussões, que fosse capaz de promover um embate e conhecimento profundo de ideias e pontos de vista, ampliando os horizontes da agenda política, das convicções e conhecimentos pessoais e da harmonia entre todos que se dispusessem a incorporar um debate franco e racional” (TAVARES, 2009, p. 10).

sabatina senatorial). Adicionalmente, o processo eleitoral também é necessário para a aferição da vontade popular em plebiscitos e referendos.

Essa força atribuída ao voto é a mais nítida expressão da chamada soberania popular, enunciada no artigo 14, *caput*, da CB, “exercida por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”. A vontade popular manifestada nas urnas deveria ser determinante para conduzir os rumos da nação, e não mera formalidade a ser cumprida, etapa a ser superada pelos políticos profissionais de plantão. A boa compreensão desse princípio necessariamente vincula as interpretações jurídicas, especialmente as atinentes ao processo eleitoral.

As normas de todos os níveis e de todos os entes da federação devem ser interpretadas procurando-se conferir a *máxima efetividade* ao princípio democrático e sua especificação na forma da soberania popular pelo voto. Em caso julgado pelo TSE no ano de 2012, e que costuma ser recorrente em sua História, a corte se deparou, uma vez mais, com Lei Orgânica do Município, no caso, do Município de Espigão Alto do Iguaçu (PR), que nada dispunha a respeito da forma das eleições no caso de vacância dos cargos de Prefeito e seu Vice. O Tribunal decidiu pela necessidade de eleições diretas, utilizando como argumento determinante a necessidade de “conferir máxima efetividade à soberania popular com a realização de eleições diretas” (MS 1787-75/PR). Não deixar de ser curioso que, tutelando, aqui, as condições mínimas da democracia, impondo as eleições, as diversas e históricas decisões do TSE nesse sentido sequer sirvam como modelo pedagógico para suprir a deficiência dos documentos municipais ou, no limite, para prevenir uma discussão inoportuna sobre se prevalece a democracia e soberania populares das eleições diretas.

4.2. Princípio Republicano e suas implicações no *iter* dos processos eleitorais

Como registra PAULO FERREIRA DA CUNHA, o princípio republicano determina uma “particular [...] forma de governar” (CUNHA, 2008, p. 214).

O pressuposto lógico e histórico do princípio republicano é a ideia isonômica de abolição de privilégios como forma de oposição ao regime monárquico, que

atribuía à nobreza vantagens pessoais decorrentes apenas da hereditariedade e não dos méritos individuais. Na atualidade, seu antípoda está nas visões patrimonialistas que ainda sobrevivem, sobretudo nos estados periféricos, apoiadas no atraso civilizatório dos povos.

Trata-se de avaliar o tipo e qualidade de relacionamento com a coisa pública, para além de personalismos ou vantagens “irracionais”, que não decorram dos méritos ou das necessidades do interesse coletivo. PAULO FERREIRA DA CUNHA explica, ainda, a esse propósito, que:

“o modo de [...] tratar da coisa pública numa República caracteriza-se pela seriedade, por um certo aticismo até, pela anti-demagogia e pela fuga da propaganda, pela discrição e despojamento do Estado e dos governantes, pelo rigor, imparcialidade e pluralismo, pela abolição de todos os privilégios dos governantes, a começar pelos mais irracionais (títulos nobiliárquicos, por exemplo que não se fundem no mérito pessoal, mas simplesmente no sangue, estão entre eles), e pela transparência do Estado” (CUNHA, 2008, p. 217).

É nesse sentido que a “corrupção, o uso indevido de dinheiro público, o assenhoreamento de funções e cargos públicos com proveito pessoal ou familiar, o *abuso de poder nas eleições* são práticas que afrontam diretamente a República como cláusula constitucional” (TAVARES, 2015, p. 771).

Assim, a chamada virtude republicana²⁰ transporta-se para o processo eleitoral com o rigor que seria de se esperar. Ela veda quaisquer tipos de desequilíbrio nas eleições e, pois, o abuso de poder econômico, político e midiático, dentre tantas outras formas de desestabilização indevida do processo eleitoral. Isso porque o princípio republicano exige que os candidatos sejam alçados ao Poder pelo voto lastreado nos seus próprios méritos e na ideologia política por eles professada, a partir do

²⁰ Uma ilustração do ideal de virtude republicana pode ser encontrada em PAULO FERREIRA DA CUNHA: “O governante republicano veste a farda de serviço, não sobe, impante, ao pedestal da fama. Trabalha, mesmo com sacrifício pessoal, pela causa pública, não se serve dela. É até estrita e exageradamente cioso [...] da sua honestidade [...] Os governantes republicanos não enriquecem quando passam a sê-lo, não mudam de roupa nem de automóvel, não posam para saírem nas colunas sociais, vivem a função com rigor e naturalidade E saem de cena do mesmo modo. Eis o mito do republicanismo moderno” (CUNHA, 2008, p. 216).

alinhamento livre da população, que não pode ser condicionada pela manipulação de massas, ou por práticas típicas do clientelismo²¹.

É possível vislumbrar no TSE o reconhecimento dessa acepção do princípio republicano ao avaliar a eventual existência de abuso do poder político e econômico pelo uso de advogados, outrora prestadores serviços de Prefeitura, em campanha eleitoral de Prefeito candidato à reeleição. Para afastar a irregularidade o voto da ilustre relatora recorreu aos seguintes tópicos:

“não vislumbro, na hipótese dos autos, a ocorrência de abuso de poder político e econômico. O abuso está relacionado ao desvio de finalidade de um agente público, que se vale da condição funcional para beneficiar a candidatura, o que violaria a isonomia entre os candidatos, além de *desrespeitar o princípio republicano*.

Na espécie, não foi demonstrado que a atuação dos advogados teve a aptidão de favorecer os candidatos recorrentes.” (RESPE 53212015, Relatora Min. Luciana Lóssio, j. 10.11.2015, original sem destaques).

Em outra oportunidade, o Tribunal Superior Eleitoral manifestou uma acepção a respeito do princípio republicano relacionada à impessoalidade, ao reconhecer o abuso de poder político pelo excesso de gastos e desvirtuamento da campanha eleitoral com vistas a promover pessoalmente os ocupantes do Poder Executivo, então candidatos à reeleição, como se depreende do seguinte trecho da ementa:

“Abuso de poder político no desvirtuamento da publicidade institucional: o princípio da publicidade, que exige o direito e o acesso à informação correta dos atos estatais, *entrelaça-se com o princípio da impessoalidade, corolário do*

²¹ Na história brasileira, além de típicas fraudes eleitorais na apuração, convivíamos com eleições marcadas pela manipulação e intimidação da população por líderes locais, os chamados “coronéis” na República Velha, poderosos que se valiam de “um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público [...] e a decadente influência social dos chefes locais” (LEAL, 2012, p 44). JOSÉ MURILO DE CARVALHO relata práticas de intimidação e de corrupção dos eleitores. Um exemplo de prática intimidatória era a convocação dos chamados “capangas eleitorais” no dia das eleições. Esses homens violentos, por vezes armados, tinham a função de “proteger os partidários e, sobretudo, ameaçar e amedrontar os adversários, se possível evitando que comparecessem às eleições”. As práticas de corrupção dos eleitores se davam pela troca de votos por “dinheiro, roupas, alimentos, animais” (CARVALHO, 2008, p. 34-5). Resquíio do combate a essas situações de abuso econômico está nas vedações a certas práticas durante o processo de campanha eleitoral e, especialmente, no dia da votação. Triste o país que ainda se apoia integralmente no Direito para resgatar um mínimo civilizatório.

princípio republicano. A propaganda institucional constitui legítima manifestação do princípio da publicidade dos atos da administração pública federal, desde que observadas a necessária vinculação a temas de interesse público - como decorrência lógica do princípio da impessoalidade - e as balizas definidas no art. 37, § 1º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, "a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos". Enquanto a propaganda partidária é um canal de aproximação entre partidos e eleitores, disponível a todas as agremiações registradas no Tribunal Superior Eleitoral, a publicidade institucional de municípios é uma ferramenta acessível ao Poder Executivo local e sua utilização com contornos eleitorais deve ser analisada com rigor pela Justiça Eleitoral, sob pena de violação da ideia de igualdade de chances entre os contendores - candidatos -, entendida assim como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, sem a qual fica comprometida a própria essência do processo democrático. Acórdão regional que demonstra concretamente grave desvirtuamento da publicidade institucional."²²

O princípio republicano se relaciona, ainda com as eleições livres e periódicas, determinando a temporariedade dos mandatos e periodicidade das eleições. Com isso opera-se a desejável mudança subjetiva dos ocupantes dos cargos eletivos, oportunizando a toda a sociedade a abertura das posições de decisão social. Como assinala a esse propósito, a Constituição do Brasil, "proclama o ideal republicano, não só por acentuar logo no art. 1º que o Brasil é uma República, mas também por adotar a transitoriedade no exercício do poder" (TAVARES, 2015, p. 771).

Dessa ideia decorre a conclusão de que as normas constitucionais que preveem a delimitação temporal dos mandatos dos cargos eletivos²³, bem como a periodicidade do voto²⁴, também são expressão do princípio republicano.

²² REspe nº 336-45/SC, rel. Min. GILMAR MENDES, DJE de 17.4.2015, sem grifos no original.

²³ Cf., e.g., os seguintes artigos da Constituição do Brasil: 27, § 1º; 28, *caput*; 29, I, 32, § 2º; 46, § 1º; e 82.

²⁴ Elevado à cláusula pétrea nos termos do artigo 60 § 4º, II da CB.

4.3. Princípio da igualdade no pleito eleitoral: combate ao abuso do poder econômico, político e midiático

Na exposição a respeito do princípio republicano demonstrou-se que dele decorre a vedação a certos favorecimentos a candidatos, por comprometer sua premissa de abolição de privilégios.

Essa premissa da República se comunica com o princípio da igualdade, eis que a impessoalidade republicana é uma especificação do princípio da igualdade. Nesse sentido:

“Pode-se afirmar que a igualdade é o fundamento da impessoalidade administrativa. Também a forma de governo republicana pode ser apontada como um dos fundamentos do princípio em cotejo. Aqui se pode aferir um dos fundamentos da distinção entre impessoalidade e igualdade. É que aquela não impera nos governos monárquicos, identificados justamente pela pessoa do monarca. Aqui apenas a igualdade subsiste. Na Monarquia aqueles que detêm títulos nobiliárquicos obtêm preferências e privilégios. Ademais, na Monarquia identificam-se as atitudes administrativas com a pessoa que as implementa” (TAVARES, 2015, p. 1074).

No processo eleitoral, a igualdade exige uma disputa em paridade de armas, o que nas palavras de CANOTILHO representa uma “dimensão fundamental do *princípio da igualdade de oportunidades*” (2003, p. 321). Dessa forma, é ilícita a distorção das eleições decorrente (do abuso) de quem tenha acesso a um desproporcional poder econômico, político ou midiático.

A doutrina assinala que a teoria do abuso de poder advém do Direito privado²⁵, quando em verdade é instituição do Direito, e ocorre sempre que o titular de um direito em concreto o utilize de forma anormal, excessiva, com o propósito de prejudicar terceiros ou de causar gravame ao interesse da coletividade (*cf.* GOMES, 2011, p. 216).

²⁵ Atualmente o artigo 187 do Código Civil dispõe que comete ato ilícito “o titular de direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Assim, o exercício de uma prerrogativa legal deve ser compatível com a finalidade do direito subjacente, não podendo o titular se valer de um direito além do necessário para atender a esse aspecto finalístico. Ademais, a chamada *função social* passou a ser assumida mais intensamente como uma função do próprio Direito.

Adaptando as ideias de abuso de direito para a noção para o abuso de poder no processo eleitoral, entende-se o *poder* como “capacidade de influenciar, condicionar, ou mesmo determinar comportamento alheio” (GOMES, 2011, p. 216). A utilização de diversos tipos de *poder*, de forma abusiva, para conduzir ou decidir de alguma forma no processo eleitoral é vedada pelo Ordenamento Jurídico.

O conceito de abuso aqui deve sempre ter relação com a quebra da isonomia no processo eleitoral, desequilibrando-o de forma incompatível com os ideais republicanos e conferindo uma vantagem indevida ao detentor do poder sobre os demais candidatos do pleito. Assim, o objetivo dessa repressão ao abuso de poder é prestigiar, por meio da isonomia nas eleições, a legitimidade da representação popular (*cf.* GOMES, 2011, 218).

4.3.1. Abuso do poder econômico

A utilização de recursos patrimoniais sob a gestão do candidato, públicos ou privados, para além dos limites legais, em benefício de sua campanha, configura abuso de poder econômico, de acordo com o entendimento exposto por Ministro Gilson Dipp, quando de sua atuação no TSE (TSE, RESPE 191.868, j. 04.08.2011). Acrescento que o abuso de poder inclui a utilização de recursos tanto “materiais” quanto “humanos” desde “que representem valor econômico” (TSE, Agr- RCED 580, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe 28.02.2012).

Entretanto, é necessário esclarecer que a utilização de recursos econômicos para gastos legalmente previstos em campanha não é considerada abusiva, por mais

que esse gasto possa desequilibrar as eleições, tendo em vista que não existe limite máximo para as verbas utilizadas em campanha.²⁶

Portanto, o abuso de Poder econômico é o aporte de recursos quando for alheio às práticas de gastos autorizadas pela legislação. Isso inclui tanto o descumprimento das “normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos”²⁷ quanto a destinação de recursos a atividades que não estão autorizadas a serem realizadas na forma de campanha oficial, como, por exemplo, a distribuição de combustível a eleitores (TENÓRIO, p. 2014, 309), ou “o depósito de quantia em dinheiro em contas-salário de inúmeros empregados de empresa de vigilância, quando desvinculado de qualquer prestação de serviços, seja para a própria empresa, que é administrada por cunhado da candidata, seja para campanha eleitoral” (TSE, 31709-06.2007.600.0000, RCED nº 755 - Porto Velho/RO, j. 24/08/2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES).

Tratando-se de prática que afronta a igualdade nas eleições, entende a jurisprudência que só se configura abuso do poder econômico na hipótese de potencial influência no resultado da eleição, em nítida averiguação do Direito a partir da concretude. Dessa forma, “o reconhecimento da potencialidade em cada caso concreto implica o exame da gravidade da conduta ilícita, bem como a verificação do comprometimento da normalidade e da legitimidade do pleito” (RCED nº 661/SE, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJE de 16.2.2011).

4.3.2. Abuso do poder político

A modalidade política do abuso de poder é praticada pelo emprego de “agentes públicos”²⁸ que podem, em razão de seu cargo, corromper a lisura das eleições.

²⁶ A respeito da ausência de teto para recursos de campanha e licitude dessa forma de uso cf. Tenório, 2014, p. 309.

²⁷ Art. 25 da Lei das Eleições, Lei 9.504/1997.

²⁸ Nos termos do artigo 73, § 1º da Lei das Eleições - Lei 9.504/1997, “reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional”.

No entanto, para a configuração de abuso do poder político não há necessidade de que agente público se envolva diretamente nas eleições, podendo, por exemplo, ceder bens pertencentes à Administração Pública ou fornecer materiais ou serviços custeados pelo Poder Público.

A publicidade institucional também pode se tornar um meio de abuso do poder político, como visto. Além da proibição da publicidade institucional, em caso de desvirtuamento para promoção pessoal de candidatos, há regra da Lei das Eleições que veda gastos com esse tipo de publicidade no primeiro semestre do ano de eleição caso “excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito” (art. 73, VII).

4.3.3. Abuso do poder midiático

O poder econômico e o abuso dos meios de comunicação podem estar interligados, eis que o uso de recursos financeiros pode ocasionar uma maior exposição midiática de um candidato, gerando um desequilíbrio nas eleições.

Assim, normas típicas de prevenção de abuso de poder midiático podem ser lidas sob a ótica do abuso do Poder Econômico. A esse respeito *cf.* a seguinte manifestação do TSE:

"o art. 57-C da Lei nº 9.504/97, no que proíbe propaganda eleitoral paga na internet, para evitar a interferência do poder econômico e a introdução de interesses comerciais no debate eleitoral, não viola o princípio constitucional da liberdade de expressão" (Rp nº 946-75/DF, rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgada em 14.10.2014).

Entretanto, o acesso aos meios de comunicação pode ser interpretado como um poder específico, com características próprias que conferem uma diferenciação e tratamento jurídico distinto em relação ao poder econômico. Nesse sentido ALEXANDRE DITZEL FARACO trata das diferenças específicas da regulação dos meios de comunicação social. Os chamados meios de comunicação de massa exigem um

tratamento jurídico diferenciado que não pode se limitar ao controle da concorrência, como se dá em outras áreas econômicas (FARACO, 2009, 78-9 e 128-9).

A difusão das ideias por meio dos meios de comunicação de massa, em si, implica no exercício de poder que pode ser determinante para as eleições.

Assim, a comunicação também mereceu um tratamento jurídico apartado na Lei das Eleições, com regras que limitam o período da propaganda eleitoral (*eg.* art. 36, *caput*), as formas de propaganda eleitoral e os limites autorizados (*e.g.* art. 38, § 4º - incluído pela Lei n. 12.891/2013 e art. 43).

No contexto desse tratamento jurídico diferenciado, observa-se que as vedações à influência midiática não atingem somente os candidatos, partidos e coligações, pois se voltam, como já visto no item anterior, à propaganda institucional governamental e também aos próprios meios de comunicação.

Os cerceamentos do poder midiático abusivo, entendido aqui nesse aspecto amplo que engloba os diversos atores envolvidos direta e indiretamente nas eleições, vinculam-se à finalidade democrática de manter a isonomia no processo eleitoral e evitar o engodo do eleitor, que pode distanciar o resultado das urnas de uma vontade popular legítima não-induzida. Nesse sentido as aludidas vedações à comunicação:

“são saudáveis por reforçar o Estado Democrático de Direito e a soberania popular na medida em que sua criação e exercício coíbem a obtenção de vantagem a candidato mediante indução e ilusão dos eleitores [...] atingindo a isonomia do processo eleitoral e distanciando a vontade popular do resultado das urnas” (TAVARES, 2012b, p. 311).

Entretanto, essas restrições devem se ater ao objetivo de evitar desequilíbrio nas eleições e impedir a manipulação do eleitorado. Caso ultrapassem essa finalidade, as vedações violam a liberdade de expressão, tendo em vista que “as possibilidades [...] de limitação à liberdade de comunicação, expressão e de informação devem ser compreendidas restritivamente” (TAVARES, 2012b, p. 314).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu (ainda que em medida cautelar) pela inconstitucionalidade da vedação à utilização do humor envolvendo

candidatos e coligações durante o período da campanha eleitoral (art. 45, II da Lei das Eleições) entendendo que esse dispositivo “não se volta, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos” (Voto do Min. Ayres de Brito, relator na ADI 4451-MC, j. 02.09.2010). Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal assentou com propriedade que embora haja restrições à comunicação ao período eleitoral, “processo eleitoral não é estado de sítio (artigo 139 da CB)”²⁹.

Em suma, tratando-se de limitações ao poder midiático no processo eleitoral, deve-se sempre ter em consideração o caráter público da comunicação social, a necessidade de que a comunicação social assuma sua função social. “Deve-se partir do princípio fundamental de que a comunicação social, numa sociedade democrática, é matéria de interesse público, isto é, pertencente ao povo” (COMPARATO, 2000, p. 13).³⁰

4.4. Proteção da confiança e anterioridade das leis do processo eleitoral

A proteção à confiança é uma faceta da segurança jurídica, que consiste em um axioma constitutivo do Estado de Direito. Esse princípio assegura aos cidadãos que as ações e propósitos estatais transpareçam a confiança na estabilidade objetiva da ordem jurídica. A durabilidade e a permanência conjugam a segurança da ordem jurídica, e, por isso, são imprescindíveis para o pleno desenvolvimento da sociedade.

Dois são, pois, os axiomas estruturalmente incorporados no Estado de Direito pelo viés da confiança na estabilidade mínima da ordem jurídica: (a) a *estabilidade das ações estatais*, de tal modo que as decisões públicas não sejam arbitrariamente

²⁹ Trecho da ementa.

³⁰ É necessário pontuar que a posição de FÁBIO KONDER COMPARATO, embora escrita em contexto distinto com intenção de questionar o controle privado nos meios de comunicação social, o que não cabe ser debatido neste texto, bem ilustra a temeridade na falta de vedações eleitorais ao poder midiático e de seu controle efetivo.

modificadas, transgredindo normas constitucionais; (b) *previsibilidade das ações estatais*, ciosa na exigência de certeza e calculabilidade por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.

Essa proteção à estabilidade e previsibilidade é especialmente relevante no processo eleitoral, instrumento primacial da realização da democracia e ferramenta necessária para traduzir as expectativas populares, viabilizando a soberania popular de maneira fidedigna.

Como medida assecuratória dessa estabilidade, as alterações legislativas em matéria eleitoral não podem apanhar de surpresa os eleitores, os partidos e os possíveis candidatos. Eis o sentido do artigo 16 da Constituição do Brasil, já referido, e que conta com o seguinte teor:

“Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência” (redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993)

Essa norma constitucional proíbe “a mudança do processo eleitoral no mesmo ano da eleição” (STF, Min. LUIZ FUX, voto no RE 633.703, j. 23.02.2011).

Ocorre que, como antecipei acima, o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal é de que essa norma não se volta somente aos atos próprios do processo eleitoral, mas “se dirige também a normas eleitorais de conteúdo substancial” (voto do Min. LUIZ FUX, RE 633.703, supra citado, em que se discutiu a aplicabilidade da chamada *Lei Ficha Limpa* - que trouxe novas hipóteses de inelegibilidade - para as eleições de 2010). Assim, ficou decidido que as normas de direito material que podem interferir no transcurso do *iter* processual são relevantes para a teleologia da norma constitucional em comento.

Considerando essa premissa, os Ministros do Supremo Tribunal Federal deliberaram, no referido RE 633.703, se a norma de direito que trata de novas hipóteses de inelegibilidade, promulgada antes mesmo do início das convenções partidárias, deveria respeitar essa norma de anterioridade.

Para os efeitos de aplicação do artigo 16 da CB ficou assentado no referido julgamento que a fase pré-eleitoral:

“não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato em outubro do ano anterior” (Voto do relator Min. Gilmar Mendes).

Assim, desde muito antes da convenção partidária veda-se a alteração de normas eleitorais que possam ter influência nas eleições³¹.

Importante salientar que a *Lei Ficha Lima* (LC 135/2010), objeto do caso ora em comento decorreu de projeto inicialmente de lei de iniciativa popular³², posteriormente incorporado ao processo legislativo comum, e atendendo a um *clamor público* por mais moralidade na política.

O texto legal previa a aplicação imediata das novas inelegibilidades representando o “anseio de parcela da população brasileira de aplicação” da Lei “às eleições de 2010” (voto do Min. FUX, RE 633.703).

Entretanto, o que prevaleceu no julgamento, ainda transcrevendo-se o voto vencedor do Min. FUX, foi a “vontade de parcela substancial de cidadãos que elegeram os candidatos a serem prejudicados com o eventual efeito imediato da Lei da Ficha Limpa [...] vontade [...] aliada às expectativas legítimas dos candidatos de não serem surpreendidos com uma alteração súbita e inesperada do processo eleitoral brasileiro”.

O desfecho do voto do Ministro Fux contém um libelo em defesa da estabilidade das regras constitucionais, representada pelo princípio da proteção da confiança ao dispor que:

³¹ A *Lei Ficha Limpa* foi publicada em 07 de junho de 2010, três dias antes do período de início da realização das convenções partidárias

³² Os documentos que inauguram esse tipo de Projeto de Lei, nos termos do artigo 61, § 2º da CB, “devem ser assinados por, no mínimo um por cento do eleitorado nacional, distribuídos em pelo menos cinco estados. Cada um dos estados participantes deve recolher assinaturas de, no mínimo, três décimos por cento de seus eleitores” (TAVARES, 2014, p. 110).

“A Ficha Limpa é a lei do futuro, é a aspiração legítima da nação brasileira, mas não pode ser um desejo saciado no presente, em homenagem à Constituição Brasileira, que garante a liberdade para respirarmos o ar que respiramos, que protege a nossa família desde o berço dos nossos filhos até o túmulo dos nossos antepassados.”

Entretanto, por mais que essa posição do STF tenha se baseado na defesa da proteção da confiança é necessário salientar que, nesse julgamento, o Pretório Excelso contrariou posição anterior já em voga no TSE a respeito da própria Lei Ficha Limpa³³. Além disso, essa decisão do STF foi “emitida tardiamente”, em fevereiro de 2011, quando os eleitos nas eleições de 2010 já ocupavam seus cargos. Esse posicionamento ocasionou uma aplicação destoante da regra para aqueles candidatos que não recorreram ao Supremo Tribunal Federal gerando “disparidade sobre o direito válido e aplicado, na prática, para determinados candidatos” (TAVARES, 2014, p. 112 e 115).

Outro aspecto relevante a ser ressaltado, aqui, diz respeito à categorização desse *decisum* como sendo também de tutela da democracia e, nessa medida, incluído naquele mínimo de atuação consensual do Poder Judiciário. Efetivamente, entendo que quando se fala em proteção da confiança, nessas circunstâncias, inclui-se a defesa das “regras do jogo democrático”.

5. Conclusão

Por meio da análise acima procurei demonstrar a existência de um conjunto normativo próprio atinente ao processo eleitoral, que determina a interpretação das questões que lhe são relacionadas com vistas a assegurar eleições livres e justas, que são a ferramenta básica da soberania popular.

³³ O TSE entendeu pela aplicabilidade da Lei já em 2010, considerando que os critérios de inelegibilidade não são considerados como normas de processo eleitoral, mas de direito eleitoral material, invocando, pois a clássica segmentação do Direito material e processual. A esse respeito: RO nº 452425 /MG, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p. acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 14/12/2010, Publicação 14.12.2010; consulta n. 1147-09.2010.600.0000 Relator Ministro ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES. Acórdão de 17.06.2010. Publicação DJE 24.09.2010, p. 21 e consulta n. 1120-26.2010.600.0000, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO. Acórdão de 10.06.2010. Publicação DJE 30.09.2010, p. 20-1 (cf. TAVARES, 2014, p. 111).

Esse enfoque metodológico é necessário para entender o processo eleitoral em sua vinculação aos preceitos constitucionais que o instituíram, evitando-se uma leitura formalista que o conceba apenas como um procedimento operado por uma sucessão de atos desvinculada de sua finalidade constitucional.

Nos termos do que se propôs a concretização constitucional e diante dos inúmeros exemplos práticos da atuação do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, é possível afirmar os chamados “princípios” do processo eleitoral como determinantes para o Direito eleitoral, embasando a legitimidade da tomada de decisão no caso concreto.

6. Referências Bibliográficas

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Objetiva, 2008.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de meios de comunicação de massa. In: *Revista da USP*, São Paulo, n. 48, p. 6-17, dezembro/fevereiro 2000-2001. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/32887/35457>>. Acesso em 23.02.2016: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i48p6-17>.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Fundamentos da República e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, coord. TAVARES, André Ramos).
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1980.
- FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação: Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7a ed. São Paulo, Atlas, 2011.
- HABERMAS, Jürgen (trad. SIBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LEAL, Victor. *Coronelismo, Enxada e Voto: o Município e o ente representativo no Brasil*. 7a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3a ed. São Paulo: RT, 2013.
- _____. *Teoria Estruturante do Direito*. 3a ed. São Paulo, RT, 2011.
- _____. *O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 1a ed. São Paulo: RT, 2007.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 2018.
- _____. O impacto da Lei Ficha Limpa nos tribunais: breve relato e anotações. In: Monica Herman Caggiano. (Org.). *Ficha Limpa: impactos nos tribunais: tensões e confrontos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 109-116.
- _____. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2012.
- _____. *Manual do Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2012a.

- _____. Imprensa e Eleições: uma liberdade à brasileira. In: GUILHERME, Walter de Almeida, KIM, Richard Pae, DA SILVEIRA, Vladmir Oliveira. *Direito Eleitoral e Processual Eleitoral*. São Paulo: RT, 2012b. Referência p. 293-316.
- _____. A arena inclusiva como modelo de democracia. in: *Estudos Eleitorais*, Brasília, vol. 4, número especial, 2009, referência p. 9-32.
- _____. A constituição é um documento valorativo? In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. Referência p. 337-348.
- _____. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006. (Col. Professor Gilmar Mendes).
- TAVARES, André Ramos, OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista? In: DIMOLIS, Dimitri, DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008. Referência p. 129-157.
- TENÓRIO, Rodrigo. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. (Coleção Carreiras Federais, coord. TAVARES, André Ramos, FRANCISCO, José Carlos).

*Internet e eleições no Brasil*¹

CARLOS BASTIDE HORBACH

Professor Doutor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Ministro Substituto do Tribunal Superior Eleitoral e Advogado

1. Introdução.

Da mihi factum, dabo tibi ius. Este famoso brocardo latino é a síntese da atividade do jurista, do profissional do direito em geral. Confrontado com a realidade, há de apresentar a solução jurídica, garantindo a estabilidade das relações humanas e a paz social.

“Dá-me os fatos e te darei o direito”. Essa obrigação de fornecer a resposta jurídica adequada a uma multiplicidade de realidades fáticas, além de reforçar a caracterização do direito como uma ciência social aplicada – focada no ser humano e no seu contexto fático-social –, demanda do jurista uma série de habilidades. Em especial daqueles colocados na complexa situação de solucionar litígios, por meio do exercício da jurisdição, aos quais o direito brasileiro proíbe o *non liquet*, como explicitamente previsto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.²

A centralidade do elemento fático na consubstanciação do fenômeno jurídico é há muito perceptível, estando presente na própria formação do direito enquanto campo de estudo científico. Além das diversas reflexões pragmáticas em torno dos fatos que já constam, por exemplo, do Digesto; há inúmeras teorias do direito que aprofundam o quanto os fatos – com sua dinâmica cambiante – são importantes para a elaboração e para a evolução das normas jurídicas. Basta lembrar, a título de exemplo, a teoria nomogenética de Eugen Ehrlich; as reflexões de Karl Olivecrona sobre o direito enquanto fato; ou ainda a teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, somando fato, valor e norma.

Em todos os ramos do direito, portanto, as novidades fáticas provocam uma tensão criativa, demandando inicialmente do intérprete uma adaptação dos textos normativos previamente estabelecidos aos novos contextos e, num segundo momento,

¹ Texto originalmente publicado na obra “Direito Eleitoral - Temas relevantes”, Luiz Fux, Antonio Veloso Peleja Junior; Frederico Franco Alvim; Juliana Sant’Ana Seconetto - Curitiba Juruá, 2018, p.69-82

² “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

compelindo o legislador a editar novas normas, que conformem satisfatoriamente a realidade.

Isso não é diferente no campo da regulação das eleições, do direito eleitoral, constantemente chamado a disciplinar uma realidade plural, que é dia-a-dia alterada e sofisticada pela intensidade do proselitismo político. Candidatos e seus assessores de *marketing* estão numa permanente busca de novos meios para atingir o eleitor e para convencê-lo do acerto desta ou daquela proposição, de uma ou outra política pública, do nome X ou Y para o exercício dos mais variados cargos eletivos.

Esse esforço de contato com o eleitor e de seu convencimento por parte dos candidatos, analisado na perspectiva da necessidade de manutenção da igualdade e da lisura nas eleições, transforma o tema da comunicação social num dos tópicos sensíveis do moderno direito eleitoral.

E a sensibilidade desse tema é ainda reforçada pelo ritmo frenético em que se desenvolveu, nas últimas décadas, a comunicação digital, a qual permite a interação das pessoas – e a conseqüente difusão de ideias – por meios totalmente desconhecidos para o tradicional *marketing* político.

A experiência estrangeira e a prática das eleições no Brasil revelam a crescente influência da *internet* no campo eleitoral, lançando um novo desafio para os estudiosos desse tema, para os legisladores e para os que são chamados a aplicar concretamente as normas do direito eleitoral. Os fatos novos têm se apresentado por demais desafiadores para aqueles que devem dar o direito.

Nesse contexto, o objeto deste estudo é exatamente o impacto da *internet* nas eleições, especialmente por meios dos diferentes meios nela disponíveis, como o *Facebook*, o *Youtube*, o *Twitter*, o *Snapchat*, os variados *blogs*, bem como tantas outras ferramentas à disposição das campanhas.

Para exame desse tema, será inicialmente apresentada uma visão geral do modo como a *internet* tem impactado a vida política e como o direito, em diferentes países (item 2). Em seguida, será analisada a potencialidade de repercussão da *internet* nas eleições brasileiras (item 3).

2. *Internet* e eleições: considerações gerais.

Atualmente, mais de três bilhões de pessoas têm acesso à *internet* ao redor do mundo, o que representa aproximadamente 46% da população mundial. Em países desenvolvidos, esse percentual é muito superior, como se pode verificar nos Estados Unidos (88,5% da população), no Reino Unido (92,6%), na Holanda (93,7%) ou na Noruega (98%).³

O Brasil ocupa a quarta posição em números absolutos de usuários da *internet*, com aproximadamente 140 milhões de pessoas com acesso à rede, o que representa 66,4% de sua população.

³ Conforme informações do site <http://www.internetlivestats.com/internet-users-by-country/>

O elevado acesso à *internet* trouxe consigo uma mudança radical nos hábitos das pessoas. Atualmente, o indivíduo compra *on line*, ele se comunica por meios eletrônicos, ele se informa pela *internet*, ele namora *on line*.⁴ Todas essas novas práticas, que inauguraram uma “vida virtual”, demandaram respostas do direito. Como se dá a tributação de uma compra-e-venda *on line*?⁵ Qual o grau de sigilo que cobre a correspondência por *e-mail*?⁶ Como se configura a liberdade de imprensa na *internet*?⁷ Existe o adultério virtual?⁸

Se a *internet* afetou esses campos tão comezinhos do cotidiano, não poderia deixar de afetar uma das dimensões naturais da pessoa humana, qual seja, sua dimensão política. Se homem compra, se comunica, se informa e namora virtualmente, é certo que também por meio virtual é chamado a exercer sua cidadania. E essa cidadania virtual ou *on line* passa a ser alvo das ações legítimas de partidos políticos e de candidatos, cujos assessores de *marketing* se especializam nos meios e na linguagem próprios da *internet*.

Entretanto, apesar de essas novas práticas *on line* serem difundidas em diversos países, há numerosos estudos que indicam o impacto desigual da *internet* no campo eleitoral. Há países cujas eleições são amplamente influenciadas pelas redes sociais, enquanto outros – com similares níveis de acesso à rede e de vivência democrática – têm seus pleitos praticamente blindados contra a interferência dos movimentos virtuais.

Essa constatação suscita questões interessantes: o que justifica esse impacto desigual? Por que em alguns países a *internet* tem maior influência do que em outros?

As respostas possíveis a essa pergunta passam por diferentes aspectos, como características culturais, aspectos sociológicos, etc. Entretanto, a aproximação mais convincente – e a que importa para estudos como o ora proposto – é a que sugere que a relação entre tecnologia e instituições políticas é dialética, de modo que as novas tecnologias podem redesenhar as instituições, mas essas instituições têm a capacidade de mediar os resultados desse processo.

Análise nessa linha é a desenvolvido por Anstead e Chadwick, que defendem a necessidade de se considerar o modo como a *internet* interage com as instituições políticas que a antecedem, especialmente a organização dos partidos políticos e as normas que moldam o processo eleitoral.⁹

⁴ Sobre o tema, ver: Alessandra Menezes Dela Coleta; Marília Ferreira Dela Coleta; e José Luiz Guimarães. “O amor pode ser virtual? O relacionamento amoroso pela internet”. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 13, n. 2, abr/jun 2008, p. 277-285.

⁵ Esse tema foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, no julgamento, por exemplo, do RE 680.089, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 03.12.2014.

⁶ Esse é o caso da discussão sobre o sigilo dos e-mails funcionais, decidido pelo Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, no julgamento do RR 613/2000-013-10-00.7, Rel. Min. João Oreste Dalazen, julgado em 18.05.2005.

⁷ Ver, por exemplo, as reflexões de Leonard R. Sussman. “Censor dot Gov: the Internet and press freedom 2000”. *Journal of Government Information*, v. 27, n. 5, set/out 2000, p. 537-545.

⁸ A Justiça do Distrito Federal, em primeira instância, reconheceu a infidelidade virtual como causa para o divórcio e para a condenação do cônjuge infiel ao pagamento de indenização por danos morais. Cf. Proc. nº 2005.01.1.118170-3, 2ª Vara Cível de Brasília.

⁹ Nick Anstead e Andrew Chadwick. “Parties, election campaigning, and the internet. Towards a comparative institutional approach”. *Routledge Handbook of Internet Politics*, Andrew Chadwick and Philip N. Howard (ed.), London: Routledge, 2009, p. 56.

Para esses autores, há duas aproximações iniciais entre instituições e novas tecnologias que tendem a moldar o impacto da *internet* nos processos eleitorais. A primeira seria uma aproximação “reguladora”, que busca reproduzir nas interações *on line* as regras que tutelam a propaganda eleitoral tradicional. Isso porque, segundo a “teoria da regulação” (*normalization theory*), o leque de recursos disponíveis para os “atores políticos tradicionais, tais como dinheiro, burocracia, redes de apoiadores ou uma mídia interessada, condicionará fortemente a habilidade de fazerem uso efetivo da *internet* para campanha”.¹⁰

De outro lado, está a aproximação “otimista”, que parte da crença de que a *internet* tem a potencialidade de reformar o processo eleitoral, redistribuindo o poder político. Em suma, “as instituições políticas existentes serão reformadas ou integralmente substituídas sob o peso da mudança tecnológica”.¹¹ Nesse contexto “otimista”, reproduzir padrões normativos das campanhas tradicionais no ambiente *on line* acaba por inibir esse caráter reformador – e, para muitos, democrático – da *internet*.

Ocorre, porém, que o recurso a essas duas aproximações não é suficiente para explicar, em toda sua extensão, a razão de um maior ou menor impacto das novas tecnologias nas campanhas políticas de diferentes países. Assim, Anstead e Chadwick buscam identificar outros fatores institucionais, a partir do exame de duas realidades bastante distintas, as das campanhas eleitorais nos Estados Unidos e no Reino Unido.

Nos Estados Unidos, desde a década de 90 do século passado, é possível notar um crescente uso da *internet* nas campanhas eleitorais, com momentos em que o emprego de ferramentas *on line* se apresenta como marcante. Isso pode ser comprovado na campanha de Howard Dean pela indicação do Partido Democrata para a presidência em 2004, bem como na bem sucedida campanha de Barack Obama em 2008.

Nas últimas eleições presidenciais, em 2016, as movimentações na *internet* foram fundamentais para o sucesso da campanha de Donald Trump. Sinal disso é o fato de que o principal estrategista da campanha de Trump e posteriormente *Chief Strategist* da Casa Branca, Stephen Bannon, era o diretor de um canal de comunicação *on line*, o *Breitbart News Network*, identificado com o movimento *alt-right* (*alternative right*), movimento político esse, aliás, que se apresenta como um produto da *internet*, como sendo um exemplo claro do que se chama, nos Estados Unidos, de *net-roots politics*, em contraposição à tradicional *grass-roots politics*.

No Reino Unido, por outro lado, o impacto da *internet* é tido como bastante acanhado. São poucos os membros do Parlamento que mantêm uma presença relevante nas redes sociais e que atuam efetivamente numa campanha *on line*. Há alguns fóruns de discussão política e os quatro grandes partidos desenvolveram redes para a integração de seus membros, mas essas iniciativas tiveram uma repercussão pequena nas eleições gerais. Talvez seja possível apontar como exemplo recente do aumento das

¹⁰ Anstead e Chadwick. “Parties, election campaigning, and the internet. Towards a comparative institutional approach”, p. 58.

¹¹ Anstead e Chadwick. “Parties, election campaigning, and the internet. Towards a comparative institutional approach”, p. 58.

atividades virtuais com efeito no resultado eleitoral o plebiscito do *Brexit*, mas se trata de uma campanha atípica.¹²

Tendo Estados Unidos e Reino Unido regime democráticos igualmente sólidos e apresentando índices semelhantes de acesso à *internet* (88,5% e 92,6% das respectivas populações, como antes anotado), como explicar essa utilização díspar dos recursos da campanha *on line*?

Aqui entram os elementos anteriormente indicados e que são sistematizados por Anstead e Chadwick: organização partidária e meio ambiente eleitoral preexistentes ao surgimento da *internet* e dos recursos de campanha dela derivados.

Em primeiro lugar, a questão da **organização partidária** pode ser assim expressa: estruturas partidárias mais ou menos organizadas tendem a diminuir ou aumentar a necessidade de utilização da *internet* e, por consequência, seu impacto nas campanhas eleitorais. Nos casos em que as estruturas partidárias são desenvolvidas, como no exemplo do Reino Unido, os canais de comunicação interna das agremiações é eficiente, gerando uma ligação orgânica entre os dirigentes do partido e suas bases, bem como diminuindo, por conseguinte, as funções da *internet*. Quando as estruturas partidárias são mais frouxas, como nos Estados Unidos¹³, a *internet* assume um papel proeminente na mobilização das bases do partido, que não dispõe de canais de comunicação orgânica com seus simpatizantes.¹⁴⁻¹⁵

Outro fator determinante para um maior ou menor impacto da *internet* é o **modo de seleção dos candidatos**. A rígida hierarquia dos partidos políticos, como ocorre no Reino Unido, faz com que o processo de escolha dos candidatos seja altamente previsível, já que as elites da agremiação têm um elevado poder de controlar o acesso às candidaturas. Nesse contexto, não há interesse dos candidatos numa mobilização das bases por meio da *internet*, já que as decisões políticas sobre as candidaturas serão filtradas por diversas instâncias partidárias de mediação. Já mecanismos mais abertos de seleção de candidatos, como as eleições primárias norte-americanas, tornam o uso da

¹² Para a comparação entre os dois países, ver: Anstead e Chadwick. “Parties, election campaigning, and the internet. Towards a comparative institutional approach”, p. 59-61.

¹³ “A organização nacional dos maiores partidos americanos sempre foi embrionária e só recentemente substancial. E sempre foi limitada apesar da natureza nacional da disputa presidencial pelo eleitorado e do caráter nacional dos partidos políticos há muito estabelecidos no Congresso. Fora do próprio governo nacional, as organizações partidárias estaduais e locais somente se agrupavam nas convenções quadrienais para escolha dos candidatos à presidência e nos comitês nacionais republicano e democrata. A palavra comitê, por si só, sugere uma limitada estrutura nacional. Cada membro dos comitês nacionais essencialmente representavam organizações partidárias estaduais independentes, fracamente unidas por um rótulo comum e por um interesse comum nas eleições presidenciais. De fato, os comitês, muito antes de serem nacionais, nem mesmo eram federais. Como Key explicou em 1964, ‘federalismo na nossa estrutura formal de governo inclui um elemento nacional independente dos estados, mas em nossa organização partidária o elemento nacional independente não se faz presente. A estrutura partidária é muito mais confederativa do que federal em sua natureza’” (cf. Leon D. Epstein. *Political parties in American mold*, Madison: The University of Wisconsin Press, 1986, p. 200).

¹⁴ Anstead e Chadwick. “Parties, election campaigning, and the internet. Towards a comparative institutional approach”, p. 63.

¹⁵ Ainda que Reino Unido e Estados Unidos apresentem sistemas bipartidários, são inegáveis as diferenças entre as duas realidades institucionais, como já asseverava Giovanni Sartori: “(...) English and American twopartism are so far apart it makes little sense to classify them together” (cf. *Parties and party systems. A framework for analysis*. Colchester: ECPR Press, 2005, Kindle edition, position 4359).

internet mais intenso, pois a mobilização das bases é fundamental.¹⁶ Mais uma vez, a campanha de Donald Trump é um exemplo ilustrativo: mesmo sendo desprezada pelo *establishment* do Partido Republicano, a candidatura de Trump se viabilizou nas eleições primárias, muito por força da mobilização *on line*.

Ademais, o **financiamento de campanha** influi numa maior ou menor abertura à utilização de meios virtuais do processo eleitoral. Isso porque a *internet* pode ter, dependendo das normas de financiamento, um papel relevante na arrecadação de fundos. Nesse contexto, países com regras mais flexíveis sobre financiamento de campanha tenderiam a fazer um uso mais intenso da *internet*, enquanto uma maior regulação da arrecadação inibiria esse mesmo uso.¹⁷

Novamente Reino Unido e Estados Unidos servem de exemplos de cada uma das posições. No Reino Unido, a legislação prevê limitadas possibilidades de doação para campanhas eleitorais por parte dos indivíduos e os custos da propaganda eleitoral são relativamente reduzidos, fatores que mitigam a importância da *internet*. Nos Estados Unidos, por outro lado, o sistema eleitoral disponibiliza ao eleitor um número amplo de oportunidades de doação para as campanhas, cujos gastos não são limitados pela legislação. Isso faz com que os atores políticos norte-americanos sejam rápidos na exploração de potenciais novas formas de financiamento, como as doações *on line*.

Finalmente, devem ser considerados os **métodos de emprego das mídias tradicionais**, que acabam sendo de algum modo transplantados para o ambiente virtual, gerando uma maior ou menor eficiência na sua utilização. Quanto mais desregulada a mídia tradicional, maior a abertura para uso da *internet*; quanto mais regulada, menor. No Reino Unido, a utilização da televisão nas campanhas eleitorais, por exemplo, é altamente regulada, limitando-se à veiculação de programas eleitorais oficiais dos partidos políticos. Nos Estados Unidos, há liberdade na compra de tempo de televisão por partidos, candidatos e comitês de ação política – conhecidos pela sigla PAC –, que podem veicular os conteúdos que considerarem mais adequados, no amplo parâmetro de liberdade de expressão definido pela Suprema Corte, ao interpretar a Primeira Emenda à Constituição americana.

Essas diferentes posturas em relação às mídias tradicionais se refletem no emprego da *internet* nas campanhas políticas desses dois países, uma vez que os profissionais de *marketing* têm buscado utilizar os recursos virtuais para potencializar os meios clássicos de propaganda eleitoral, que passam a ser armazenados, recuperados e redirecionados aos eleitores de acordo com novas ferramentas de análise demográfica e de prospecção de dados.¹⁸

Em síntese, a controle do uso da *internet* se relaciona diretamente com o maior ou menor impacto que sua utilização tem nas campanhas eleitorais, especialmente a partir de uma concepção “reguladora” ou “otimista”, bem como relacionada com fatores

¹⁶ Anstead e Chadwick. “Parties, election campaigning, and the internet. Towards a comparative institutional approach”, p. 65.

¹⁷ Anstead e Chadwick. “Parties, election campaigning, and the internet. Towards a comparative institutional approach”, p. 66.

¹⁸ Anstead e Chadwick. “Parties, election campaigning, and the internet. Towards a comparative institutional approach”, p. 69.

institucionais, tais quais a organização partidária, o modo de seleção dos candidatos, os meios de financiamento de campanha e os métodos de emprego das mídias tradicionais.

A partir desses referenciais é possível analisar realidades nacionais específicas, como a brasileira, o que será feito no tópico seguinte.

3. Campanhas eleitorais e *internet* no Brasil.

Como anteriormente anotado, o Brasil conta com o quarto maior número absoluto de pessoas com acesso à *internet*. Já são mais de 140 milhões de brasileiros conectados, o que representa 66,4% da população do país. Esse número vem crescendo consideravelmente nos últimos anos e é bastante significativo quando se verifica que, em 2000, o país contava com 5 milhões de usuários ativos.¹⁹

Nesse contexto de ampliação do uso da *internet* no Brasil, é possível afirmar que o país já conta com uma massa crítica de internautas, que são um campo aberto ao *marketing* político. As ferramentas de campanha eleitoral *on line*, portanto, tendem a ganhar cada vez mais relevo nos pleitos, o que importa numa maior atenção do direito para com esses canais privilegiados de contato com o eleitor.

A conformação desse complexo normativo, porém, dependerá do maior ou menor impacto da *internet* nas campanhas brasileiras, o que se pode mensurar a partir dos referenciais institucionais sistematizados por Anstead e Chadwick.

Inicialmente, há a questão da organização partidária. Já constitui um lugar comum na doutrina brasileira, tanto no campo do direito²⁰ quanto no da ciência política²¹, a afirmação da necessidade de reformas que venham a fortalecer os partidos políticos, reconhecidos como fragilmente organizados para a vida político-institucional.

De fato, a desorganização das agremiações é matéria que tem preocupado, inclusive, o Tribunal Superior Eleitoral, como evidencia a discussão em torno das comissões provisórias, que substituem *ad aeternum* inúmeros diretórios locais e, não raro, estaduais.

Por meio da Resolução n. 23.465, de 2015 (art. 39), o Tribunal Superior Eleitoral tentou reverter essa realidade, fixando um prazo máximo de 120 dias para vigência das anotações de comissões partidárias provisórias. A entrada em vigor desse prazo foi por duas vezes postergada²², sem que se tivesse observado uma movimentação efetiva no sentido de se superar a desorganização das bases partidárias. Em resposta a essa atuação do TSE, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional nº 97/2017, para fazer constar, expressamente, do § 1º do art. 17 da Constituição Federal que a autonomia dos partidos compreendia a liberdade “para duração de seus órgãos

¹⁹Cf. <https://qualidadeonline.wordpress.com/2011/10/31/um-panorama-da-internet-no-brasil/>

²⁰ Nesse sentido, ver, entre outros: (a) Elival da Silva Ramos. “O Delineamento do Estatuto dos Partidos Políticos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, 2008, p. 54-72; e (b) Virgílio Afonso da Silva. “Partidos e reforma política”. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 11, 2005, p. 9-19.

²¹ Cf. Elizabeth Balbachevsky. “Identidade partidária e instituições políticas no Brasil”. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 26, ago. 1992, p. 133-165.

²² Por meio das Resoluções n. 23.471, de 2016, e 23.511, de 2017, que postergou para o dia 3 de agosto de 2017 a vigência do art. 39 da Resolução 23.465.

permanentes e provisórios”. Tal liberdade, porém, foi interpretada pelo TSE dentro dos limites da razoabilidade e de democracia intrapartidária, quando aprovou, na sessão de 29 de maio de 2018, alteração na mencionada resolução para fixar o prazo máximo de 180 dias para a duração das comissões provisórias.

Tais fatos denotam que grande parte dos partidos políticos são estruturas concentradas em seus órgãos de cúpula, cuja base é artificialmente mantida por meio das comissões provisórias, despidas de qualquer elemento de legitimidade popular, de verdadeira militância; quadro esse, é verdade, que tende a ser superado com a execução das normas expedidas pelo TSE.

Por outro lado, as estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral mostram o limitado número de filiados aos partidos políticos hoje existentes no Brasil. Dos trinta e cinco partidos registrados, somente oito têm mais filiados do que o número mínimo de apoiantes necessários para sua constituição, qual seja, 484.169 assinaturas, tendo em vista 0,5% do número de votos válidos para a Câmara dos Deputados, na eleições de 2014.²³ Alguns partidos contam com números extremamente reduzidos de filiados, menores até do que muitos clubes sociais brasileiros.²⁴

Nesse primeiro aspecto institucional, portanto, constatada a esqualida organização partidária no território nacional, haveria na realidade brasileira um estímulo ao uso da *internet* na propaganda eleitoral, pois supriria ela a ausência de estruturas orgânicas de comunicação entre os partidos políticos – que são desorganizados, repita-se – e suas bases de apoiadores.

O segundo aspecto a ser sublinhado é o relativo ao modo de seleção dos candidatos, ou seja, qual a dinâmica partidária para escolha daqueles que disputarão as eleições. Nos termos da legislação vigente, a seleção dos candidatos ocorre – ou pelo menos deve ocorrer – em convenções reguladas pelos estatutos das agremiações, nas quais devem participar, em tese, os filiados. Na prática, porém, a dinâmica nem sempre favorece a democracia interna e não há mobilização das bases partidárias para escolha dos candidatos.

E essa realidade se estende dos órgãos locais aos órgãos nacionais dos partidos políticos. Em 2006, por exemplo, ficou célebre a “convenção” que o PSDB realizou numa mesa do restaurante *Massimo*, em São Paulo, para a designar Geraldo Alckmin como candidato à presidência.²⁵ Mais recentemente, em 2010, a escolha de Dilma Rousseff como candidata do PT à presidência da república foi um claro exemplo de *dedazo*,²⁶ numa opção pessoal do então presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

²³ Cf. <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/filiados>

²⁴ O Ministro Henrique Neves, integrante do Tribunal Superior Eleitoral entre os anos de 2008 e 2017, em muitas palestras e manifestações na imprensa, tem destacado a existência de partido político registrado no TSE que conta com pouco menos de três mil filiados, o que seria um contingente menor que o de sócios do Iate Clube de Brasília.

²⁵ Em 2006, quatro lideranças do PSDB – Aécio Neves, Tasso Jereissati, José Serra e Fernando Henrique Cardoso – reuniram-se num jantar, no exclusivo restaurante Massimo de São Paulo, para debater a sucessão presidencial e definir o nome do candidato do partido à Presidência da República.

²⁶ O termo *dedazo* está associado às práticas do Partido Revolucionário Institucional mexicano, significando a ação pela qual, sem ter em conta as vias democráticas, são designados os candidatos a cargos eletivos. Sobre as origens e o declínio dessa prática no México, ver o interessante artigo de Joy Langston. “The birth and transformation of the *dedazo* in Mexico”. *Informal Institutions & Democracy*.

Nesse quadro, em que as bases partidárias não precisam ser mobilizadas para a escolha dos candidatos, diminui significativamente a necessidade de utilização massiva dos instrumentos da *internet*, o que acaba se projetando – como antes anotado – para o período de campanha eleitoral. Nesse segundo aspecto institucional, portanto, haveria um elemento de desestímulo ao uso da *internet*, o que implicaria também um menor impacto real dos seus meios de proselitismo político.

O terceiro aspecto é o relacionado à utilização da *internet* no financiamento das campanhas. As regras de financiamento no Brasil são extremamente complexas, o que em geral serviu para afastar o eleitor do processo de apoio financeiro a seus candidatos.

Por outro lado, a possibilidade de realização de doações eleitorais por pessoas jurídicas – existente até a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.02.2016 – fazia com que os partidos e os candidatos centrassem seus esforços de arrecadação nas grandes empresas, negligenciando as pessoas naturais dos eleitores e sua capacidade de doação para as campanhas.

Nesse quadro, as iniciativas primeiras de viabilizar as doações pela *internet* foram pouco aproveitadas, sendo que a possibilidade de arrecadar doações por cartão de crédito em sítio da rede mundial de computadores acabou tendo baixíssimo impacto, até mesmo pelo desinteresse das empresas administradoras de cartões.

Atualmente, com o fim das doações de pessoas jurídicas, as campanhas voltaram sua atenção para o poder de financiamento dos eleitores, em especial por meio da *internet*. A minirreforma eleitoral de 2017 introduziu um mecanismo de *crowd-funding* nas eleições brasileiras.

O art. 23, § 4º, inciso IV, da Lei das Eleições passou a prever, como meio de arrecadação, as “instituições que promovam técnicas e serviços de financiamento coletivo por meio de sítios na *internet*, aplicativos eletrônicos e outros recursos similares”, o que veio a ser regulamentado pela Resolução TSE nº 23.553, de 2 de fevereiro de 2018.

Até o presente momento, às vésperas das eleições gerais de 2018, algumas dezenas de empresas de financiamento coletivo já foram cadastradas pelo TSE, mas é difícil estabelecer, desde logo, qual o impacto desse novo mecanismo na disputa eleitoral. De qualquer modo, é possível afirmar que a *internet* tem sido um meio desimportante para o financiamento de campanhas, o que contribui, até presentemente, para sua baixa importância nas eleições brasileiras, considerando os referências explicitados por Anstead e Chadwick.

Por fim, é possível afirmar que o emprego das mídias tradicionais nas eleições brasileiras é altamente regulamentado, o que acaba por projetar a mesma regulamentação para a *internet*. Há, assim, uma orientação anti-*internet* e até mesmo antimídia nas eleições brasileiras.

No Brasil, portanto, levando em consideração esses critérios institucionais, há um contexto de reduzida potencialidade para utilização da *internet* com efetivo impacto na propaganda eleitoral.

Ademais, prevaleceu no tratamento da questão uma aproximação “reguladora” para o uso da *internet* nas campanhas, como se pode depreender da seguinte análise de Aline Osorio:

“No Brasil, porém, a regulação do uso da Internet nas eleições reflete a falta de compreensão sobre a estrutura e o funcionamento da rede. Na verdade, até 2009, não havia lei que regulasse a matéria. A Lei das Eleições, em sua redação original, previa apenas que os custos de criação de sítios na Internet eram gastos eleitorais (art. 26, XV) e estendia as restrições aplicáveis à programação normal das emissoras de TV e rádio (tal como a vedação de ridicularizar candidatos) aos portais destes veículos na rede mundial de computadores (art. 45, § 3º, LE, hoje revogado). No vácuo legal, o Tribunal Superior Eleitoral passou a regulamentar a propaganda na Internet por meio de resoluções. Porém, ao invés de garantir a plena liberdade de campanha, o TSE estabeleceu um regime demasiadamente restritivo, determinando que ‘a propaganda eleitoral na Internet somente será permitida na página do candidato destinada exclusivamente à campanha eleitoral’ (art. 18, Res. nº 22.718/2008).

Impedia-se, assim, que candidatos e partidos utilizassem as novas mídias em suas campanhas, reproduzindo-se de forma absolutamente inadequada a regulação rígida aplicável à TV e ao rádio. Em verdade, o regime legal aplicável à Internet deveria aproximar-se ao regime da imprensa escrita ou, como defendeu Carlos Neves Filho, ao da ‘propaganda em um comitê eleitoral ou para um panfleto entregue na esquina’, já que ‘só entra (acessa) quem quer, só lê (segue, curte, comenta, retwita) quem se interessa – bem diferente do horário eleitoral gratuito (TV e rádio) – ligou, ele invade a sua casa e a mensagem política é passada, mesmo sem você querer recepçiona-la’”.²⁷

Em verdade, apesar das inovações trazidas pelas últimas alterações legislativas, a utilização da *internet* nas campanhas é, indiscutivelmente, regulada à exaustão, o que acaba fazendo com que tenha mitigado seu impacto pela intervenção reguladora da Justiça Eleitoral, seja no exercício de sua função normativa, seja por meio de sua função jurisdicional.

4. Conclusão.

Considerando os fatores sistematizados por Anstead e Chadwick, expostos na primeira parte deste estudo, é possível concluir que, no atual estágio de desenvolvimento das estruturas jurídicas, institucionais e partidárias brasileiras, há um cenário de baixo impacto da *internet* nas eleições brasileiras.

Isso porque somente a frágil estrutura orgânica dos partidos políticos brasileiros contribuiria para a valorização dos meios digitais de campanha; enquanto o modo centralizado de seleção de candidatos, a excessiva e complexa normatização do financiamento de campanhas e a alta regulamentação das mídias tradicionais seriam obstáculos a uma repercussão mais ampla da *internet* no campo eleitoral.

²⁷ Aline Osorio. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 337-338.

De qualquer modo, a *internet* é uma realidade concreta, cujos reflexos são perceptíveis, em diferentes graus de intensidade, na vida social e política do Brasil, fazendo com que se projete para as preocupações dos legisladores e dos julgadores.

Com efeito, a legislação brasileira tem enfrentado essa nova realidade e suas normas têm sido aplicadas pela Justiça Eleitoral com assertividade, ainda que pautada pela autocontenção, como demonstra o tratamento dado recentemente às chamadas *fake news*.

A *internet*, pois, é um fato, ao qual deve ser dado o correto e adequado direito, de modo a se garantir a integridade dos pleitos e a igualdade da disputa eleitoral, observadas sempre as liberdades de expressão e de formação das convicções por parte dos eleitores.

A competência jurisdicional penal da Justiça Eleitoral: Ação Penal n. 937 e seus reflexos na instância ordinária eleitoral?

The criminal jurisdiction of the Electoral Court: Criminal Action n. 937 - reflections on the election season?

Alan Junqueira Gil

Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho – UNI9. Pós-graduando em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista – EJEP. Pós-graduado em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura – EPM. Pós-graduado em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP.

RESUMO

O presente artigo dedica-se a análise da competência jurisdicional penal da Justiça Eleitoral e ambiciona descobrir se o entendimento da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal n. 937 gera reflexos automáticos na competência criminal na instância ordinária dessa Justiça Especializada. O método de abordagem utilizado no desenvolvimento da presente dissertação foi o indutivo, através das técnicas de pesquisas científicas aplicada, qualitativa, descritiva, bibliográfica e documental. Ao final, após abordar os principais temas relacionados a competência jurisdicional penal eleitoral, foi possível constatar que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal causa impacto direto na fixação da competência jurisdicional penal eleitoral ordinária.

PALAVRAS-CHAVE: Competência criminal; Justiça Eleitoral; Ação Penal; Foro por prerrogativa de função.

ABSTRACT

This article deals with the analysis of the criminal jurisdiction of the Electoral Justice and aims to find out if the understanding of the majority of the Ministers of the Federal Supreme Court in the judgment of the Penal Action n. 937 creates reflexes in the criminal jurisdiction of this Specialized Justice. The method used in the development of this dissertation was the inductive, through the techniques of applied scientific research, qualitative, descriptive, bibliographical and documentary. In the end, after addressing the main issues related to jurisdictional electoral jurisdiction, it was possible to verify that the understanding adopted by the Federal Supreme Court has a direct impact on the determination of electoral criminal jurisdiction.

KEYWORDS: Criminal jurisdiction; Electoral justice; Criminal action; Forum by function prerogative

A competência jurisdicional penal da Justiça Eleitoral: Ação Penal n. 937 e seus reflexos na instância ordinária eleitoral?

Sumário: Introdução; 1 -Competência Jurisdicional Penal da Justiça Eleitoral; 2-As 4 perguntas para fixação da competência penal eleitoral; 2.1 - Competência para os crimes conexos aos crimes eleitorais; 2.1.1 - Crime Eleitoral x Crime Comum (Federal e Estadual); 2.1.2 - Crime Eleitoral x Crime Comum doloso contra a vida; 2.1.3 - Crime Eleitoral de menor potencial ofensivo x Crime Comum; 2.1.4 - Crime Eleitoral x Crime Militar; 2.2 - Crime Eleitoral x Ato infracional eleitoral; 2.3 - Competência por prerrogativa de foro; 3 - Ação Penal n. 937 – contexto e desdobramentos; Conclusão; Referências

Introdução

Inicialmente, insta destacar que a Justiça Eleitoral foi instituída no dia 24 de fevereiro de 1932 com a promulgação do Decreto n. 21.076 (Primeiro Código Eleitoral) e foi constitucionalizada em 1934. Todavia, em 1937, a Justiça Eleitoral foi extinta com o advento da Constituição do Estado Novo (apelidada de Constituição “Polaca”), apenas em 1945 foi reestabelecida pelo Decreto-Lei n. 7.586/45 e reinserida no Texto Constitucional de 1946. Atualmente, a Justiça Eleitoral integra a estrutura do Poder Judiciário e encontra previsão nos artigos 92, V, e 118 a 121 nas Seções I e IV do Capítulo III do Título IV da Constituição Federal de 1988.

A Justiça Eleitoral desempenha funções administrativa, normativa, consultiva e jurisdicional. A função administrativa consiste na preparação, organização e administração de todo o processo eleitoral. A função normativa relaciona-se a expedição de instruções para a fiel execução das eleições. A resposta de consultas, no intuito de evitar litígios que poderiam afetar a regularidade e a legitimidade do pleito, é a função consultiva. E, por fim, a solução dos conflitos de interesses em cada caso concreto submetidos ao Estado-Juiz é a função jurisdicional ou, simplesmente, jurisdição. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 168), “jurisdição é o poder atribuído, constitucionalmente, ao Estado para aplicar a lei ao caso concreto, compondo litígios e resolvendo conflitos”.

Da leitura do artigo 5º, XXXV¹, da Constituição Federal depreende-se que a jurisdição é monopólio do Poder Judiciário, ou seja, a prestação jurisdicional é realizada pelos órgãos que compõem a estrutura do Poder Judiciário.

Na seara penal, a jurisdição é a resolução do conflito entre a intenção punitiva do Estado e o direito de liberdade do cidadão. Importante observar que a jurisdição é una, ou seja, é única, pertencente ao Poder Judiciário. Todavia, por motivos de ordem prática e conveniência do Estado, ela foi distribuída entre vários níveis e graus. Surge, então, o conceito de competência que, segundo Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 427)), é “a medida e o limite da jurisdição, dentro dos quais o órgão jurisdicional poderá aplicar o direito objetivo ao caso concreto”.

¹ “Art. 5º. (...)

XXXV - “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em outras palavras, competência é a extensão do exercício do poder de julgar; é a delimitação da jurisdição. Considerando o elemento de distribuição da jurisdição, a competência em matéria penal pode ser dividida em material e funcional, sendo que a primeira considera aspectos da questão criminal (*ratione materiae*, *ratione personae/funcionae* e *ratione loci*) e a segunda questões relacionadas aos atos processuais praticados (fase do processo, objeto do juízo, grau de jurisdição).

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a ação penal n. 937 teria alterado a competência funcional por grau de jurisdição, vez que promoveu significativa modificação em relação aos órgãos superiores e inferiores da Justiça Eleitoral, ou seja, alterou a distribuição da competência funcional vertical, também chamada hierárquica, em algumas hipóteses, motivo pelo qual é fundamental a análise do julgado em comento.

1 Competência Jurisdicional Penal da Justiça Eleitoral

A Constituição Federal não dispõe sobre a competência da Justiça Eleitoral, tal questão é atribuída à Lei Complementar, nos termos do seu artigo 121, caput. Deste modo, coube ao Código Eleitoral (Lei n. 41737/65) definir a competência criminal da Justiça Eleitoral, qual seja, o processamento e o julgamento dos crimes eleitorais, descritos em lei, e os que lhes são conexos.

Ao tratar do assunto o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo decidiu que “o critério que define a competência para o julgamento da ação penal pela justiça eleitoral é a natureza da infração (matéria²)”. Assim, a definição do conceito de crime eleitoral é de suma importância para a definição da competência criminal da Justiça Eleitoral.

Na lição de José Frederico Marques (1997, p. 200), “crime eleitoral é toda ação tendente a impedir a livre e genuína manifestação da vontade popular nas eleições políticas”. Nelson Hungria (1968, p. 129) aduz que “são crimes eleitorais as infrações penalmente sancionadas, que dizem respeito às várias e diversas fases da formação do eleitorado e processo eleitoral”

Definido o que vem a ser crime eleitoral, passa-se a análise das etapas para a fixação do juízo eleitoral competente para processamento e julgamento das infrações eleitorais.

2 As 4 perguntas para fixação da competência penal eleitoral

A competência penal eleitoral é fixada com a realização de 4 questionamentos, quais sejam: A infração penal é da competência da Justiça Brasileira? A Justiça Eleitoral é a competente? O acusado é titular de foro por prerrogativa de função? Qual é a zona eleitoral competente para processar e julgar a infração penal eleitoral?

Primeiro, é necessário verificar se a infração penal é de competência da Justiça brasileira, em seguida, a natureza da infração deve ser analisada para que a Justiça Comum e as demais Justiças Especializadas sejam descartadas. Após, deve ser apurado se o averiguado exerce função ou cargo que o sujeite diretamente a determinado tribunal. Por fim, constatada a inexistência de foro por prerrogativa de função, deve-se perquirir qual o local em que o crime eleitoral foi consumado, a fim de determinar qual a Zona Eleitoral competente para processar e julgar a infração penal.

Em regra, a competência para persecução penal é dos magistrados eleitorais de primeiro grau, ressalvada a competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior de Justiça constante do texto constitucional, e do Tribunal Regional

² TRE/SP, RECC n. 20944, Rel. Juiz Silmar Fernandes, DJE 09/12/2014.

Eleitoral constante no Código Eleitoral, fixada por prerrogativa de função. Em outras palavras, a competência do Juiz Eleitoral é residual, motivo pelo qual cabe a referido magistrado o processamento e julgamento de todos que não possuem foro privilegiado.

2.1 Competência para os crimes conexos aos crimes eleitorais

De início, urge trazer à baila a classificação da jurisdição penal em razão dos órgãos judiciários de exercício. A jurisdição Ordinária ou Comum é residual e congrega as Justiças Federal e Estadual. Por sua vez, a Jurisdição Extraordinária ou Especial trata de assuntos específicos previamente estabelecidos e congrega as Justiças Militar e Eleitoral.

Na seara eleitoral, o artigo 35, inciso II, do Código Eleitoral dispõe que “Compete aos Juízes processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais”. Tal entendimento é corroborado pelo estabelecido no artigo 78, inciso IV, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

*Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:
(...)
IV – no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.*

Neste sentido, já se manifestou o Tribunal Superior eleitoral ao decidir que “verificada a conexão entre crime eleitoral e comum, a competência para processar e julgar ambos os delitos são da Justiça Eleitoral. (CF, art. 109, inciso IV, e CPP, art. 78, inciso IV)³”, “mesmo operada a prescrição quanto ao crime eleitoral⁴”.

2.1.1 Crime Eleitoral x Crime Comum (Federal e Estadual)

A Justiça Eleitoral é a competente para processar e julgar os dois crimes, vez que a jurisdição especial prevalece sobre a comum. Assim, aplicável ao presente caso o disposto no artigo 35, II, do Código Eleitoral. Todavia, há quem defenda a cisão processual em relação ao crime federal, pois a competência da justiça especializada não deve prevalecer ante a justiça comum federal, vez que esta é preestabelecida na Constituição Federal e aquela é prevista em norma infraconstitucional. Em conclusão, é a lei processual que deve ser interpretada por meio do texto constitucional, referido entendimento é defendido por Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 524) e Gustavo Henrique Righi Avahy Badaró (2013, p. 255) e acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça⁵.

Os defensores da primeira corrente contra argumentam que o dispositivo constitucional que estabelece a competência da Justiça Federal para julgar infrações penais, ressalva expressa a competência da Justiça Eleitoral, motivo pelo qual há que se respeitar a competência da Justiça Eleitoral. Neste sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal⁶ e entendimento de José Jairo Gomes (2016, p. 326).

³ TSE, HC n. 567/SE, Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, DJ 08/04/2008.

⁴ TSE, HC n. 280568, Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, DJE 01/02/2011.

⁵ STJ, CC n. 126.729/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJE 30/04/2013; STJ, CC n. 107.913/MT, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 31/10/2012; STJ, CC n. 39.357/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 02/08/2004.

⁶ STF, CC n. 7.033/SP, Rel. Min Sydney Sanches, DJ 29/11/1996.

2.1.2 Crime Eleitoral x Crime Comum doloso contra a vida

A resolução do presente tema é complexa e não é pacífica. Existem basicamente 5 correntes doutrinárias acerca do tema.

A primeira sustenta que a Constituição Federal em seu artigo 119, VII, não estabelece distinção de qualquer espécie quando fala da existência de concurso de jurisdição entre crime comum e especial. Portanto, considerando que o Tribunal do Júri se insere no âmbito da Justiça Comum e a Justiça Eleitoral detém jurisdição especial, aplicável ao caso o disposto nos artigos 35, II, do Código Eleitoral e 78, IV, do Código de Processo Penal, ou seja, a Justiça Eleitoral é a competente para julgar ambos os crimes. Neste sentido, o posicionamento de Frederico Marques (1955, p. 124) e Suzana Camargo (2010, p. 54), cujo último destaca:

Ora, inegável é a especialização da Justiça Eleitoral, ao passo que o Tribunal do Júri, instituição prevista pela Constituição Federal para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, insere-se no âmbito da Justiça Comum.

Assim, somente é possível o julgamento pelo Tribunal do Júri desde que não registrada a competência de outras esferas especializadas de jurisdição, pelo que, havendo a conexão de crimes eleitorais com crimes dolosos contra a vida, a competência é da Justiça Eleitoral, dado ser a prevalente.

Desta maneira, o magistrado de primeiro grau da Justiça Eleitoral seria o competente para julgar os dois crimes.

Um segundo seguimento da doutrina sustenta que o julgamento dos delitos deve ser realizado pelo Tribunal do Júri, garantia constitucional pessoal do agente prevista no artigo 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal, motivo pelo qual deve prevalecer em face da jurisdição especializada. Deste modo, o Tribunal do Júri da Justiça Estadual seria o competente para realizar o julgamento dos crimes. Este é o entendimento de Antônio Carlos da Ponte (2016, p. 141) e Fernando de Almeida Pedroso (1998, p. 121). Luís Carlos dos Santos Gonçalves (2012, p. 156) concorda que o crime doloso contra a vida deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, no entanto, defende uma terceira vertente, pois sustenta que “o ideal seria um júri organizado pela própria Justiça Eleitoral, mas como não há previsão legal para tanto, a solução vigente é a competência do Júri Federal para os crimes dolosos contra a vida conexos com crimes eleitorais”, vez que a Justiça Eleitoral tem caráter federal. Portanto, aplicável ao caso o Decreto-lei n. 253/67 que prevê os júris federais. Em suma, o Tribunal do Júri da Justiça Federal seria o competente para apreciar e decidir as infrações penais em comento.

Há ainda uma quarta solução ao caso defendida por José Jairo Gomes (2016, p. 327) e Joel José Candido (2006, p. 583), qual seja a cisão do processo, vez que na lição de Candido, “por serem duas jurisdições com assento constitucional específico, e competentes em razão da matéria, nem a Justiça Eleitoral julga os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, nem o Tribunal do Júri julga crime eleitoral de qualquer espécie”. Neste caso, o juiz de primeiro grau da Justiça Eleitoral julgará o crime eleitoral e o Tribunal do Júri da Justiça Comum julgará o crime doloso contra a vida.

Por fim, existe uma quinta corrente sustentada por José Olavo Buenos dos Passos⁷ e Viviane Vieira da Silva⁸, a qual nos filiamos, que afirma que os crimes devem

⁷ O Tribunal do Júri e a Justiça Eleitoral Criminal. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/artigos/o-tribunal-do-juri-e-a-justica-eleitoral-criminal/> Acesso em: 29/06/2018.

ser processados e julgados pelo Tribunal do Júri da Justiça Eleitoral, aplicando-se por analogia o disposto no artigo 4 do Decreto-lei n. 253/67: “Nos crimes de competência da Justiça Federal, que devem ser julgados pelo Tribunal do Júri, observar-se-á o disposto na legislação processual, cabendo a sua presidência ao juiz a que competir o processamento da respectiva ação penal”.

Em outras palavras, caberia ao Juiz Eleitoral de primeiro grau conduzir e presidir o processo relacionado ao Tribunal do Júri com a utilização do Código de Processo Penal, o qual tem aplicação subsidiária e supletiva, nos termos do artigo 364 do Código Eleitoral.

2.1.3 Crime Eleitoral de menor potencial ofensivo x Crime Comum

A solução do conflito apresenta duas correntes, a primeira, defendida por Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2012, p. 156) sustenta que os crimes deverão ser reunidos perante à Justiça Eleitoral, ocasião em que a transação penal ou a suspensão condicional do processo poderão ser aplicadas.

Em sentido oposto, Antônio Carlos da Ponte (2016, p. 142) afirma que “a separação dos processos é a medida mais adequada para a hipótese tratada”, pois a reunião dos feitos prejudicaria a celeridade, a oralidade, a informalidade e a economia processual que o delito de menor potencialidade ofensiva requer. Além disso, se a transação penal ou a suspensão condicional do processo forem aplicadas, seria um contrassenso a Justiça Eleitoral continuar encarregada de processar e julgar o crime comum.

2.1.4 Crime Eleitoral x Crime Militar

Os crimes devem ser julgados separadamente, deve existir a cisão processual, vez que tanto a Justiça Militar como a Justiça Eleitoral tem sua competência distribuídas na Constituição Federal em razão da matéria, conforme preconizam José Jairo Gomes (2016, p. 327), Renato Brasileiro Lima (2010, p. 222) e Joel José Cândido (2002).

Oportuno observar que o artigo 124 da Constituição Federal, diferentemente do artigo 109, IV, que disciplina competência da Justiça Federal, não apresenta nenhuma ressalva quanto a competência da Justiça Eleitoral.

2.2 Crime Eleitoral x Ato infracional eleitoral

O artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Assim, não é aplicável ao caso a regra de competência prevista no artigo 35, II, do Código Eleitoral, vez que referido dispositivo trata da conexão entre crimes, o que não se verifica a espécie. Portanto, o crime eleitoral será julgado pela Justiça Eleitoral e o ato infracional será apreciado pela Vara ou Juizado da Infância e Juventude, dada sua competência absoluta em razão da especialidade da matéria, bem como por ser mais conveniente para o menor, já que são dotadas de estrutura apropriada e pessoal especializado.

O Superior Tribunal de Justiça ao apreciar questão semelhante decidiu que “compete ao Juízo da Vara da Infância e da Juventude, ou ao Juiz que, na Comarca, exerce tal função, processar e julgar o ato infracional cometido por menor inimputável, ainda que a infração seja equiparada a crime eleitoral”⁹.

⁸ A Justiça eleitoral e o tribunal do júri. Disponível em: http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impressas/integra/2012/06/a-justica-eleitoral-e-o-tribunal-do-juri/indexca48.html?no_cache=1&cHash=d3179f3f4a72c1766044a9b39af8c12d Acesso em: 29/06/2018.

⁹ STJ, CC n. 38.340/BA, Rel. Min. Felix Fischer, DJ .18/08/2003.

2.3 Competência por prerrogativa de foro

Inicialmente, importante destacar que a competência por prerrogativa de função é estabelecida não em virtude da pessoa que exerce determinada função, mas sim como instrumento que visa resguardar a função exercida pelo agente.

Sobre o tema faz-se necessário transcrever os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 618), *in verbis*:

Essa jurisdição especial assegurada a certas funções públicas tem como matriz o interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam certos cargos possam exercê-los em sua plenitude, com alto grau de autonomia e independência, a partir da convicção de que seus atos, se eventualmente questionados, serão julgados de forma imparcial por um Tribunal.

Lapidar neste sentido a explicação de Niceto Alcalá-Zamora y Castiello e Ricardo Levene (1945, p. 222/223), *in verbis*:

“Cuando esas leyes o esos enjuiciamientos se instauran no en atención a la persona en si, sino al cargo o función que desempeñe, pueden satisfacer una doble finalidad de justicia: poner a los enjuiciables amparados por el privilegio a cubierto de persecuciones deducidas a la ligera o impulsadas por móviles bastardos, y, a la par, rodear de especiales garantías su juzgamiento, para protegerlo contra las presiones que los supuestos responsables pudiesen ejercer sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios. No se trata, pues, de un privilegio odioso, sino de una elemental precaución para amparar a un tiempo al justiciable y la justicia: si en manos de cualquiera estuviese llevar las más altas magistraturas, sin cortapisa alguna, ante los peldaños inferiores de la organización judicial, colocándolas, de momento al menos, en una situación desairada y difícil, bien cabe imaginar el partido que de esa facilidad excesiva sacarían las malas pasiones.”

Insta salientar que o agente só faz jus ao foro por prerrogativa de função enquanto estiver exercendo a função. Cessada a função, cessa o direito ao foro por prerrogativa de função, ocasião em que os autos do processo serão remetidos ao juiz eleitoral competente. Trata-se da regra da atualidade do exercício do cargo.

O cancelamento da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal acarretou a inaplicabilidade da regra da contemporaneidade¹⁰.

Outrossim, oportuno destacar que a competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Este o teor da Súmula n. 451, do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal ao tratar da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça faz referência a crimes comuns e a crimes de responsabilidade, razão pela qual a expressão "crime comum" compreende, na abrangência do seu sentido conceitual, os delitos de natureza eleitoral.

Com efeito, “a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral firmou-se no sentido de definir a locução constitucional "crimes comuns" como expressão abrangente a todas as modalidades de infrações penais,

¹⁰ Ocasião em que, mesmo com o término do mandato eletivo, a prerrogativa não cessaria, aplicar-se-ia a *perpetuatio jurisdictionis*.

estendendo-se aos delitos eleitorais e alcançando, até mesmo, as próprias contravenções penais”¹¹.

Tecidas estas considerações, constata-se que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar os crimes eleitorais praticados pelo Presidente da República, Vice-Presidente, Senadores, Deputados Federais, Ministros do Supremo Tribunal Federal, da Procuradoria Geral da República, da Advocacia Geral da União, Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente, nos termos do artigo 102, I, b e c, da Constituição Federal.

Ao Superior Tribunal de Justiça compete o processamento e julgamento dos crimes eleitorais realizados por Governador, Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros de Tribunal de Contas dos Estados e do Distrito Federal, juízes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Tribunais Regionais do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, nos termos do artigo 105, I, a, da Constituição Federal.

Prefeito, Deputado Estadual, Juiz de Direito, Juiz Federal, Juiz do Trabalho, Juiz Militar, Juiz Eleitoral, membro do Ministério Público Estadual ou do Distrito Federal, membros do Ministério Público da União que atuem perante tribunal, que cometerem infrações penais eleitorais serão julgados pelo Tribunal Regional Eleitoral, nos termos dos artigos 29, X, 96, III e 108, I, a, todos da Constituição Federal.

Além disso, por simetria e considerando o disposto no artigo 125, caput e § 1º, da Constituição Federal, o Tribunal Regional Eleitoral será competente para julgar crimes eleitorais quando a autoridade detiver foro privilegiado perante o Tribunal de Justiça do Estado e o Tribunal Regional Federal. Assim, o Vice-Governador, os Secretários de Estado, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral, o Delegado Geral da Polícia Civil e o Comandante-Geral da Polícia Militar também teriam foro por prerrogativa de função perante o Tribunal Regional Eleitoral, nos termos do artigo 74 da Constituição Estadual do Estado de São Paulo.

Compete ao Juiz Eleitoral o processamento e julgamento de todos os cidadãos que não possuem foro privilegiado, por exemplo, vereador que comete crime eleitoral. A este propósito, mister destacar trecho de julgado do Tribunal Superior Eleitoral¹²:

“A despeito da competência do Tribunal de Justiça para o julgamento de vereador nos crimes comuns e de responsabilidade, tal como previsto na Constituição Estadual do Rio de Janeiro, não há na Constituição Federal previsão de foro privilegiado para vereador. Não há, pois, como aplicar o princípio do paralelismo constitucional, como pretende o impetrante, para se concluir pela competência originária do Tribunal Regional Eleitoral para o julgamento de vereador nos crimes eleitorais.”

Por fim, oportuno destacar que o Tribunal Superior Eleitoral não possui competência penal originária, vez que a competência funcional foi atribuída pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

3 Ação Penal n. 937 – contexto e desdobramentos

A ação penal em comento foi proposta pelo Ministério Público Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro em face de Marcos da Rocha Mendes, pela prática do crime de

¹¹ TSE, RESPE nº 16048/SP, Rel. Min. José Eduardo Rangel de Alckmin, DJ 14/04/2000.

¹² TSE, AgRg-HC n. 31624/RJ, Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, DJE 17/05/2011.

corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral). Nas eleições municipais de 2008, o réu teria angariado votos para se eleger Prefeito de Cabo Frio, por meio da entrega de notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e da distribuição de carne aos eleitores. O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro recebeu a denúncia em 30.01.2013. No entanto, com o encerramento do mandato do réu como Prefeito de Cabo Frio, o Tribunal Regional Eleitoral declinou de sua competência em favor do Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro.

Na sequência, o Tribunal Regional Eleitoral, em sede de habeas corpus, anulou o recebimento da denúncia e os atos posteriores, já que, à época, o acusado já não ocupava o cargo que lhe deferia foro por prerrogativa de função. O Juízo eleitoral de 1ª instância proferiu nova decisão de recebimento da denúncia em 14.04.2014 e realizou a instrução processual, com a oitiva das testemunhas e o interrogatório do réu. Encerrada a instrução na 1ª instância, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 19.11.2014, e a Defesa, em 11.12.2014, apresentaram suas alegações finais.

Em 10.02.2015, o réu foi diplomado Deputado Federal. O Juízo da 256ª Zona Eleitoral/RJ declinou da competência para o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 24.04.2015. O réu era o primeiro suplente de deputado federal de seu partido e passou a exercer o mandato por afastamento dos deputados eleitos.

Posteriormente, em 14.04.2016, os Deputados eleitos reassumiram seus cargos, ocasião em que o réu se afastou do mandato. Dias depois, em 19.04.2016, o réu, mais uma vez, assumiu o mandato de Deputado Federal. Já em 13.09.2016, ele foi efetivado no mandato, em virtude da perda de mandato do titular, o Deputado Eduardo Cunha. Por fim, Marcos da Rocha Mendes foi eleito Prefeito de Cabo Frio e renunciou ao mandato de Deputado Federal para assumir a Prefeitura, em 1.01.2017.

Em 15.02.2017, o Relator Ministro Luiz Roberto Barroso determinou que a ação pena fosse afetada a julgamento pelo Plenário, em razão da relevância da questão jurídica, nos termos do artigo 22, parágrafo único, b, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

No dia 19.04.2017, o presidente incluiu o feito no calendário de julgamento, o qual teve início em 31.05.2017 e, após sucessivos pedidos de vista, terminou em 03.05.2018.

O Ministro Relator Luiz Roberto Barroso ao suscitar a questão de ordem afirmou que:

“O sistema é feito para não funcionar. Mesmo quem defende a ideia de que o foro por prerrogativa de função não é um mal em si, na sua origem e inspiração, não tem como deixar de reconhecer que, entre nós, ele se tornou uma perversão da Justiça. No presente caso, por exemplo, as diversas declinações de competência estão prestes a gerar a prescrição pela pena provável, de modo a frustrar a realização da justiça, em caso de eventual condenação.”

Interessante pontuar, também, as 3 razões assinaladas pelo referido Ministro para eliminar ou reduzir drasticamente o foro por prerrogativa de função e ensejar manifestação do plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de conferir interpretação restritiva às normas do texto constitucional que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar tais competências jurisdicionais aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo.

A primeira razão é de ordem filosófica, trata-se de uma reminiscência aristocrática, não republicana, que dá privilégio a alguns, sem um fundamento razoável. A segunda de ordem estrutural, vez que o Supremo Tribunal Federal não foi pensado

para funcionar como juízo criminal de primeiro grau. E por último, há razões de justiça, pois o foro por prerrogativa de função é causa frequente de impunidade, porque dele resulta maior demora na tramitação dos processos e permite a manipulação da jurisdição do Tribunal.

O pleno do Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem proposta pelo Ministro Luiz Roberto Barroso decidiu que as hipóteses de foro por prerrogativa de função ficariam adstritas aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo.

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”, com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal, Vencidos: em parte, os Ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, que divergiam do Relator quanto ao item (i); em parte, o Ministro Marco Aurélio, que divergia do Relator quanto ao item (ii); em parte, o Ministro Dias Toffoli, que, em voto reajustado, resolveu a questão de ordem no sentido de: a) fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; b) fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, quanto aos demais cargos, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; c) serem inaplicáveis as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos crimes praticados anteriormente à diplomação ou à nomeação (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem; d) reconhecer a inconstitucionalidade das normas previstas nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria; e) estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a renúncia ou a cessação, por qualquer outro motivo, da função pública que atraia a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, não

altera a competência para o julgamento da ação penal; e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes, que assentou que a prerrogativa de foro alcança todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício, e, ao final, propôs o início de procedimento para a adoção de Súmula Vinculante em que restasse assentada a inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais que disponham sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal e a declaração incidental de inconstitucionalidade dos incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17; dos incisos II e III e parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar 35/79; dos arts. 40, III, V, e 41, II, parágrafo único, da Lei 8.625/93; e do art. 18, II, “d”, “e”, “f”, parágrafo único, da Lei Complementar 75/93¹³.”

A nova orientação do Supremo Tribunal Federal gera grandes transformações na fixação da competência jurisdicional penal eleitoral, pois, ao adotar uma interpretação restritiva das competências constitucionais que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, acrescenta dois critérios até então não existentes, quais sejam, o crime foi realizado durante o exercício do cargo e está relacionado às funções desempenhadas pelo acusado.

Insta salientar que, pelo princípio da simetria, os Estados são obrigados a se organizarem de forma simétrica à prevista para a União. Afinal, de acordo com o artigo 25, *caput*, da Constituição Federal, "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição".

Assim, a decisão do Plenário do e. Supremo Tribunal Federal que assentou a competência da Corte Suprema para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados no exercício e em razão da função pública, e que tem efeitos prospectivos, em linha de princípio, em relação às pessoas detentoras de mandato eletivo com prerrogativa de foro perante todos os e. Tribunais Superiores e os c. Tribunais de Ordinários.

Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito (Mesma ratio decidendi. Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio).

O posicionamento em questão já foi adotado pelo c. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Ação Penal n. 866/DF¹⁴ e repetida na Questão de Ordem na Ação Penal nº 857/DF na qual constou expressamente: “a competência penal originária do Superior Tribunal de Justiça em relação a todas as autoridades listadas no art. 105 da Constituição é restrita aos delitos praticados no período em que o agente ocupa a função e deve ter relação intrínseca às atribuições exercidas”.

Assim, constata-se que o julgamento da Ação Penal n. 937 também deve gerar reflexos na fixação da competência dos Tribunais Ordinários da Justiça Eleitoral, vez que as pessoas que exercerem os cargos de Prefeito, Deputado Estadual, Juiz de Direito, Juiz Federal, Juiz do Trabalho, Juiz Militar, Juiz Eleitoral, membro do Ministério Público Estadual ou do Distrito Federal, membros do Ministério Público da União que atuem perante Tribunal, o Vice-Governador, os Secretários de Estado, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral, o Delegado Geral da Polícia Civil e o Comandante-Geral da Polícia Militar só serão julgadas pelos Tribunais Regionais Eleitorais se cometerem infrações penais eleitorais durante o exercício do cargo que ocupa e se estes crimes estiverem relacionados às funções desempenhadas.

¹³ STF, AP-QO n. 937/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 03/05/2018.

¹⁴ STJ, AgRg-AP n. 866/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE 03/08/2018.

Este entendimento é corroborado pelas recentes decisões proferidas pelo e. Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo ao julgar a Questão de Ordem no Inquérito n. 540-02¹⁵ e o Recurso Criminal n. 22-96¹⁶.

Por fim, diante desta nova e conforme interpretação, verifica-se que são necessárias 6 perguntas para fixação da competência, quais sejam: A infração penal é da competência da Justiça Brasileira? A Justiça Eleitoral é a competente? O acusado é titular de foro por prerrogativa de função? O crime foi cometido durante o exercício do cargo? O delito está relacionado às funções desempenhadas pelo acusado? Qual é a zona eleitoral competente para processar e julgar a infração penal eleitoral?

Conclusão

O presente estudo abordou os principais aspectos da competência jurisdicional penal eleitoral, estabeleceu os critérios adotados para a fixação de sua competência, expos as divergências doutrinárias existentes ao tratar de crimes conexos, bem como demonstrou que a atual interpretação constitucional ampliativa da aplicação do foro por prerrogativa de função revela problemas associados à morosidade, à impunidade e à impropriedade e acaba por exteriorizar uma disfuncionalidade prática do regime de foro privilegiado.

Além disso, da análise do caso concreto (Ação Penal n. 937), restou comprovado que a mudança da realidade fática e da percepção de qual seja o melhor direito podem e devem produzir modificações na interpretação constitucional, como o que se verificou com a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, reduziu o problema representado pelo foro privilegiado mediante uma interpretação restritiva do seu sentido e alcance, com base no princípio republicano e no princípio da igualdade.

Por fim, concluímos que o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação a competência por prerrogativa de função, qual seja, o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas, deve ser aplicado a todas as prerrogativas de função previstas na Constituição Federal, sem exceção, ante a inegável simetria e lógica, sob pena de quebra da igualdade de tratamento entre os detentores de foro por prerrogativa de função. Consequentemente, a fixação da competência penal eleitoral na instância ordinária recursal também foi afetada pelo entendimento acima mencionado.

O foro especial no âmbito penal é prerrogativa destinada a assegurar a independência e o livre exercício de determinados cargos e funções de especial importância, isto é, não se trata de privilégio pessoal. O princípio republicano é condição essencial de existência do Estado de Direito, razão pela qual o republicanismo caminha, *pari passu*, com a supressão dos privilégios, devendo ser afastadas da interpretação constitucional os princípios e regras contrários ao elemento axiológico da igualdade.

Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.
BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Avahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários a Lei n. 9.613\1998 com as

¹⁵ TRE/SP, DIV n. 540-02, Rel. Des. Fábio Prieto de Souza, DJE 17/07/2018.

¹⁶ TRE/SP, RC n. 22-96, Rel. Juiz Marcus Elidius Michelli de Almeida, DJE 20/08/2018.

alterações da Lei n. 12.683/2012. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 255/257.

CÂNDIDO, Joel José. Direito Eleitoral Brasileiro. Bauru: Edipro, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 15. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y; LEVENE, Ricardo. Derecho Procesal Penal, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1945.

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

_____. Crimes eleitorais e processo penal eleitoral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Suzana de Camargo. Crimes Eleitorais. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Crimes eleitorais e processo penal eleitoral. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. Competência Criminal. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARQUES, José Frederico. O júri no direito brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

_____. Elementos de Direito Penal. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 15. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PASSOS, O Tribunal do Júri e a Justiça Eleitoral Criminal. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/artigos/o-tribunal-do-juri-e-a-justica-eleitoral-criminal/> Acesso em: 29/06/2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Crimes Eleitorais: Código Eleitoral, Lei das Eleições e Lei das Inelegibilidades (Lei da Ficha Limpa). São Paulo: Atlas, 2012.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Competência Penal. Belo Horizonte Del Rey, 1998.

PONTE, Antônio Carlos da. Crimes Eleitorais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMAYANA, Marcos, Direito Eleitoral, 12. ed. Niterói: Impetus, 2011.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 6. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Viviane Vieira da. A Justiça eleitoral e o tribunal do júri. Disponível em: http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/a-justica-eleitoral-e-o-tribunal-do-juri/indexca48.html?no_cache=1&cHash=d3179f3f4a72c1766044a9b39af8c12d Acesso em: 29/06/2018.

STOCO, Rui. Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência. 6. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZILIO, Rodrigo López. Crimes Eleitorais. Salvador: JusPodivm, 2014.

RESTRIÇÕES ÀS PRERROGATIVAS PARTIDÁRIAS COM BASE EM DESEMPENHO ELEITORAL: Características comuns às Cláusulas de Barreira, de Desempenho e Quocientes Eleitorais.

PERFORMANCE-RELATED LEGAL CONSTRAINTS TO POLITICAL PARTIES: Common characteristics to *Performance Clauses, Barrier Clauses and Electoral Quotients.*

ANTONIO GELIS FILHO

Advogado, pós-graduando do 4º Curso de Direito Eleitoral e Processual Eleitoral da EJEP/EPM, Doutor em Administração pela FGV-EAESP. Professor dos cursos de Graduação em Administração Pública, Graduação em Administração de Empresas e do Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas da FGV-EAESP.

RESUMO

A Emenda Constitucional nº 97/2017 introduziu em nosso ordenamento constitucional o mecanismo das cláusulas de desempenho, consistente na determinação de patamar de performance partidária eleitoral e de consequências por seu não atingimento. O mecanismo é de grande importância para o Direito Eleitoral, mas seu conceito e natureza jurídica não estão claros na doutrina. Neste trabalho é apresentada proposta de conceituação de cláusulas de barreira, de desempenho e quocientes eleitorais como espécies do gênero *restrições às prerrogativas partidárias com base no desempenho eleitoral*. A estrutura geral de tais restrições é também discutida, em um esforço para se estabelecer bases científicas sobre as quais discutir instituto jurídico tão importante nos regimes democráticos.

Palavras-chave: Cláusula de desempenho. Cláusula de barreira. Quociente eleitoral. Restrições partidárias. Emenda Constitucional nº 97.

ABSTRACT

The Constitutional Amendment n. 97/2017 has introduced in the Brazilian Constitution the mechanism known as electoral threshold, which can be literally translated from their denomination in Portuguese as “performance clauses”. They consist in the triggering of legal consequences to parties that fail to reach an established threshold of electoral performance. The mechanism is quite important to Election Law, but it has not been adequately explored by the legal literature. In this work, it is presented the idea of performance clauses, barrier clauses and electoral quotients as species belonging to the genus *performance-related legal constraints to political parties*. The general framework for such constraints is then explained, in an effort to identify the scientific basis for the understanding of such legal categories, which are essential for democratic regimes.

Keywords: Electoral threshold. Electoral quotient. Legal constraints to political parties. Constitutional Amendment n. 97.

RESTRIÇÕES ÀS PRERROGATIVAS PARTIDÁRIAS COM BASE EM DESEMPENHO ELEITORAL: Características comuns às Cláusulas de Barreira, de Desempenho e Quocientes Eleitorais.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Das cláusulas de barreira, cláusulas de desempenho e quocientes eleitorais como espécies do gênero *restrições às prerrogativas partidárias com base em desempenho eleitoral*. 3 Estrutura geral das Restrições Partidárias por Desempenho Eleitoral. 3.1 Circunscrição e eleição de verificação do desempenho eleitoral. 3.2 Critérios de desempenho exigidos. 3.3 Consequências do não atingimento dos critérios de desempenho. 3.4 Restrições Partidárias com base no Desempenho Eleitoral: um gênero em evolução? 4. Da PEC 36/2016 à EC 97/2017 5. Conclusão. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

No dia 04 de outubro de 2017 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 97¹. Introduzia em nosso ordenamento constitucional vigente, explicitamente, o mecanismo da cláusula de desempenho. Esse mecanismo consiste na redução de prerrogativas partidárias caso a votação do partido não atinja patamares estabelecidos. Mas tal introdução na ordem constitucional não significou introdução em nosso ordenamento como um todo, pois, como veremos, a cláusula de desempenho já existe na legislação eleitoral infraconstitucional. Ademais, o texto original da Lei 9.096/95, a Lei dos Partidos Políticos, estabelecia cláusula de desempenho. O dispositivo, porém, foi declarado inconstitucional pelo STF em dezembro de 2006², no julgamento da ADI 1.351-3.

Textos constitucionais de nosso passado traziam cláusulas de barreira, instituto próximo e que merece ser estudado em conjunto com as cláusulas de desempenho e quocientes eleitorais. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº1 de 1969 previam-nas³.

A Constituição de 1967, em seu texto original, estabelecia, em seu art. 149, que “[a] organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: (...)VII - exigência de dez por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de senadores.

¹ Doravante identificada por “EC 97”.

² Lei 9.096/95. “CAPÍTULO II - Do Funcionamento Parlamentar. Art. 12. O partido político funciona, nas Casas Legislativas, por intermédio de uma bancada, que deve constituir suas lideranças de acordo com o estatuto do partido, as disposições regimentais das respectivas Casas e as normas desta Lei. Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles”.

³ Como veremos, mais do que cláusulas de barreira, tais dispositivos eram condições para a existência de partidos políticos, verdadeiras *cláusulas de barreira* para a entrada de um partido na vida política nacional.

Já a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, previa em seu art. 152 que “A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: (...)VII - exigência de cinco por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, em sete Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles”.

Em relação à Constituição de 1988, o texto do artigo 17 modificado pela EC 97 passou a exibir a seguinte redação, nos dispositivos que se referem ao mecanismo da cláusula de desempenho:

“Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...)

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:

I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação. (...)

§ 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão.”

Os patamares de votação contidos nos dispositivos indicados acima referem-se somente às eleições a serem realizadas a partir de 2030. Isso porque o texto da EC 97 contém regras de transição⁴, curiosamente não integradas sequer aos Atos das

⁴ EC 97 - Art. 3º O disposto no § 3º do art. 17 da Constituição Federal quanto ao acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão aplicar-se-á a partir das eleições de 2030. Parágrafo único. Terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que: I - na legislatura seguinte às eleições de 2018: a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou b) tiverem eleito pelo menos nove Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação; II - na legislatura seguinte às eleições de 2022: a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou b) tiverem eleito pelo menos onze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação; III - na legislatura seguinte às eleições de 2026: a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2,5% (dois e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou b) tiverem eleito pelo menos treze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

Disposições Constitucionais Transitórias, a despeito de sua importância fundamental para a vida política nacional. Essas regras determinam elevação gradativa dos patamares de desempenho eleitoral, com aumento a cada eleição para a Câmara dos Deputados a partir de 2018.

É importante notar que no art. 17 da CR/88 há dois mecanismos alternativos e independentes para avaliação do desempenho partidário. O primeiro refere-se à porcentagem de votos válidos obtidos pelo partido em questão nas eleições para Câmara dos Deputados e sua distribuição geográfica (CF, art.17, §3º, I). O segundo, ao número de Deputados Federais eleitos pelo partido e sua distribuição geográfica (CF, art.17, §3º, D). Assim, podemos afirmar que a EC 97 introduziu em nosso ordenamento não uma, mas duas cláusulas de desempenho. Poder-se-ia argumentar tratar-se de uma única cláusula com patamares alternativos de ultrapassagem. Mas, como veremos adiante, uma cláusula de desempenho possui uma estrutura tal que a existência de dois patamares distintos caracteriza a existência de duas cláusulas.

A discussão sobre as cláusulas de desempenho tem sido, infelizmente, eivada de confusões terminológicas, e mais ominosamente, de confusões conceituais. Um exemplo de tal confusão é a utilização, de forma indiferente, das expressões “cláusula de barreira” e cláusula de desempenho”, mesmo nas fontes mais insuspeitas. Dois exemplos ilustram bem a situação.

O primeiro exemplo vem do Glossário Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral, o qual afirma que a “cláusula de barreira é também conhecida como cláusula de exclusão, ou ainda cláusula de desempenho. Trata-se de uma norma que nega funcionamento parlamentar ao partido que não tenha alcançado determinado percentual de votos⁵”.

O segundo exemplo de uso alternativo das duas expressões pode ser encontrado no texto inicial da Proposta de Emenda Constitucional, de autoria do Senador Ricardo Ferraço, que tramitaria pelas casas até ser aprovada como EC 97⁶. Na justificativa da PEC, o autor utiliza os termos de forma sinônima:

“Refiro-me à conveniência de se introduzir a cláusula de barreira, surgida como primeira experiência na Alemanha pós-guerra e que hoje vigora em cerca de 44 países. Também denominada cláusula de exclusão ou de desempenho, trata-se de uma regra que condiciona o funcionamento parlamentar do partido político ao seu desempenho nas urnas”.

Comparemos essa compreensão com a explicação de Jairo Nicolau (2017, p.9):

“Cláusula de Barreira: Patamar mínimo de votos que um partido precisa ultrapassar para participar da distribuição de cadeiras do Legislativo. Pode ser adotado em âmbito nacional ou regional. A mais conhecida, de 5%, é adotada na Alemanha. ”

⁵ Tribunal Superior Eleitoral. Glossário Eleitoral. **Cláusula de barreira**. Disponível no <http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos-iniciados-com-a-letra-c>. Acesso em 21.09.2018.

⁶ BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Ricardo Ferraço. **Proposta de Emenda à Constituição nº 36, de 13.07.2016**. “Altera os §§ 1º, 2º, e 3º do art. 17 da Constituição Federal e a ele acrescenta os §§ 5º, 6º, 7º e 8º, para autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho parlamentar”.

“Cláusula de Desempenho: Patamar mínimo de votos que um partido precisa ultrapassar para ter acesso a recursos do Fundo Partidário, ao horário político e a benefícios no Legislativo. Diferentemente da cláusula de barreira, permite que os partidos que não atingiram o patamar participem da distribuição de cadeiras.”

Temos, portanto, duas abordagens. A primeira, exemplificada pelos textos do Glossário Eleitoral do TSE e do Avulso Inicial da PEC 36/2016, considera as expressões cláusula de barreira e cláusula de desempenho como sinônimos; a segunda, explicada por Jairo Nicolau, percebe dois conceitos inteiramente distintos. A primeira origina-se do universo dos operadores do Direito e responde às necessidades pontuais da prática; a segunda vem do universo dos estudos acadêmicos sobre sistemas eleitorais e busca a precisão necessária para compreender diferentes manifestações de um mesmo fenômeno em contextos distintos.

O Direito, como ciência da lógica e da linguagem que é, preza pela precisão conceitual. A atual situação de confusão terminológica acima exposta, portanto, não parece ser prática aceitável ou sequer admissível. Não apenas por questões de precisão científica abstrata, mas também e talvez principalmente pelas implicações práticas. Como debater de forma minimamente proveitosa, se os debatedores se referirem indistintamente a mecanismos legais de consequências completamente distintas?

A busca por tal precisão conceitual e terminológica não constitui mero bizantinismo acadêmico. Ninguém ousaria dizer que não poder assumir um determinado mandato e que poder assumi-lo com algumas limitações ao exercício parlamentar sejam situações idênticas, jurídica ou politicamente. A primeira situação caracterizaria cláusula de barreira; a segunda, de desempenho. Nomear de forma distinta aquilo que o é em sua natureza é um primeiro passo para a compreensão de qualquer fenômeno, e devemos fazê-lo também no estudo das restrições partidárias.

No restante deste texto, apresentamos tentativa de esclarecimento dessa situação, por meio da apresentação de uma classificação que possa tanto atender às necessidades da academia quanto ser útil para legisladores e operadores do direito. Pretendemos apenas colaborar para que essa discussão seja colocada na pauta da doutrina jurídica na dimensão que sua importância exige, e não esgotar o assunto.

2. DAS CLÁUSULAS DE BARREIRA, CLÁUSULAS DE DESEMPENHO E QUOCIENTES ELEITORAIS COMO ESPÉCIES DO GÊNERO *RESTRIÇÕES ÀS PRERROGATIVAS PARTIDÁRIAS COM BASE EM DESEMPENHO ELEITORAL*.

A confusão terminológica e conceitual envolvendo cláusulas de barreira e de desempenho é superável se buscarmos seu conteúdo comum. Para tanto, devemos compreendê-las como espécies de um gênero bem definido de institutos jurídicos, embora ainda não reconhecido como tal: as Restrições de Prerrogativas Partidárias com Base no Desempenho Eleitoral.

Cláusulas de barreira, cláusulas de desempenho e mesmo os quocientes eleitorais possuem uma lógica jurídica comum: reduzir prerrogativas partidárias com base no desempenho eleitoral do partido em questão. Estabelecem verdadeira condição para o exercício das prerrogativas, que somente pode ser superada com o atingimento de

determinados patamares de votação ou com o preenchimento de outros critérios também vinculados ao desempenho eleitoral. Sob essa perspectiva, podemos começar a enfrentar a questão de como diferenciá-las de forma científica.

Nem toda Restrição às Prerrogativas Partidárias, porém, tem por base o desempenho eleitoral. Um exemplo é a necessidade de representação no Congresso Nacional para que um partido político possa propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (CR/88, art. 103). À primeira vista, caracteriza cláusula de desempenho no sentido de vincular o exercício de determinada prerrogativa partidária ao desempenho eleitoral. Isso fica evidente se pensarmos que o constituinte poderia ter concedido a legitimidade ativa a qualquer partido político devidamente registrado no TSE, independentemente do desempenho eleitoral. É óbvio, porém, que a condição também poderia ser preenchida pela simples filiação de parlamentar protegido pelas causas de justificação de desfiliação sem perda de mandato. Sendo assim, trata-se de Restrição Partidária, mas não com base exclusivamente no desempenho eleitoral.

A natureza comum de tais mecanismos pode ser detalhada a partir da análise de sua estrutura geral, passo importante na construção da classificação aqui pretendida, e que enfrentaremos a seguir.

3. ESTRUTURA GERAL DAS RESTRIÇÕES PARTIDÁRIAS POR DESEMPENHO ELEITORAL

Partindo da percepção de que cláusulas de barreira, cláusulas de desempenho e quocientes eleitorais são espécies do gênero *restrições às prerrogativas partidárias com base no desempenho eleitoral*, podemos analisar os componentes comuns a cada uma das espécies, de forma a caminharmos em direção a uma classificação lógica de tais mecanismos.

Quatro são esses componentes: (1) circunscrição de verificação do desempenho eleitoral; (2) eleição de verificação do desempenho eleitoral; (3) critério de avaliação de desempenho e (4) consequências do não atingimento dos critérios de desempenho.

3.1 Circunscrição e eleição de verificação do desempenho e eleitoral

Os dois primeiros elementos a serem analisados na estrutura de uma Restrição Partidária por Desempenho Eleitoral relaciona-se à circunscrição de verificação do desempenho eleitoral e a qual eleição se refere. Desafiam enfrentamento simultâneo em virtude de sua natureza.

Patamares eleitorais, em geral, são estabelecidos em relação a eleições proporcionais para parlamentos. Isso deriva de sua função: evitar a fragmentação partidária dos parlamentos, algo que preocupava particularmente a Alemanha do pós-guerra, desejava de evitar a chegada de partidos radicais ao poder.

Trata-se de necessidade óbvia a determinação da circunscrição e da eleição nas quais é aplicada uma Restrição Partidária por Desempenho.

No caso do quociente eleitoral em eleições brasileiras, temos que a circunscrição de verificação do desempenho eleitoral pode ser municipal ou estadual, no caso de eleições municipais ou gerais, respectivamente.

Já no caso das cláusulas de desempenho do art.17 da CR/88, a circunscrição de verificação é nacional, vinculada às eleições para a Câmara de Deputados.

Interessante problema advém da eleição em sistemas eleitorais mistos. Neles, parte das cadeiras é preenchida pelo sistema proporcional, parte pelo sistema majoritário. Essa regra geral comporta muitas variações. As principais variações dizem respeito à relação entre as duas eleições, a proporcional e a majoritária.

Nos sistemas eleitorais mistos paralelos, há um número fixo de cadeiras previamente alocado a cada uma das eleições. Um exemplo hipotético: em determinado país, há 100 cadeiras no parlamento. Cinquenta são alocadas por meio de eleição majoritária em cinquenta “distritos” eleitorais, cada um elegendo um representante; as cinquenta cadeiras restantes são eleitas pelo método proporcional, com votação em listas partidárias fechadas. Simples e intuitivo, gera, porém, um efeito colateral: a eleição distrital pode distorcer completamente a proporcionalidade dos votos partidários na eleição proporcional.

Alguns países consideram isso um problema. O mais conhecido exemplo talvez seja o da Alemanha, onde a proporcionalidade é mantida pela alocação de cadeiras “extra”; o resultado é um número variável de parlamentares (ZITTEL: 2018, 782-784). O número constitucional mínimo é de 598 parlamentares no Bundestag; o número atual, em virtude das compensações, é de 709.

Muito se fala a respeito da futura introdução do sistema eleitoral misto no Brasil. Em tal caso, como sugere o exemplo do complexo sistema alemão, profundas modificações nas Restrições Partidárias por Desempenho Eleitoral serão necessárias.

3.2 Critérios de desempenho exigidos

Uma vez determinada a circunscrição de verificação do desempenho, o próximo elemento a caracterizar uma Restrição Partidária por Desempenho Eleitoral são os critérios de desempenho exigidos. Em nossas atuais cláusulas constitucionais de desempenho, por exemplo, são quatro os critérios de desempenho:

- a. Porcentagem dos votos válidos (CR/88, art. 17, §3º, I)
- b. Distribuição geográfica dos votos obtidos (CR/88, art. 17, §3º, I)
- c. Número de Deputados Federais eleitos. (CR/88, art. 17, §3º, II)
- d. Distribuição geográfica das Unidades da Federação pelas quais foram eleitos os Deputados Federais (CR/88, art. 17, §3º, II)

As cláusulas de desempenho recém-introduzidas incluem, portanto, critérios quantitativos e critérios geográficos.

Já em relação ao quociente eleitoral, o critério é unicamente quantitativo: divide-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior⁷.

Outros critérios podem ser utilizados pelo legislador na construção de Restrições Partidárias por Desempenho Eleitoral. O caso da Alemanha é bastante didático também neste aspecto (Zittel: 2018, 783). A cláusula de barreira do sistema eleitoral alemão é de 5% dos votos. Mas há uma “rota alternativa” ao redor da barreira, pois os partidos que elegem pelo menos duas cadeiras nas eleições majoritárias podem enviar seus representantes, mesmo que não tenham atingido o mínimo da cláusula de barreira, mas não participam da divisão de cadeiras distribuídas a mais para garantir a proporcionalidade; e os partidos que elegerem ao menos três parlamentares na eleição majoritária, ainda que não atinjam o patamar mínimo de votação nacional, enviarão seus representantes e participarão de eventual divisão de cadeiras extras. Trata-se, portanto, de cláusula de barreira imprópria, pois que atingindo a plenitude de seus efeitos apenas no caso de um partido não eleger qualquer representante nas eleições majoritárias.

Há também a possibilidade de cláusula de desempenho com critérios comparativos. É o caso da distribuição do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha. Dentro do estabelecido pela legislação respectiva, há aumento ou redução dos valores disponibilizados aos partidos a partir de seu desempenho eleitoral.

3.3 Consequências do não atingimento dos critérios de desempenho

A premência da diferenciação entre os diferentes mecanismos de implementação de Restrições Partidárias por Desempenho Eleitoral jaz não apenas nas características discutidas acima, circunscrição e eleição de verificação do desempenho eleitoral e critérios de desempenho exigidos, mas também, e muito notavelmente, nas implicações muito distintas que podem surgir do insucesso eleitoral. São as consequências do não atingimento dos critérios de desempenho.

Uma consequência possível é simplesmente a exclusão do processo de alocação de cadeiras do candidato que obteve número de votos elevado, por vezes entre os mais votados de uma eleição, mas cujo partido não atendeu aos requisitos da Restrição Partidária vigente. Essa é a situação com o Quociente Eleitoral. Se não atingido, ainda que um candidato de determinado tenha sido o mais votado em toda a campanha, não obterá o mandato se seu partido não tiver atingido o quociente.

Outras possíveis consequências são restrição de acesso a recursos de fundos públicos, redução do acesso gratuito a Rádio e TV, imposição de nova causa para justificativa de desfiliação partidária de parlamentar sem perda de mandato, redução de prerrogativas do funcionamento parlamentar.

⁷ Código Eleitoral, Lei nº 4.737/1965, art. 106.

A lista acima não é exaustiva. Na verdade, a partir da compreensão da estrutura básica das Restrições de Prerrogativas Partidárias por Desempenho Eleitoral, é possível a construção de diferentes mecanismos, permitindo assim o desenvolvimento de uma “engenharia jurídico-eleitoral” em bases mais científicas.

O Quadro 1 apresenta síntese da discussão.

	Circunscrição de verificação do desempenho eleitoral	Crítérios de desempenho exigidos	Consequências do não atingimento dos critérios de desempenho
Cláusula de Barreira de eleições para vereador e deputado. (“Quociente Eleitoral”)	Estadual, Distrital ou Municipal	Número de votos válidos/número de cadeiras	(1) Exclusão da casa parlamentar respectiva, a despeito do número de votos dos candidatos individualmente considerados
Cláusula de Barreira do art. 108 da Lei 4737/1965 (Introduzido pela Lei 13.165/2015)	Estadual e Municipal	Porcentagem mínima de votos para o candidato em questão na eleição proporcional (10% do quociente eleitoral)	Não será considerado eleito, mesmo que a princípio tivesse direito a tanto pela alocação de cadeiras pelas “sobras”.
Cláusula de Desempenho da CR/88, art. 17, §3º, I	Nacional	Porcentagem e distribuição federativa de votos válidos	(1) Perda do direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. E (2) Justa causa para desfiliação
Cláusula de Desempenho da CR/88, art. 17, §3º, II	Nacional	Número e distribuição federativa de Deputados eleitos	
Cláusula de desempenho infraconstitucional Fundo Partidário (Lei 9.096/2017)	Nacional	Proporção de votos obtidos última eleição geral para a Câmara dos Deputados.	Redução dos valores recebidos.
Cláusula de desempenho infraconstitucional FEFC (Introduzido pela Lei 13.487/2017)	Nacional	Número de Deputados Federais e de Senadores eleitos e Votação de Deputados	Redução dos valores disponibilizados ao partido.

QUADRO 1. Características de diferentes espécies de Restrições às Prerrogativas Partidárias com Base em Desempenho Eleitoral. Elaborado pelo autor.

3.4 Restrições Partidárias com base no Desempenho Eleitoral: um gênero em evolução?

De todo o exposto acima, parece ser necessária a utilização de termos mais precisos do que aqueles até agora utilizados.

As expressões “cláusula de barreira” e “cláusula de desempenho” já parecem por demais consagradas para que se possa extirpá-las do uso corrente; mas os operadores e acadêmicos do Direito Eleitoral bem fariam se precisassem sua utilização, compreendendo-as não a partir de seus nomes, mas sim a partir de sua estrutura, como discutido acima. Quanto aos acadêmicos, fica o convite para a exploração do gênero Restrições de Prerrogativas Partidárias com Base em Desempenho Eleitoral como abrangendo as espécies aqui estudadas, Cláusula de Barreira, Cláusula de Desempenho e Quociente Eleitoral.

Trata-se, obviamente, de lista não exaustiva. Servindo-nos da metáfora biológica, o gênero mencionado está sujeito aos caprichos da evolução social e jurídica, que pode criar novas espécies de restrições. Podemos imaginar uma determinada restrição que, em circunstâncias excepcionais, obrigasse a fusão de partidos que não atingissem determinado patamar de votação, sob pena de extinção. Incompatível com as previsões do art.17, §1º da Constituição de 1988⁸, tal mecanismo hipotético de restrição constituiria uma “cláusula de fusão”. Na verdade, como vimos acima, semelhante a tal era a natureza dos brutais mecanismos de Restrição às Prerrogativas Partidárias previstos na Constituições de 1967 e na EC 01/1969.

É exatamente essa natureza mutante que exige a compreensão científica da estrutura e do conteúdo do instituto jurídico Restrições Partidárias com Base em Desempenho Eleitoral. De posse de critérios científicos, o operador do direito pode intervir na realidade jurídica de maneira mais cirúrgica e mais eficaz; o legislador pode construir seus edifícios legislativos sob bases mais sólidas; e pode o acadêmico, por fim, explorar sua essência em busca de melhores soluções para os problemas advindos das relações políticas, jurídicas e sociais que subjazem às expressões normativas.

⁸ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...) § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

4. DA PEC 36/2016 À EC 97/2017

A análise do trâmite legislativo da Proposta de Emenda Constitucional nº 36/2016, de autoria do Senador Ricardo Ferraço⁹, desde o Avulso Inicial até sua aprovação como EC 97, mostra a transformação de uma Restrição Partidária por Desempenho Eleitoral que podia ser considerada cláusula de desempenho clássica naquilo que podemos chamar de cláusula de desempenho *sui generis*.

Quando de sua propositura, introduzia cláusula de desempenho *clássica* pois que determinava restrições às prerrogativas partidárias quando do não atingimento do patamar eleitoral estabelecido. Tais restrições consistiam na perda do direito, pelo partido que não atingisse os patamares previstos, à proposição de ações de controle de constitucionalidade; à estrutura própria e funcional nas casas legislativas; à participação da distribuição dos recursos do fundo partidário; e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

O texto final, porém, reduziu as consequências do não atingimento do patamar eleitoral à perda do direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, e curiosamente, prevê o fato como justa causa para desfiliação de parlamentar por ele eleito.

O acesso gratuito ao rádio e televisão, porém, já foi abolido pela Lei nº 13.487/2017, tornando inócua a previsão, salvo se estendida temerariamente à propaganda eleitoral durante campanha.

A legislação estabelecendo a forma como se dará a distribuição de recursos do fundo partidário, levando-se em conta os efeitos da cláusula de desempenho, ainda não foi criada, dando margem a arguições judiciais; ademais, dois dias após a promulgação da EC/97, a Lei nº 13.488/2017 foi sancionada pelo Presidente da República, criando o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), sem qualquer menção a exclusão de partido pelo não atingimento dos patamares da cláusula de desempenho introduzida na antevéspera em nosso ordenamento constitucional. Ora, ou já nasceu inconstitucional a lei em questão, ou o FEFC não se inclui nas restrições mencionadas. Parece-nos fazer mais sentido a segunda interpretação, pois que a ampliação de restrição a partido nos parece violar o princípio do *in dubio pro voto*.

Finalmente, causa espécie a introdução de justa causa para desfiliação partidária ao parlamentar eleito por partido que não atingir a cláusula de desempenho. Se a ideia das Restrições Partidárias por Desempenho Eleitoral é justamente fortalecer os partidos coerentes política e ideologicamente, e estimular a integridade partidária, não faz sentido premiar o oportunismo político de seus integrantes.

Por essas razões, não seria talvez exagero denominar o mecanismo de Restrição Partidária por Desempenho Eleitoral, recém introduzido em nosso ordenamento, de *cláusula de confusão*, cabendo ao Poder Judiciário sanar as previsíveis dúvidas vindouras causadas por tal mecanismo, para evitar que essa alcunha se justifique.

⁹ BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Ricardo Ferraço. Proposta de Emenda à Constituição nº 36, de 13.07.2016. “Altera os §§ 1º, 2º, e 3º do art. 17 da Constituição Federal e a ele acrescenta os §§ 5º, 6º, 7º e 8º, para autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho parlamentar”.

O Quadro 2 resume a evolução da restrição Partidária por Desempenho Eleitoral durante seu trâmite.

	Circunscrição de verificação do desempenho eleitoral	Critérios de desempenho exigidos	Consequências do não atingimento dos critérios de desempenho
Texto inicial da PEC 36	Nacional	Obter, a partir das eleições de 2018 (2022), um mínimo de 2% (3%) dos votos válidos, apurados nacionalmente e distribuídos por pelo menos quatorze unidades da Federação, com um mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas	Perda do direito do partido que não houver atingido os patamares previstos a: I. Proposição de ações de controle de constitucionalidade II. Estrutura própria e funcional nas casas legislativas III. Participação da distribuição dos recursos do fundo partidário IV. Acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei
Texto final Cláusula de Desempenho da CR/88, art. 17, §3º, I	Nacional	Obter, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas*.	(1) Perda do direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. (2) Justa causa para desfiliação
Texto final Cláusula de Desempenho da CR/88, art. 17, §3º, II	Nacional	Eleger pelo menos quinze Deputados Federais, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação*.	(1) Perda do direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. (2) Justa causa para desfiliação

QUADRO 2. Comparação das características do texto inicial da PEC 36 com o texto final aprovado como EC 97. Elaborado pelo autor. * Patamares exigíveis apenas a partir de 2030, com regras de transição previstas na EC 97 para as eleições de 2018, 2022 e 2026.

5. CONCLUSÃO

A partir da identificação dos elementos definidores do gênero Restrições às Prerrogativas Partidárias com Base no Desempenho Eleitoral aqui expostos, o estudo das espécies que o compõem pode seguir critérios mais claros, reprodutíveis e criticáveis cientificamente. Torna-se possível, por consequência, uma discussão mais proveitosa de sua natureza e de suas implicações jurídicas, bem como a construção de mecanismos para o aperfeiçoamento de nosso sistema eleitoral que sejam mais eficientes e democráticos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. **Funcionamento parlamentar na Câmara**. 06.10.2006. Disponível no URL <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/NAO-INFORMADO/93789-FUNCIONAMENTO-PARLAMENTAR-NA-CAMARA.html>

BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Ricardo Ferraço. **Proposta de Emenda à Constituição nº 36, de 13.07.2016**. “Altera os §§ 1º, 2º, e 3º do art. 17 da Constituição Federal e a ele acrescenta os §§ 5º, 6º, 7º e 8º, para autorizar distinções entre partidos políticos, para fins de funcionamento parlamentar, com base no seu desempenho parlamentar”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351-3/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 07.12.2006; pub. DJ 30.03.2007.

COUNCIL OF EUROPE. **Venice Commission. Study nº 485/2008**. Report on thresholds and other features of electoral systems which bar parties from access to parliament. Strasbourg, 15 March 2010.

NICOLAU, Jairo. **Representantes de quem? Os (des)caminhos de seu voto da urna à Câmara dos Deputados**. Rio de Janeiro, Zahar, 2017.

ZITTEL, Thomas. Electoral Systems in Context: Germany. In: HERRON, Erik S.; PEKKANEN, Robert J.; SHUGART, Matthew S. (Eds.). **The Oxford handbook of electoral systems**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 781-802.

ALISTAMENTO ELEITORAL

Enlisting Election

Daniel Guerra

Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo

Resumo

Foi elaborado um pequeno estudo sobre o primeiro contato do cidadão com a Justiça Eleitoral. Trata-se de um ato obrigatório, intransferível e necessário. Falamos do alistamento eleitoral.

É tão importante e obrigatório quanto a apresentação da declaração do imposto sobre a renda, porém, não tem o mesmo interesse de estudo que os outros pontos do sistema eleitoral.

Alistar-se significa tornar-se cidadão, poder votar e auxiliar a decidir quem serão os comandantes da nação.

Por este motivo, foi escolhido o alistamento eleitoral, ponto inicial da cidadania.

Palavras-chave: Alistamento – Legislação – Conscrito – Deficiente Físico – Mendigo

Abstract

A small study on the first contact of the citizen with the Electoral Justice was elaborated. It is an obligatory, non-transferable and necessary act. We are talking about the electoral enlistment.

It is as important and mandatory as filing the income tax return, however, it does not have the same study interest as the other points in the electoral system.

Enrolling means becoming a citizen, being able to vote and helping decide who will be the nation's commanders.

For this reason, the electoral enlistment, the starting point of citizenship, was chosen.

Keywords: Enlistment - Legislation - Conscript - Disabled - Beggar

ALISTAMENTO ELEITORAL

Sumário: **1.** Introdução. **2.** Alistamento – objeto deste estudo. **3.** Generalidades. **4.** Ato do alistamento. **5.** Casos Excepcionais. **5.1.** Português. **5.2.** Indígena. **5.3.** Morador de rua e Cigano. **5.4.** Portador de Necessidades Especiais. **5.4.1.** Condenado Civil e Preso Provisório. **5.5.** Conscrito. **5.6.** Transexual. **6.** Base de Perda e Suspensão de Direitos Políticos. **7.** Eleitores no exterior. **8.** Estatística do eleitorado. **8.1.** Eleitores no Estado de São Paulo. **9.** Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Será estudado o alistamento eleitoral que é um tema perene. O alistamento usa ser desconsiderado uma vez que não é palpitante e nem é tratado como assunto digno de alta indagação, porém, sem o alistamento nenhum candidato poderia se candidatar e nenhum eleitor poderia votar.

O alistamento é o embrião das candidaturas, da cidadania, dos partidos e da existência da Justiça Eleitoral. A democracia depende do alistamento eleitoral, seja o voto obrigatório como na Austrália, Bélgica e Brasil ou não obrigatório, como é o caso do Canadá, Estados Unidos e Japão.

Diferentemente das ações eleitorais ou dos recursos eleitorais, o alistamento refoge às constantes e, muita vez, desnecessárias mudanças legislativas. O alistamento eleitoral passa sem ser notado perante os julgamentos oriundos das mudanças de cadeiras no TSE.

As obras doutrinárias mais festejadas em Direito Eleitoral dos autores mais afamados dedicam poucas linhas sobre o tema. O alistamento se afigura como o nascimento da cidadania.

Os temas abundantemente estudados envolvendo fundo partidário, coligações, filiações partidárias, prestação de contas de partidos, prestação de contas de campanha, cláusulas de desempenho, distribuição de material de campanha, tempo de exposição na televisão e rádio, propaganda nas redes sociais, notícias falsas e as notícias divulgadas eletronicamente, inelegibilidade, diplomação, impugnação de resultado nas urnas e outros temas são constantemente revoltos, mexidos, remexidos e depois voltam como eram antes das reformas e por fim retornam para reassumirem as posições pós-mudanças legislativas aguardando novas mudanças.

É uma reviravolta sem fim, de forma que o vedado na eleição anterior passa a ser permitido na próxima e assim se alteram sucessivamente sem que se chegue a lugar algum de forma definida e definitiva.

Sempre existe alteração legislativa ou proposta de alteração legislativa envolvendo os temas mencionados anteriormente. Há muita disputa entre os candidatos, partidos e eleitores. Excluindo os eleitores, as disputas entre partidos, suas lideranças e candidatos são mais teatrais do que reais, mas o tema, qualquer que seja ele, é sempre belicoso e inconstante.

No teatro da política partidária nacional é comum assistir embates nas tribunas legislativas ou locuções hostis em debates partidários televisionados. Estes mesmos inimigos são encontrados, dias depois, conversando alegremente em um jantar num restaurante de destaque, como se fossem compadres ou amigos de infância.

As questões discutidas, rediscutidas, as denúncias unilaterais ou recíprocas entre lideranças partidárias e os embates com o Executivo são eternos temas de reportagens, de denúncias, de comissões investigativas, porém, todas elas somente aconteceram porque houve eleição, antecedida de candidatura e todas tiveram por embrião o longínquo alistamento eleitoral. Independentemente das oscilações legislativas, os órgãos superiores que operam os julgamentos alteram as decisões tornando os pontos já cimentados em bases inseguras ou obscuras.

Sem explicação civilizada, lógica ou jurídica, alguns julgamentos impedem candidaturas aparentemente saudáveis e, por outro lado, toleram impelindo-as para frente as outras candidaturas com aparência de irregulares. Aquilo que era proibido em determinada época passa a ser tolerado nas eleições seguintes. E assim vão os julgamentos, sempre oscilando, sempre mudando de voto e de opinião.

Quando há notícia da “reforma eleitoral” vem uma tempestade trazendo novos textos de lei alterando procedimentos de campanha, de prestação de contas, etc. Na prática, porém, as reformas passam a proibir cavaletes nas ruas, distribuição de camisetas e chaveiros e outros assuntos de nenhuma importância efetiva.

Todos, absolutamente todos os temas eleitorais são inconstantes, não possuem bases fixas e seguras. São alterados conforme a tendência de quem vota e do candidato envolvido. Essas oscilações não acontecem no alistamento.

2. Alistamento – objeto deste estudo

O alistamento é fixo, é sólido, objetivo e único. O alistamento eleitoral é imutável; tem atingimento sistêmico e igualitário. É aplicado a todos os eleitores, residentes no Brasil ou no exterior.

Um alistamento realizado em Goiânia faz espelho, isto é, adota o mesmo procedimento que um em Porto Alegre. Os mesmos documentos e exigências de um alistamento em Colombo, no Paraná são idênticos aos cobrados para o cidadão de Colatina, no Espírito Santo

Alistar alguém em Araçatuba, Guaxupé ou Sete Lagoas tem os mesmos fundamentos que alguém de Blumenau, Formosa ou Santana do Livramento. É um dos poucos atos da Justiça Eleitoral imodificável e uniforme. Sem o alistamento não haverá eleição, candidatura e partido político. Sem o alistamento não haverá voto.

Assuntos como a denominada “reforma política” tem mais forma do que conteúdo e no lugar da reforma há apenas alterações mínimas com pouca significação efetiva. Por estes motivos foi escolhido o tema do alistamento que é mais técnico do que parece cujo ponto o legislador pouco altera em sua substância uma vez que é de importância suprema para a Justiça Eleitoral e para o Direito Eleitoral.

Sobre o alistamento, a legislação lhe dá pouco valor e os julgados também. O primeiro contato do eleitor com a justiça eleitoral se dá pelo alistamento, sem o qual nenhum processo eleitoral existiria.

Alistar um eleitor que não poderia sê-lo ou deixar de fazer o alistamento quando o ofício obrigaria permitirá futuramente que este cidadão vote. Tomando por base o ano de 2018, em muitas cidades interioranas, um vereador consegue se eleger com 900 votos, para este universo, o voto de meia dúzia de eleitores faz muita diferença.

O tema é relevante e é a partir do alistamento que iniciam os direitos políticos.

O alistamento eleitoral, como também o passaporte, deveria entrar automaticamente na vida civil de qualquer nacional assim que é realizado o seu registro de nascimento.

O ato do alistamento deveria ser automático, de forma que qualquer nacional teria a inscrição eleitoral junto com o documento de registro (certidão de nascimento) e outros identificadores, como o “RG”, CPF, etc.

É assim nos EEUU onde o nascimento gera automaticamente o passaporte e demais documentos. Como lá o voto é facultativo – como deveria ser em qualquer democracia verdadeira, o cidadão comunica ao poder público se utilizará ou não o seu direito de votar.

Assim, por exemplo, o Oregon foi o primeiro Estado norte-americano a instituir o alistamento eleitoral automático, em 2015. Desde então, os indivíduos que preencherem os

requisitos para se alistar como eleitores no Estado, e quando requisitarem ou renovarem a carteira de motorista junto ao DMV (Departamento de Veículos Automotores), serão automaticamente inscritos no cadastro de eleitores.

Ato contínuo, eles recebem um cartão informando sobre o alistamento eleitoral, e têm prazo de 21 dias para, querendo, desfazer a inscrição eleitoral. Assim, o ônus da inscrição eleitoral passa do indivíduo para o Estado. Até o momento, apenas 6% dos recém-inscritos optaram por desfazer o alistamento, aproximadamente um a cada 15 novos inscritos. Fonte: <https://www.nossasaopaulo.org.br/tags/olivia-raposo-da-silva-telles> e também <https://www.blogger.com/profile/15015488315408117772> de Olivia Raposo da Silva Teles – consulta feita em 15-3-2018.

O cargo ocupado pelo Presidente da República depende do incipiente e remoto alistamento eleitoral

Sem o alistamento eleitoral não haveria motivo para criar partidos políticos, para lançar candidatos, para as campanhas eleitorais e para as prestações de contas de partidos e de candidatos.

É pelo alistamento que surgem proibições e permissões ao nacional. O alistamento obriga ao voto e este não é permitido ao estrangeiro, ao condenado criminal ou ao conscrito. Com a inscrição eleitoral um nacional se torna um cidadão.

Passam pelo alistamento todos os nacionais, todos os nacionalizados e por exceção o português, desde que tenha feito a opção de exercer os direitos civis e políticos no Brasil.

O alistamento e o posterior voto são deveres do morador de rua, do indígena, do português que integrar os requisitos do Estatuto da Igualdade e também do ex-conscrito.

O dever de votar, que alguns chamam “direito” de votar, atinge a todos os nacionais. Sem o voto, efetivado ou justificado, a dona de casa, o feirante, o taxista, o engenheiro, enfim, todos necessitam do voto para o exercício obrigatório da cidadania, para manter a conta corrente ativa, para conseguir matricular-se ou obter o diploma em escola de nível superior. O alistamento e o voto também são fundamentais para os candidatos a cargos eletivos, para os inscritos em bolsas nos cursos no exterior, para os que obtêm empréstimos bancários e para os servidores públicos que terão os seus vencimentos suspensos se não for comprovado o voto.

Pelo alistamento será possível cumprir o dever do voto para eleger um presidente da República, 27 governadores, 81 senadores, 513 deputados federais e um pouco mais de 1.050 deputados estaduais.

Será por meio destes eleitos (Presidente da República, Senadores, Deputados Estaduais e Federais, Governadores e Prefeitos) que sairão os nomes dos ministros e

conselheiros dos tribunais de contas, magistrados dos tribunais superiores, assessores parlamentares, secretários estaduais, presidentes e diretores das empresas estatais – como Detran, Caixa Econômica Federal, Correios, Metrô, BNDES, ANAC, Sabesp, Petrobrás. Serão nomeados também os reitores das universidades públicas, comandantes das Polícias Militares estaduais, etc.

O alistamento e o voto são o estopim de toda a malha administrativa, orgânica e operacional do Estado brasileiro. O eleitor, pelo voto, indica o seu representante e este eleito, por sua vez, faz as nomeações acima, porém, tudo somente será possível pelo prévio alistamento eleitoral.

O alistamento eleitoral é tratado pelo código eleitoral, artigos 5º, 6º e 9º. Igualmente consta na Resolução TSE 21538-2003, artigos 4º, 9º até o 17 e pela Resolução TSE 21920-2004, que trata do eleitor inválido. Lá atrás, como matriz do tema há a Constituição, artigo 12, §12 e também artigo 14, §1º.

A resolução TSE 23538 determina novo modelo de título eleitoral que possui a filiação do eleitor.

O alistamento, a transferência, a revisão são formas de movimentação eleitoral. Toda a movimentação eleitoral passa por um registro interno no banco de dados do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, que irradia a todos os 27 Tribunais Regionais Eleitorais do país que por sua vez os replica a cada cartório eleitoral.

Estes dados também constam e são intercambiados em relação aos eleitores no exterior. Esta base de dados é dupla: há o CNE – Cadastro Nacional de Eleitores que concentra todos os votantes em situação regular, aptos ao voto e há também a BPSDP – Base de Perda e Suspensão de Direitos Políticos, onde são registrados, por exemplo, os condenados criminais e os conscritos – isto é, os que não estão aptos ao voto.

Antes de alistar o eleitor, os servidores dos cartórios eleitorais necessitam fazer ambas as pesquisas, no CNE e na BPSDP, inserindo o nome completo do eleitor, o nome da mãe e a data do nascimento.

Se o documento apresentado pelo alistando for por ele mesmo contestado o servidor do cartório deverá reproduzir fielmente a grafia do que lhe foi exibido, pouco importando os protestos verbais do eleitor alegando que o seu nome é, por exemplo, Luís com “z” no lugar de “s”; Érica com “k” no lugar do “c” ou a dobra do “n” em Ana ou o “h” no Teodoro.

Dentro da hipótese do alistando persistir na correção a ser inserida em seu título eleitoral, o cartório nada poderá fazer. Nesta hipótese o alistando deverá ser orientado a retornar ao cartório com o documento oficial retificado porque não cabe à Justiça Eleitoral

corrigir dados nos cadastros de passaporte, documentos de identidade, certidão de nascimento, etc.

Caso também o alistando possua alteração de nome, como é a hipótese de alguém que foi agraciado por sentença civil favorável em uma ação de reconhecimento de paternidade ou alguém que casou ou divorciou e alterou sobrenome, então, nestes casos os servidores dos cartórios deverão fazer a consulta tanto pelo nome de solteiro quanto pelo de casado ou divorciado. Consulta-se tantas vezes quantas forem as alterações civis do nome do alistando.

O TSE opera com o sistema ELO: Eleitor *on line*. Toda a vez que um servidor digita os dados do alistando está alimentando o sistema eleitoral. No mesmo minuto o TSE acolhe estes dados, processa-os e indica se o alistando é condenado criminal, se está pendente de multa, se já possui inscrição eleitoral impedindo-o do alistamento e assim vai. Caso não conste em seus bancos de dados nenhum desabono ou impedimento, a digitação feita no balcão das zonas eleitorais é acolhida pelo sistema oportunidade em que o alistando sairá do cartório eleitoral com o título em mãos.

Se feita qualquer movimentação eleitoral ocorrer a morte do eleitor, condenação criminal, perda da nacionalidade, multa eleitoral por ausência às eleições ou abandono dos trabalhos de mesário dentre outros eventos, etc; todos estes fatos são registrados por um comando no sistema denominado ASE – Atualização da Situação do Eleitor.

A resolução 21538, por exemplo, e algumas portarias do TSE, mais antigas, chamavam este comando de FASE – Formulário de Atualização da Situação do Eleitor. Com a informatização não se utiliza mais formulário de papel, mas sim lançamento direto no sistema eleitoral. Por esta razão o “FASE” agora é chamado “ASE”.

Para cada ocorrência há um código numérico composto por três algarismos, podendo ter quatro nos quais são lançados os complementos. Estes numerais são indicados pelo TSE. Os ASE registram todos os eventos da vida do eleitor, como por exemplo, óbito (ASE 019), a inabilitação para o exercício da função pública (ASE 515), quitação de multa eleitoral por ausência às urnas (ASE 078) ou a inelegibilidade (ASE 540). São lançados pelo cartório eleitoral onde o eleitor se encontra cadastrado, cujo registro é centralizado no banco de dados do TSE.

3. GENERALIDADE

O código eleitoral (lei 4737) trata do alistamento nos artigos 42 ao 51 em uma redação extensa, detalhada e desatualizada, em parte. Um dos exemplos da desatualização se encontra na necessidade de que o alistando apresente “três retratos”.

No artigo 6º e também no 9º, o mesmo código menciona a obrigatoriedade de alistamento para todos os brasileiros e, por exceção, menciona que os inválidos estão desobrigados a se inscrever como eleitor – fato anacrônico face a resolução TSE 21920, no qual o alistamento e o voto são obrigatórios para todos os nacionais.

A resolução do TSE 21538, trata detalhadamente da operação do alistamento no cadastro eleitoral. Esmiuça procedimentos, como: quem pode se alistar, quais os documentos devem ser apresentados, preenchimento e processamento de formulários (RAE – requerimento de alistamento eleitoral pelo sistema ELO – eleitor ‘on line’), de que forma se expede o título eleitoral e protocolo, PETE – protocolo de entrega de título eleitoral e atuação fiscalizatória dos partidos nos cartórios eleitorais.

Cada eleitor possui um cadastro com dados permanentemente registrados como: se é mesário, se não votou na última eleição, se sofreu condenação criminal, se transferiu o título para o exterior, se pagou multa e tudo mais.

O registro de cada dado sobre a vida eleitoral é executado pelo lançamento do ASE.

Esta mesma resolução 21538 trata do prazo de fechamento do cadastro, que segundo o código eleitoral é de 100 dias antes da eleição. A partir da resolução 21538 (artigo 15) e da lei 9504 (artigo 91) o prazo passou a ser de 151 dias anteriores ao dia da eleição. Este prazo de cinco meses é o necessário para alimentar o sistema e as urnas eleitorais com os dados de eleitores, locais de votação, candidatos, coligações e outros informes.

São estes os termos da lei 9504 e também da resolução 21538, transcrito a seguir:

Art. 15. O brasileiro nato que não se alistar até os 19 anos ou o naturalizado que não se alistar até um ano depois de adquirida a nacionalidade brasileira incorrerá em multa imposta pelo juiz eleitoral e cobrada no ato da inscrição.

Parágrafo único. Não se aplicará a pena ao não alistado que requerer sua inscrição eleitoral até o centésimo quinquagésimo primeiro dia anterior à eleição subsequente à data em que completar 19 anos (Código Eleitoral, art. 8º c.c. a Lei nº 9.504/1997, art. 91).

Na condição de obrigatório, o alistamento deverá acontecer entre os 18 e 19 anos de idade de qualquer nacional.

Se em um ano par – que é ano eleitoral, um alistando completar 19 anos entre 30 de maio e o dia 30 de setembro, por exemplo, não conseguirá alistar-se às vésperas do seu aniversário porque o cadastro eleitoral se encontra fechado desde a primeira semana de maio, reabrindo apenas em meados de novembro.

Este interessado poderá se dirigir de novembro do ano em que completou 19 anos até o mês de maio do próximo ano eleitoral, quando tiver completado 20 anos e antes de

completar os 21 anos. O alistando não pagará a multa eleitoral porque não se encontrará na condição de alistamento tardio.

Um exemplo de alistamento se dá na hipótese de o estrangeiro alistar-se como eleitor após um ano de sua naturalização (artigo 15 da resolução 21538).

4. ATO DO ALISTAMENTO

Para se alistar há a necessidade de ser nacional ou nacionalizado. Na condição de obrigatório, a idade mínima para o alistamento é 18 anos e a máxima é 19 dentro da situação de normalidade sem ser considerado alistamento tardio.

Menores entre 16 e 18 anos podem obter o seu título eleitoral, são os chamados eleitores facultativos. Acontece, porém, que os menores com 15 anos de idade podem estar alistados desde que completem 16 anos até o dia da eleição (Resolução 21538, artigo 14).

O alistamento é ato único e personalíssimo. Não é possível obter o título eleitoral por procuração. Também não é possível alistar-se remotamente, pela internet ou pelos Correios. O que existe pela internet é o agendamento para se dirigir ao cartório eleitoral.

A resolução 21538, artigo 24 diz que o título será emitido no momento do atendimento. O parágrafo primeiro arremata que será entregue, no cartório ou no posto de alistamento, pessoalmente ao eleitor, vedada a interferência de pessoas estranhas à Justiça Eleitoral.

O alistamento faz o nacional adquirir o *status* de eleitor. Eleitor é o que escolhe, é o que elege. Uma vez que o alistamento é obrigatório e o voto também, afigura-se como um eufemismo chamar o “direito de votar” ou pela pomposa e vazia expressão “poder-dever”. O voto não é um direito e nem uma conquista. Assim como temos o dever de apresentar anualmente a declaração do imposto sobre a renda, o voto é uma imposição legal. Trata-se de um dever.

Para o alistamento há a necessidade de apresentar qualquer documento oficial, excetuando a carteira nacional de habilitação, isto porque o atual modelo da CNH não indica a nacionalidade e o modelo antigo de passaporte porque não indicava a filiação.

O documento exibido para o alistamento deverá indicar a filiação e a nacionalidade. Poderão ser utilizados, também, como documentos hábeis a certidão de nascimento ou de casamento, o certificado de dispensa de incorporação, o registro geral e documentos federais vinculados a categorias profissionais, como da Ordem dos Músicos do Brasil, Conselho Federal de Enfermagem, etc.

Não há a necessidade de fotografia nem de comprovação domiciliar. Para o alistamento eleitoral nenhuma das duas exigências será necessária. O domicílio eleitoral é ato declaratório e não comprobatório para o sistema eleitoral. Na vida real, porém, há algumas portarias espalhadas em algumas cidades neste ou naquele cartório eleitoral determinando que o alistando exiba prova de domicílio. São portarias ilegais. Não tem sustentação na lei. Por lei aqui se entende o código eleitoral e a resolução 21538 do TSE.

O código eleitoral (art 42) e a resolução 21538 (art 9º) não mencionam uma palavra dizendo que para se alistar o interessado deverá apresentar prova de domicílio.

Isto é tão verdadeiro que morador de rua, índio, invasor de terra e mendigo podem se alistar como eleitores sem que nada apresentem a título de prova domiciliar – isto porque a prova domiciliar é um dado declaratório e não comprobatório.

A prova domiciliar é obrigatória nas hipóteses de revisão do eleitorado, como acontece na dúvida fundada de transferências ou alistamentos (resolução 21538, artigos 58 e 65)

Os brasileiros residentes no exterior deverão se inscrever como eleitores nas embaixadas e consulados e, após o processamento do título perante o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, receberão o referido documento por meio da mesma embaixada ou consulado em que inicialmente se apresentaram.

O Código Eleitoral, artigo 225 e seguintes, prevê como condição para a criação de mesas de votação no exterior o número mínimo de 30 eleitores. Os locais de votação são indicados pelos órgãos consulares. Os brasileiros residentes no exterior estarão obrigados ao voto apenas para o cargo de presidente da república. As seções eleitorais para o primeiro e o segundo turnos de votação funcionarão nas sedes das Embaixadas, em Repartições Consulares ou em locais em que existam serviços do governo brasileiro. Excepcionalmente, o Tribunal Superior Eleitoral poderá autorizar a abertura de seção eleitoral fora desses locais.

“O alistamento é a primeira fase do processo eleitoral...” (Marcos Ramayana, Direito Eleitoral, Impetus, Niterói-RJ, pag187). Por ser um procedimento administrativo requer a iniciativa do indivíduo que deverá se dirigir a um cartório eleitoral, informar os dados para preenchimento do RAE – requerimento de alistamento eleitoral, que contem campos declaratórios (como residência e escolaridade) e campos comprobatórios por documentos (como nome e filiação).

O preenchimento do R.A.E. é eletrônico junto com o qual se faz a coleta biométrica e fotográfica (Resolução TSE 23335). Veja abaixo parte da respectiva resolução do TSE:

Esta fase inicial, que é o alistamento eleitoral, poderá ser acompanhada por fiscais de partidos políticos, sendo-lhes permitido interferir com recursos em favor ou contra o eleitor. Veja a Resolução TSE 21538, artigo 17.

5. CASOS EXCEPCIONAIS.

5.1. Português

Sobre o alistamento do estrangeiro nascido em Portugal, diz a Constituição que ao português, se fizer a opção para exercer os direitos civis e políticos no Brasil, poderá ter todos os direitos que um nacional, exceto ocupar cargos públicos privativos de brasileiro.

Assim, aos portugueses que obtiverem a igualdade dos direitos civis e políticos (nos termos do Decreto nº 70.436/1972, que regulamentou o Estatuto da Igualdade e do Decreto 70391/1972), poderão se alistar como eleitores, sendo deles exigida a apresentação da cédula de identidade idêntica à do brasileiro além da publicação da portaria de outorga de igualdade de direitos e obrigações civis com o gozo dos direitos políticos. Ao português nestas condições fica dispensada a apresentação de documento de quitação com o serviço militar obrigatório ou prestação alternativa.

Apenas como registro histórico: tivemos no Brasil a hipótese do então deputado federal José Lourenço Morais da Silva, português de nascimento, formado em Economia e que ao se mudar para o Brasil se estabeleceu em Salvador – BA quando estava com 15 anos de idade. Anos depois casou-se com a filha do ministro da educação na gestão do presidente João Goulart. Fonte: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/jose-lourenco-morais-da-silva> - Pesquisa realizada em 2-7-2018.

Foi eleito em 1983 pelo PFL – Partido da Frente Liberal da Bahia. Depois migrou para o PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro do mesmo Estado, hoje é chamado MDB – Movimento Democrático Brasileiro. Convém registrar que o deputado adquiriu a nacionalidade brasileira.

Ainda sobre o estatuto da igualdade, se o brasileiro transferir residência para Portugal e lá fizer a opção de exercer os direitos civis e políticos, passará a votar no Velho Continente, encontrado-se impedido de votar no Brasil – resolução 21538, artigo 51, §4º.

Os portugueses que obtiverem a igualdade de direitos e obrigações civis e a gozo de direitos políticos, nos termos do decreto 70436-1972, que regulamentou o estatuto da igualdade (decreto 70391-1972) poderão alistar-se como eleitores, sendo-lhes exigida a apresentação da cédula de identidade idêntica à do brasileiro.

Se comparecer em um cartório eleitoral cidadão português interessado em adquirir a igualdade de direitos e obrigações civis, deverá ser orientado a verificar os procedimentos a serem adotados junto ao Consulado de Portugal. Caso o português não faça os procedimentos terá o mesmo tratamento que um estrangeiro no Brasil.

5.2. Indígena

O simples fato de ser indígena não torna o silvícola uma pessoa de classe superior ou especial. Indígena, aliás, não tem privilégio processual nem isenção criminal ante súmula 140 do STJ. Esta súmula atribui o processo perante a Justiça Estadual comum caso o indígena se afigure como autor ou vítima de crime.

A Constituição, no artigo 109, menciona que é competência da justiça federal tratar de questões indígenas. Cabe observar que a referência é difusa, é globalizante, como exemplo: uma empresa extrativista vegetal ou mineral rasga de um ponto a outro uma reserva para escoar a sua produção.

O indígena é imputável penal e não possui privilégio ou exclusão de qualquer de suas condutas. O código penal, no artigo 26 não o contempla como irresponsável penal, muito menos o faz a Constituição.

Pela legislação penal são inimputáveis os alienados mentais, os menores de 18 anos e os ébrios, desde que completa originária de caso fortuito ou força maior.

Em nenhum deles há privilégio, isenção, destaque, discriminação ou benefício desobrigando-o ao serviço militar. No campo eleitoral não é diferente.

Pela Sessão de 10-2-2015 do TSE, PA 1919-30.2014.6.00.000-São Paulo, relator João Otávio Noronha, o indígena deve votar como qualquer cidadão brasileiro, porque a Constituição não lhe deu o privilégio de escolha.

A ementa diz: *“Os indígenas tem assegurado o direito de se alistar como eleitores e de votar, independentemente de categorização prevista em legislação especial infraconstitucional, a partir dos dezesseis anos, desde que atendidos os preceitos legais regulamentadores da matéria, conforme orientação firmada por esta Corte Superior.*

Todo cidadão do sexo masculino, maior de dezoito anos, que comparece a unidade eleitoral – cartório, posto ou central de atendimento – com a finalidade de se alistar eleitor, deve apresentar, entre outros documentos, comprovante de quitação das obrigações militares, nos exatos termos do art. 44, II do código eleitoral.”

O índio está obrigado ao voto, como qualquer outra pessoa nascida no Brasil, basta examinar a Constituição, artigo 14, § 1º e 2º. Há, também, o Ofício-Circular da Corregedoria

Geral Eleitoral 4-2015 informando que os indígenas estão obrigados ao alistamento eleitoral e ao voto.

5.3. Morador de rua e Cigano

Estima-se que no Estado de São Paulo tenham trinta mil moradores de rua, dos quais mais de um terço tem familiares que os acolheriam para o retorno.

Alguns destes moradores tem escola formal completada, isto é, terminaram o ensino médio ou mesmo chegaram à metade do curso de graduação. Outros eram bem empregados ou de famílias bem estruturadas. O fato é que este exército de indigentes que habita as ruas deve votar. A qualquer momento em que o cadastro eleitoral se encontre aberto poderão se alistar como eleitores ou pedir a sua transferência, revisão ou segunda via.

5.4. Portador de Necessidades Especiais

Também não se aplicará a multa ao alistando com necessidades especiais que tornem impossível ou demasiadamente oneroso o cumprimento de suas obrigações eleitorais, desde que comprove, a qualquer tempo, a condição referida.

Existe a resolução TSE nº 23381/2012 impondo acessibilidade física aos eleitores com dificuldade de locomoção. Cartórios eleitorais e escolas (locais de votação) devem ter as barreiras físicas de acesso extintas ou minimizadas.

Não é raro encontrar moradores em habitações multifamiliares, localizadas nos fundos de um terreno com acesso à rua por uma escadaria precária, feita de pedra ou madeira. Estes moradores podem experimentar obesidade mórbida, esclerose múltipla, idade avançada, saúde debilitada por diabetes, infarto situações que normalmente estão associadas por baixo poder aquisitivo, desemprego, pobreza extrema, etc.

Para estas pessoas é muito importante conseguir o vínculo previdenciário para obter precocemente a aposentadoria por invalidez ou um pecúlio assemelhado.

Ocorre que o órgão previdenciário, INSS, somente processa qualquer pedido se o interessado estiver quitado com as obrigações eleitorais.

Exatamente estas pessoas não conseguem, ao menos, ter forças para sair de casa, vencer o difícil acesso à rua, aguardar um transporte coletivo e, com muita dificuldade conseguiriam desembarcar em um cartório eleitoral.

Sensível a esta demanda, o TSE editou uma resolução socializante humanizando as relações com a Justiça Eleitoral, de forma que ao inválido será possível obter a quitação eleitoral sem estar obrigado a outros misteres obtendo quitação permanente. Assim sendo, foi

editada a resolução 21920, em 2004, possibilitando que a pessoa com deficiência poderá receber do juiz eleitoral uma certidão de quitação com prazo de validade indeterminado.

5.4.1. Condenado Civil e o Preso Provisório

O condenado a prisão civil por dívida alimentícia não registra antecedentes criminais razão pela qual poderá votar. Trata-se de alguém que não cometeu crime, mas apenas deixou de honrar compromissos monetários, isto é: não pagou a pensão alimentícia que devia, tendo recursos para fazê-lo.

Por outro lado, o preso provisório atentou contra a sociedade ou algum de seus membros. O denominado preso provisório, que alguns chamam de prisão processual ou cautelar pode ter três divisões: prisão em flagrante (código de processo penal, artigo 302 e seguintes); prisão temporária (lei 7960) e prisão preventiva (código de processo penal, artigo 311 e seguintes). A legislação penal e processual penal indica os pressupostos e os requisitos das prisões, bem como os prazos de sua efetivação.

Um comentário miúdo e tímido à parte: a Constituição prevê duas formas de prisão legítimas e sem mandado nos artigos 136 e 142, referindo-se à prisão durante o estado de defesa, por até dez dias e prisão disciplinar militar. Ambas não têm requisitos que interessam ao presente e refogem ao nosso estudo.

Quanto ao preso provisório há a Resolução TSE 23461, que trata do tema, no qual o cartório eleitoral daquela zona geográfica se responsabilizará pela sua operacionalização.

Os presos provisórios bem como os internos da Fundação Casa se cadastrarão como eleitores e exercerão o dever de voto no próprio presídio, local em que se instalarão urnas eletrônicas.

Como a Constituição menciona que o condenado criminal tem os direitos políticos suspensos, os juristas autoproclamados democratas e vanguardistas gritaram pelo direito de voto aos presos provisórios. Este coro foi cantado de forma irmanada por advogados, parlamentares, órgão de classe profissional, grande imprensa, igreja, ONG, setores do ministério público e do próprio judiciário.

Foi muito curioso, porém, que estes vanguardistas se calaram, nada mencionando, sobre a instalação de urnas eletrônicas nos aeroportos, hospitais, terminais rodoviários, quartéis de bombeiros, delegacias de polícia e asilos. A democracia que propagam é míope, manca e tendenciosa. Trata-se de uma democracia aparente e superficial a que é pregada escancaradamente. Ao lutarem para a instalação de urna eletrônica nos presídios defenderam

apenas os que fizeram mal à sociedade. Não se preocuparam com os médicos, comissários de voo, viajantes, grávidas, policiais, bombeiros militares e idosos.

Para estes vanguardistas a democracia é via de uma única mão.

Estes democratas em um ato de demagogia baixa não se preocuparam com quem salva vidas, com quem cria empregos ou geram PIB para o país.

5.5. Conscrito – Situação Especial

A lei do serviço militar proíbe que o conscrito (pessoa do sexo masculino no período de prestação obrigatória do serviço militar) se aliste como eleitor ou vote. Existe, no entanto, uma classe de conscritos que está em idade superior àquela usualmente indicada que cursa graduação em Farmácia, Medicina, Odontologia ou Veterinária.

Dentro da hipótese de serem convocados para o serviço militar obrigatório estariam suspensos de seus direitos políticos ou, se ainda não se habilitaram como eleitores, não poderão fazê-lo. Conscrito em situação especial pela graduação em andamento de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária

A Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, a chamada Lei do Serviço Militar – LSM, disciplina o serviço militar obrigatório a que se refere o art. 143 da Constituição Federal, tendo sido por ela recepcionada.

Ao tratar da incorporação a lei 4375 – que, de acordo com seu art. 20, é o ato de inclusão do convocado em uma Organização Militar (OM) da ativa – prevê, no art. 29, os casos em que ela pode ser adiada. Dentre esses casos de adiamento da incorporação, a alínea “e” do art. 29 trata especificamente dos candidatos à matrícula em instituição de ensino superior para formação em medicina, farmácia, odontologia e veterinária.

A Lei nº 4.375/1964, prevê ainda no § 4º do referido art. 29, que as pessoas que tiverem a incorporação adiada por se candidatarem a curso superior de formação em medicina, farmácia, odontologia e veterinária, terão a sua situação regulada em lei especial

5.6. Transexual

Seguindo uma onda globalizada dita de vanguarda sobre o que se convencionou chamar de “gênero”, o TSE publicou a resolução 23562 em março de 2018, na qual inseriu no cadastro eleitoral o nome social. Depois veio a Portaria Conjunta TSE nº 1-2018 que regulamenta a inclusão do nome social no cadastro eleitoral

Por esta espécie normativa o eleitor ou a eleitora que se sentir à vontade para adotar outro nome que não o civil, poderá solicitar que conste no formulário do sistema e no título eleitoral a denominação pela qual é conhecido ou conhecida. A isto se chama “nome social”.

Experimentamos um modismo modernista demagógico e desnecessário. As autoridades brasileiras deveriam ter outras necessidades e preocupações que não agradar demagogicamente as chamadas minorias.

O estado brasileiro deveria se preocupar, por exemplo com as muitas crianças sem merenda nas escolas, os muitos doentes nos hospitais sem macas ou medicamentos. Há muitas guarnições dos Bombeiros sem os equipamentos mínimos de operação, existe um grande número de estradas de rodagem em estado precário, há muitas ruas urbanas sem iluminação, há áreas rurais abandonadas, é crescente o número de empresas transnacionais que estão definitivamente encerrando as suas atividades no país, etc.

6. BASE DE PERDA E SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS

Pode acontecer de um nacional não possuir inscrição eleitoral (está sem o título) e deter registro na Base de perda e suspensão de direitos políticos. Significa dizer, por exemplo, que um nacional em sua menoridade praticou vários atos infracionais violentos e graves, afrontando as normas do Código Penal o que o levou a sofrer o procedimento do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Este menor sofre medida socioeducativa, fica interno (preso, detido) por três anos e atinge a maioridade. Quando maior de idade prossegue praticando vários crimes. É detido em flagrante delito, responde ao processo criminal encarcerado, em prisão preventiva, é condenado a vários anos. Cumpre integralmente as condenações criminais e paga as multas.

O exemplo mencionado foi um dos muitos casos reais, onde o nacional passou o fim da adolescência e o início da vida adulta encarcerado. Significa dizer que aos 30 ou 45 anos de idade cumpre as penas, obtém a certidão de extinção da punibilidade perante a justiça criminal. Em liberdade, consegue o CDI – Certificado de Dispensa de Incorporação do Exército Brasileiro (quitação militar) e em seguida se apresenta junto ao cartório eleitoral mais próximo a sua atual residência para o alistamento eleitoral.

Muito embora se apresente adulto, para a Justiça Eleitoral este alistando já tinha o seu nome registrado na “Base de Perda e Suspensão de Direitos Políticos” porque era um condenado criminal antes mesmo de ser eleitor.

7. ELEITORES NO EXTERIOR

A lei eleitoral é uma lei federal e é também uma lei nacional.

Por lei federal se entende aquela originária do Congresso, pode ter aplicação regionalizada, como a que beneficia os plantadores de coco no nordeste.

Na outra mão há a lei nacional. Esta pode ser federal, estadual ou municipal e atinge o brasileiro onde quer que ele se encontre, como aconteceria na hipótese de um servidor estadual se encontrar no exterior fazendo um curso em nome da unidade estadual em que trabalha. Se o período do curso coincidir com o recadastramento interno este servidor deverá fazer o recadastramento, mesmo estudando no exterior.

Este mesmo exemplo pode ser transportado para o mundo eleitoral, de maneira que o eleitor no exterior, morando fora do Brasil ou simplesmente estudando no exterior, este eleitor brasileiro, está compelido ao voto. Desta forma, o código eleitoral tem dupla conotação: é uma lei federal e uma lei nacional. Os eleitores brasileiros no exterior estão assim distribuídos: EEUU 160mil, Japão 61mil, Portugal 40mil, Reino Unido 26mil, Itália e Alemanha 26mil, Canadá 23mil, Espanha 21mil, Suíça 20mil e França 12mil. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>.

8. ESTATÍSTICA DO ELEITORADO

O Brasil possui 147,3 milhões de eleitores. Estão distribuídos pelos 5.570 municípios do Brasil. Há também 171 localidades em 110 países. Destes eleitores, 47,5% são homens e 52,5% são mulheres e, por fim, menos de 1% são menores entre 16 e 17 anos.

As informações do eleitorado dizem respeito aos cidadãos brasileiros aptos a votar no pleito deste ano. Outros 1.409.774 eleitores não poderão votar nem se candidatar em 2018, por estarem com os direitos políticos suspensos.

Esta suspensão decorre principalmente de condenação criminal ainda em cumprimento de pena e também da conscrição.

8.1. Eleitores no Estado de São Paulo

As cidades de Borá, Nova Castilho, Pracinha, Guarani D'Oeste, Uru e Balbinos possuem individualmente um pouco mais de 1.100 eleitores. Em contraponto há São Paulo (9milhões), Campinas (849mil), Guarulhos (814mil), São Bernardo (620mil), Santo André (570mil) e Osasco (569mil).

9 CONCLUSÃO

Por fim, resta indicar a importância do tema abordado que significa a incubadora da democracia de qualquer país, com voto obrigatório ou facultativo.

Mesmo para os países que adotaram o voto facultativo – encarnação da verdadeira democracia, mesmo estes, o voto somente se consolida pelo alistamento. Este ato administrativo, simples, rápido, objetivo é de fundamental importância para qualquer exercício profissional, social e de lazer, porque sem o alistamento não se obtém emprego, não há como tomar posse em concurso público, não pode ser retirado o passaporte, etc.

A figura do alistamento eleitoral tem uma vantagem sobre os outros procedimentos eleitorais porque é imutável. Apenas sofre atualizações pelos incrementos cibernéticos, nada mais. Como é universal, o alistamento atinge a todos, poderosos ou humildes, os ribeirinhos, caiçaras e os urbanos. Ninguém escapa ao ato, ou melhor, a este primeiro contato com a Justiça Eleitoral.

O ponto do alistamento eleitoral é o nascimento da cidadania. Representa a transferência de poder ao eleitor sendo-lhe permitido periodicamente a escolha, ainda que malfeita, dos dirigentes nacionais, regionais e municipais junto com a equipe mais importante de apoio ou de repúdio ao Executivo, que é a escolha dos parlamentares. Tudo somente acontece pelo voto e o voto decorre do incipiente alistamento.

Referências de Pesquisa e de Bibliografia

CERQUEIRA, Thales Tácito e CERQUEIRA, Camila Albuquerque. Direito Eleitoral Esquematizado, Saraiva, São Paulo, 4ª edição.

RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. Impetus, Niterói – RJ, 11ª edição.

Legislação – “planalto.gov.br” – leis ordinárias: 9504-97 (lei das eleições) e 9096-95 (lei dos partidos políticos)

TSE - Resolução 21538-03

Site oficial do TSE: <http://www.tse.jus.br/>

**REFORMA POLÍTICA: REFLEXOS SOBRE A COMPOSIÇÃO DO PARLAMENTO
DE ACORDO COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 97/2017**

**POLITICAL REFORM: REFLECTIONS ON THE COMPOSITION OF
PARLIAMENT IN ACCORDANCE WITH CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº
97/2017**

Fabiana Félix Ferreira

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Università Degli Studi di Perugia (UNIPG). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

Resumo

O objetivo do artigo é analisar a Emenda Constitucional 97/2017, que alterou a Constituição Federal no que diz respeito ao Parlamento para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecendo normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão.

Palavras-chave: direito eleitoral; poder legislativo; parlamentarismo; reforma política; cláusula de desempenho.

Abstract

The purpose of the article is to analyze the Constitutional Amendment 97/2017, which amended the Federal Constitution, regarding to Parliament, to prohibit party coalitions in proportional elections, establishing rules on political party access to party fund resources and time of free advertising on radio and television.

Keywords: electoral law; legislative power; parliamentarism; political reform; performance clause.

REFORMA POLÍTICA: REFLEXOS SOBRE A COMPOSIÇÃO DO PARLAMENTO DE ACORDO COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 97/2017

Sumário: Introdução; Reforma Política e Democracia Representativa;
Emenda Constitucional 97; Conclusões

Introdução

O Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 97/2017 que estabelece novas normas de acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito na rádio e televisão. Tal emenda criou uma “cláusula de barreira” ou “cláusula de desempenho”, que diminuirá ao longo do tempo a participação no fundo partidário dos partidos com menor performance eleitoral, diminuindo também o acesso ao tempo de propaganda política. O objetivo dessa medida é diminuir a relevância das chamadas legendas de aluguel e incentivar a reunião de pequenos partidos representantes da mesma identidade ideológica.

Reforma Política e Democracia Representativa

A reforma política é uma soma de propostas de leis e regulamentações para alterar certos aspectos do sistema político e envolve muitos debates e polêmicas, uma vez que sua proposta compreende a modificação de inúmeros pontos na política brasileira. É uma série de medidas e alterações para transformar o sistema eleitoral e político a fim de corrigir falhas, desigualdades ou distorções promovidas ao longo do tempo. Abrange inúmeros temas, podendo ampliar ou reduzir a democracia e a participação da população no processo de eleição. Tem como objetivo combater problemas existentes no meio político partidário eleitoral, como a corrupção e reduzir gastos públicos.

A reforma política do Estado necessita de uma maior democratização dos quadros partidários, possibilitando o acesso e disputa igualitários a todos aqueles que pretendem disputar cargos eletivos. Para Dalmo Dallari, o interesse popular só virá com a melhoria do sistema de escolha dos representantes. E para que isso ocorra, é indispensável um debate

amplo e sem condicionamento prévios para que da própria realidade brotem soluções, de nada adiantando a fixação teórica e artificial de preceitos e diretrizes, muito bons em tese, mas totalmente desligados da realidade (1996, p. 132).

No que diz respeito às reformas necessárias, elucida Richard Pae Kim:

“A despeito de a representação política somente ser viável, atualmente, por meio de um mecanismo instituído, que são os partidos políticos, não há dúvida de que o aprimoramento democrático de um Estado e sua sociedade só será possível respeitando-se adequadamente as preferências e as opiniões das sociedade quando há partidos políticos fortes que tenham em seus programas diferenças fundamentais entre uns e outros, a fim de que o eleitor possa se identificar com as proposições e seus candidatos eleitos passam levar a cabo as políticas públicas propostas, sejam elas legislativas ou administrativas. Não há dúvida de que as agremiações partidárias em nosso país não têm atuado como entes catalizadores dos ideais dos cidadãos, sejam porque os contornos ideológicos dos partidos não se mostram nítidos, seja porque os partidos têm atuado muito mais no interesse de suas lideranças internas do que de seus partidários”. (2017, p. 325-326).

Estamos vivendo uma crise de representatividade das instituições democráticas, em outras palavras, de um questionamento da qualidade do funcionamento da democracia representativa aqui e agora. (MUÑOZ, 2015, p. 414).

O desenvolvimento dos partidos políticos¹, que paulatinamente passam a ocupar a posição de protagonistas, cria o fenômeno do duplo mandato, já que o representante presta contas a seu partido, tanto ou mais que a seu eleitorado. O conceito de representação política torna-se cada vez mais complexo, na medida em que a prática não se adequa aos modelos ideais correntes. (MIGUEL, 2013, p. 130).

Emenda Constitucional 97

O Congresso Nacional promulgou recentemente Emenda Constitucional que veda as coligações partidárias² nas eleições e estabelece normas sobre acesso dos partidos políticos aos

¹ Pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal (art. 1º da Lei nº 9.096/1995).

² Conformações políticas decorrentes de alianças formalizadas entre dois ou mais partidos para concorrerem às eleições de forma unitária.

recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito na rádio e na televisão. Dessa forma, a Emenda Constitucional 97/2017 é decorrente da Proposta de Emenda à Constituição 33/2017, aprovada no Senado.

O fundo partidário é uma das principais fontes de renda das legendas brasileiras, que recebem os recursos mensalmente para a manutenção da máquina partidária, e tem como função primordial garantir o financiamento dos partidos, de modo que seus recursos possam ser utilizados também para o financiamento de campanhas políticas, segundo o TSE. Basicamente, é o fundo de valores repassados aos partidos políticos que está disciplinado na Lei 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), nas Resoluções 21.975 e 23.464 do TSE e na Portaria 288 do TSE.

Antes da publicação da Emenda Constitucional 97/2017, os partidos podiam celebrar coligações no Sistema Majoritário e no Sistema Proporcional. Entende-se por coligação como *“o consórcio de partidos políticos formado com o propósito de atuação conjunta e cooperativa na disputa eleitoral. Esse ente possui denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo com ela que se apresentará e agirá no meio político-eleitoral”*. (GOMES, 2016, p. 112).

O termo também é conceituado como:

“uma união formal de partidos políticos, de caráter transitório, para o fim de participarem juntos em uma eleição. Pressupõe uma convergência de vontades de seus integrantes para um determinado objetivo comum. A coligação é formada a partir da manifestação da vontade exarada pelos correligionários na convenção partidária; portanto, é um ente coletivo que se origina pela expressão da vontade dos partidos envolvidos, sendo que o posterior encaminhamento de registro para a Justiça Eleitoral não tem o efeito de constituir a coligação”. (ZILIO, 2016, p. 111).

O ponto polêmico quanto às coligações partidárias é que podem beneficiar pequenos partidos que, em tese, só existem para pleitear cargos em campanhas e gestões de partidos maiores, além de desigualarem o tempo de TV, vez que o tempo de campanha é distribuído para cada candidato pelo número de partidos existentes em sua coligação.

A coligação interpartidária, sem a previsão de um mecanismo de distribuição, descaracteriza o partido político. Os mecanismos utilizados produzem carência de identidade e de mediação partidárias no comportamento legislativo, introduzem o sincretismo partidário

parlamentar e desfiguram não só a proporcionalidade da representação de cada partido, mas a identidade e o alinhamento dos partidos no parlamento e, logo, fora dele. (TAVARES, 1994, p. 93).

Desse modo, a Emenda Constitucional 97/2017, publicada no Diário Oficial da União em 05 de outubro de 2017 pelo Congresso Nacional, trouxe uma profunda modificação para as eleições proporcionais (Vereadores, Deputados Federais e Deputados Estaduais), estabelecendo que a partir das eleições a serem realizadas em 2020, será proibida a celebração de coligações proporcionais para a disputa de cargos do Poder Legislativo.

Entende-se por sistema proporcional como o utilizado nas eleições para determinar os representantes da Câmara dos Deputados e Câmara dos Vereadores (cargos de deputado federal, deputado estadual, deputado distrital e vereador). O sistema proporcional³ foi instituído por considerar-se que a representatividade da população deve se dar de acordo com a ideologia que determinados partidos ou coligações representem. Portanto, ao votar, o eleitor escolhe ser representado por determinado partido e, preferencialmente, pelo candidato por ele escolhido. Contudo, caso o candidato não seja eleito, o voto será somado aos demais votos da legenda, compondo a votação do partido ou coligação.

É importante esclarecer que representatividade simboliza representar politicamente os interesses de determinado grupo, classe social ou de um povo. É uma atribuição dirigida a um indivíduo ou uma entidade (política, partidária, sindical), respaldada na habilidade indicada para desempenhar tal papel.

Assim, ficou definido, pela redação dada pela lei 13.488/17, o art. 17, §1º da Constituição Federal de 1988:

“É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito

³ Sistema utilizado nas eleições para os cargos de deputado federal, deputado estadual, deputado distrital (DF) e vereador. O sistema proporcional de eleição foi instituído por considerar-se que a representatividade da população deve se dar de acordo com a ideologia que determinados partidos ou coligações representem. Dessa forma, ao votar, o eleitor estará escolhendo ser representado por determinado partido e, preferencialmente, pelo candidato por ele escolhido. No entanto, caso o mesmo não seja eleito, o voto será somado aos demais votos da legenda, compondo a votação do partido ou coligação.

nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.”

A proibição da celebração das coligações nas eleições proporcionais vigorará a partir das eleições de 2020, conforme o artigo 2º da Emenda Constitucional 97/2017. Entretanto, permanecerá a celebração de coligações para a disputa de cargos do Poder Executivo.

Outra mudança constitucional trazida pela Emenda 97/2017 diz respeito à regulamentação do acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão. Assim está a redação do §3º do art. 17 da CF/88:

Art. 17, §3º: Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:

I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação”.

O artigo 3º da Emenda dispõe que as regras dispostas no §3º do artigo 17 da Constituição Federal, referente ao acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão, somente valerão a partir das eleições de 2030 e fixou regras de transição quanto ao tema:

I - na legislatura seguinte às eleições de 2018:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem eleito pelo menos nove Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;

II - na legislatura seguinte às eleições de 2022:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem elegido pelo menos onze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;

III - na legislatura seguinte às eleições de 2026:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2,5% (dois e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem elegido pelo menos treze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

Antes da Emenda Constitucional, o texto constitucional previa que os partidos políticos, sem exceção ou regras constitucionais adicionais, teriam direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. Com a mudança, as restrições são claras: somente receberão acesso do fundo e à propaganda gratuita aqueles partidos que reunirem, no mínimo, as seguintes condições em eleições: 3% dos votos válidos; em 1/3 dos Estados/DF; 2% dos votos válidos em cada um dos entes; total de 15 deputados, distribuídos por 1/3 dos Estados.

Para restringir o acesso dos partidos a recursos do Fundo Partidário e ao tempo de rádio e TV, a proposta cria uma espécie de cláusula de desempenho, com exigências gradativas até 2030.

Nesse contexto, importante conceituar a chamada cláusula de desempenho, que consiste no estabelecimento de algum critério de exclusão da participação de partidos políticos no acesso a algum tipo de direito ou benefício, abstratamente, previsto na Constituição ou na legislação. (LORENCINI, 2017, p. 139). É um dispositivo que restringe ou impede a atuação parlamentar de um partido que não alcança um percentual de votos. Essa exigência de votação mínima pode ser feita pela legislação eleitoral de diversas maneiras.

Elucida Alexandre de Moraes:

“A cláusula de desempenho é o conjunto de normas jurídicas que estabelece um percentual ou número mínimo de apoio do eleitorado nas eleições para Câmara dos Deputados (por exemplo, a previsão já existente do quociente

eleitoral) como requisito essencial para o regular funcionamento parlamentar e o gozo do direito à obtenção de recursos do Fundo Partidário, além de acesso gratuito à rádio e televisão (“direito de arena”) pelos partidos políticos com a finalidade de garantir um controle qualitativo baseado na legitimidade e na representatividade popular das agremiações partidárias para o fortalecimento da democracia representativa. (2013, p. 1-6).

Portanto, a cláusula de desempenho eleitoral tem por principal efeito e objetivo a limitação dos partidos atuantes na política, leiam-se, partidos com representantes no parlamento e capacidade de funcionamento parlamentar. (LORENCINI, 2017, p. 148).

É importante atentar-se que as novas regras que limitam o acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão somente serão aplicadas a partir de 2030. Até essa data, estará em vigor as regras de transição para as eleições de 2018, 2022 e 2026.

Além dessas mudanças, o §5º do art. 17 prevê que ao ser eleito por partido que não preencha os requisitos previstos no §3º, é assegurado o mandato e facultada a filiação a outro partido que os tenha atingido, sem perda de mandato, de modo que esta filiação não é considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão.

Essa nova hipótese de justa causa para a mudança de partido político, por parte do Poder Legislativo vem a somar com as hipóteses do art. 22-A da lei 9.504/97, quais sejam: mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; grave discriminação política pessoal e mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição majoritária ou proporcional ao término do mandato vigente.

Conclusões

É cediço que as democracias eleitorais vivem uma crise de representação. O ponto crucial, portanto, parece ser constituído pela questão da representação política, sua justificação ante o ideal clássico da democracia direta e as tarefas das quais ela é sobrecarregada. No entanto, as justificativas e tarefas das instituições representativas são,

como é evidente, variáveis dependentes da teoria democrática ou, mais genericamente, da teoria da soberania popular.

Para alterar um sistema político é necessário fortalecê-lo. Sem o fortalecimento dos partidos políticos é improvável conseguir governabilidade. Não há como avançar um novo regime sem antes avançar na reforma política. No entanto, para fazer uma reforma política, é necessária uma cláusula de transição, pois toda mudança requer um tempo necessário para adaptação. A reforma política do Estado obrigatoriamente deve estar centrada na necessidade de maior proximidade da vontade popular com a vontade expressa pelo Parlamento.

Na prática, parlamentares de legendas diferentes, com votação reduzida, acabam eleitos devido ao desempenho de um candidato, que impede que os deputados com mais votos usem os votos restantes para puxar correligionários, causando o fim das coligações. A provável consequência da EC 97/2017 é a diminuição da vasta quantidade de partidos políticos no Brasil, haja vista a necessidade de limitar a propagação de partidos sem base popular mínima.

A máquina política não age por si mesma, deve ser desenvolvida pelos homens e até mesmo pelos homens comuns. Ela requer não simplesmente o consentimento deles, mas sua participação ativa; e deve ser ajustada às capacidades e qualidades de tais homens. (MILL, 1981, p. 17-18).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Dallari, Dalmo de Abreu. O renascer do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- Gomes, José Jairo. Direito Eleitoral. 12. ed. Atlas: São Paulo/SP. 2016.
2. Kim, Richard Pae. Multipartidarismo no Brasil: paradoxos e propostas. Reforma Política. Um mito Inacabado. Barueri, SP: Manole, 2017.
3. Lorencini, Bruno Cesar. A cláusula de desempenho eleitoral-partidário e seu enquadramento democrático e constitucional. Reforma Política. Um Mito Inacabado. Barueri, SP: Manole, 2017.
4. Miguel, Luis Felipe. Representação Política em 3D. Elementos para uma teoria ampliada da representação política. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 18 Nº. 51, 2003.

5. Mill, John Stuart. Considerações sobre o governo representativo. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
6. Moraes, Alexandre de. “Direito de Arena – Cidadania e Respeito à Legitimidade Popular”. In: Moraes, Alexandre de; Kim Richard (Coords.). Cidadania. São Paulo: Atlas, 2013.
7. Muñoz, Óscar Sánchez. Los partidos y la desafección política: propuesta desde el campo del derecho constitucional. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 35, 2015.
8. Tavares, José Giusti. Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
9. Zilio, Rodrigo Lopes. Direito Eleitoral. 05. Porto Alegre. ed. Verbo Jurídico. 2016.

REFLEXÕES ATEMPORAIS SOBRE PROPAGANDA ELEITORAL ENTRE A HISTÓRIA E A ATUALIDADE

TIMELESS REFLECTIONS ON ELECTION ADVERTISING AMONG HISTORY AND CURRENT

Geraldo Agosti Filho

Advogado atuante na área de Direito Civil e Direito Público. Especialista em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista. Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral – IBRADE e fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADEP.

Resumo

O presente artigo teve como objetivo fazer uma retrospectiva sobre a propaganda eleitoral desde o primeiro Código Eleitoral de 1932 até as regras eleitorais de 2018 que tiveram que enfrentar novos desafios como os meios eletrônicos de comunicação e as notícias falsas (Fake News) como forma de influenciar o processo eleitoral. Para isso, foram pesquisadas as leis correlatas ao tema, bem como autores e decisões judiciais que pudessem corroborar com a argumentação pretendida através do método hipotético-dedutivo.

Palavras chave: Eleitoral. Propaganda. Constituição de 1988. Sociedade Política.

Abstract

This article aims to give a retrospective on electoral advertising from the first Electoral Code of 1932 to the electoral rules of 2018 that had to face new challenges such as electronic media and false news (Fake News) as a way to influence the electoral process. In order to achieve this goal, the text brings laws related to the subject, as well as authors and judicial decisions that could corroborate with the intended argument developed through the hypothetical-deductive method.

Key words: Electoral. Advertising. Constitution of 1988. Political Society.

REFLEXÕES ATEMPORAIS SOBRE PROPAGANDA ELEITORAL ENTRE A HISTÓRIA E A ATUALIDADE

Sumário: Introdução. Desenvolvimento. Conclusões.
Referências

INTRODUÇÃO

O quadro histórico da propaganda eleitoral revela, à luz das normas, o nível da democracia vivida. Quando ocorre uma limitação ao pleno exercício das formas de propaganda política, sinaliza-se um retrocesso das liberdades, que provoca prejuízo à maioria dos candidatos, normalmente os novos pretendentes, e, de forma injusta, privilegia aqueles que já exercem o mandato pela própria exposição de suas funções.

A propaganda política como instrumento de convencimento é uma prática muito antiga. Nos anos de 460 a 430 a.C., Atenas, no apogeu de sua vida política e cultural, sob o governo de Péricles, tornou-se a cidade-estado mais proeminente da Grécia. Foi a primeira vez na história que o governo passara a ser exercido pelo povo, assim, diretamente, na Assembleia (*Ekklesia*), cabendo-lhe decidir os destinos da *polis*.

A democracia ateniense era, em verdade, uma forma atenuada de oligarquia, já que somente aquela pequena parcela da população, os cidadãos, usufruía dos privilégios da igualdade perante a lei e do direito de falar nos debates da assembleia. As decisões políticas estavam, porém, na dependência de interferências ainda mais restritas, pois na própria assembleia nem todos tinham os mesmos recursos de atuação. Após a leitura do relatório dos projetos levados à ordem do dia, o arauto pronunciava a fórmula tradicional: “Quem pede a palavra?”. Segundo as regras, qualquer cidadão tinha o direito de responder a esse apelo. Mas, de fato, apenas poucos o faziam: os que possuíam o dom de oratória associado ao conhecimento dos negócios públicos, os hábeis no raciocinar e no usar a voz e o gesto, sendo estes os que obtinham ascendência sobre o auditório, impunham os seus pontos de vista através da persuasão retórica e lideravam as decisões.

O tema continua importante até os dias de hoje, como se verá no desenvolvimento do presente artigo.

A democracia depende de dois elementos cruciais que são abordados nesse texto, quais sejam, a liberdade de expressão e as claras regras eleitorais que garantam um espaço igualitário de debate para partidos e candidatos exporem suas ideias. Por isso o tema é tão atual e relevante. Para construção dos argumentos das hipóteses aventadas, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, concretizado por meio da análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária, conforme se verá adiante.

DESENVOLVIMENTO

Passados mais de dois mil anos, a propaganda continua sendo um instrumento de persuasão, de convencimento. Mais recentemente, o debate retratado na tela do filme

chileno “No” é do mais alto interesse para quem procura acompanhar os rumos da propaganda eleitoral e o seu efeito na urna.

Para Karl Marx e Friedrich Engels, a luta de classes era o motor da História (...) Segundo a gente depreende do enredo brilhante de No, a coisa não é bem assim: o motor da história é uma mensagem bonita, vibrante de euforia, que “venda” bem. É nisso que o povo quer embarcar, é isso que o povo quer “comprar”. Moral da história (com h minúsculo), o motor da História, prezados camaradas, é a publicidade. (...)

Internacionalmente pressionado a dar uma roupagem menos truculenta à sua tirania, o general Augusto Pinochet viu-se constrangido a convocar o plebiscito para consultar os cidadãos [chilenos] sobre se eles o queriam (ou não) no poder. No início da campanha o ditador posava de franco favorito, pois detinha o controle férreo sobre os meios de comunicação (...) Acontece que, para dar uma aparência mais democrática ao plebiscito, o governo precisou conceder às oposições um horário de propaganda na TV. Foi aí que o impensável se pôs em campo. O horário era desfavorável (...), o ambiente era arredo, mas, mesmo assim, a maré começou a virar. Por quê? Porque os comunistas, os socialistas, os perseguidos, os liberais de oposição e o multicolorido balaio de gatos das oposições, foram buscar um publicitário de sucesso para dirigir sua campanha (...) Em lugar das cenas de espancamentos e de repressão explícita; em vez do desfile das mães chorosas dos milhares de desaparecidos, os publicitários do “No” contrariaram os velhos ideólogos e deram preferência a musiquinhas, (...) trocadilhos, anedotas (...).

Não importa. No final, o “No” sagrou-se vencedor, embora num placar apertado” de 56% x 44%.

Eis aí uma questão ainda insolúvel. A publicidade infantiliza o seu público, tutelando-o como a um semi-inimpútavel; não tem parte com a busca radical da verdade, mas com a sedução em prol da venda de produtos, serviços ou ideias.¹

Norberto Bobbio alerta para os “perigos da propaganda”:

“se a existência de uma estrutura de tipo pluralista no sistema de comunicações é suficiente para assegurar o debate, não garante, de per si, a sua qualidade, ou seja, não basta para impedir a parcialidade, a excessiva simplificação, o recurso ao estereótipo e o desvio do plano da argumentação para o da oposição de slogans. Estes inconvenientes podem ser limitados, se não totalmente eliminados, onde a Propaganda der com um público atento e informado, com bom nível de instrução, dotado de atitude crítica e, sobretudo, interessado em confrontar ideias e alternativas opostas. Infelizmente os nossos conhecimentos sobre o reduzido interesse do público pela vida política e sobre o seu nível de informação levam-nos a conclusões pessimistas.²”

¹ BUCCI, Eugênio. Será a publicidade o motor da História? *O Estado de S. Paulo*, 10/1/2013, p. A2.

² BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília 1983. p. 1.020.

Sem embargo de suas peculiaridades, instruídas pela própria adjetivação de “eleitoral”, a publicidade que se leva a efeito, quer das agremiações políticas, quer de individualidades (propostas estas à escolha concorrencial das urnas), é, nada mais, nada menos, do que um dos aspectos de fenômeno mundial denominado propaganda.

Daí por que figuram-se de conveniência algumas considerações sobre a própria propaganda, de um modo geral, antes de se delimitar, especialmente, o que se compreende como propaganda eleitoral. A propaganda, como atividade de manipulação, em nível consciente ou inconsciente, de símbolos, mitos, normas, necessidades, valores, sentimentos, emoções ou instintos humanos, busca persuadir e/ou estimular os indivíduos (a que ela se destina) a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Séculos atrás e até meados do século passado, a propaganda sempre foi feita de modo simples e direto e se mostrou sutilmente “apelativa”, devido a algum ou alguns dos fatores psicodeterminantes. No entanto, modernamente, a propaganda passou a desenvolver e a utilizar técnicas próprias, e mesmo refletir resultados de pesquisas científicas, ao ponto de, hodiernamente, ter-se transformado numa gigantesca indústria, de concentração de poderes endo e exossociais; e nesse entremeio, dado o uso de técnicas científicas, a propaganda já atrevidamente reivindica foros de ciência.

Abstraído este aspecto polêmico, de caracterização de possível natureza científica da propaganda atual, ou, ainda, qualquer elucubração maniqueísta sobre o bem ou o mal que a propaganda presta, tem-se que esta, hoje em dia, é um poderoso instrumento de manipulação ou formação das consciências.

A publicidade moderna custa caro. Os comerciais de televisão podem chegar a custar dezenas de milhares de dólares (ou o equivalente) e, para garantir-se que as pessoas façam o que sugerem, a ciência desempenha um papel cada vez mais importante na preparação da publicidade: o equipamento que acompanha o movimento dos olhos dos espectadores por meio de raios infravermelhos rapidamente revela qual a parte do *layout* que chama mais atenção. Mas mesmo então as vendas têm de depender de estimular a vontade de comprar. Os psicofisiológicos afirmam ter a resposta, ao verificarem a reação do cérebro. Mas permanece o fato simples: “Quanto mais apreciado for um comercial de TV, mais persuasivo será”, informa o centro OGILVI de Pesquisas e Desenvolvimento.³

E, assim, a propaganda, com o uso de técnicas, refinadas ou grosseiras, sofisticadas ou rudimentares, empregadas legalmente envolvendo despesas por parte de quem as utiliza, tem o objetivo de induzir outrem a aceitar aquilo que se apregoa, sejam bens, ideias, coisas e/ou pessoas. A propaganda eleitoral, não diversamente, adota o emprego de tais meios, com vistas ao angariamento de apoio popular, por adesão ou preferência aos partidos políticos, seus programas, bem como aos seus candidatos.⁴

A sofisticação da técnica de propaganda contemporânea criou como estratégia para se alcançar o objetivo pretendido a disseminação de conteúdos falsos por meio da rede mundial de computadores.

A razão pela qual uma ou várias notícias se tornam virais (algo com maior possibilidade de propagação em vários extratos sociais ao mesmo tempo) não se sabe:

“Uma explicação mais imediata para a viralização seria a qualidade do que se divulga. Se um produto é melhor que outro, tende a ter mais consumidores. Se o objetivo de uma notícia é informar, natural seria que aquela que mais informa ganhasse mais atenção. A viralização guardaria, portanto, relação com a qualidade intrínseca ao objeto de análise. No que tange às *fake news*, no entanto, verifica-se justamente

³ Revista “*Awake*”! Seminonhly, Portuguese Edition, v. 69, nº 3, February 8, 1988.

⁴ VIEIRA FILHO, Meton. *Revista Paraná Eleitoral*, Curitiba, TRT-PR, nº 14, p. 1, jul. 1990.

o contrário. As notícias falsas atraem muito mais atenção, a ponto de se tornarem objeto de grande exploração econômica (...) Uma possível explicação se encontra no fato de que as notícias falsas florescem em ambientes politicamente polarizados com temas sabidamente controversos. Elas confirmariam, assim, as acusações, críticas e pré-conceitos de um grupo em relação ao outro, gerando uma atenção coletiva retroalimentada (...) As notícias falsas, desse modo, são decorrentes de velhas mazelas humanas há muito conhecidas e que representam entraves ao desenvolvimento de democracias saudáveis: a ignorância e o preconceito. Muito mais do que robôs, são os usuários os responsáveis pela divulgação de notícias falsas (...) A disseminação de *fake news* em redes sociais se assemelha, assim, ao mexerico e ao falatório (...)”⁵

A real influência e os efeitos das *fake news* na propaganda eleitoral, bem como o combate à sua disseminação, somente poderão ser avaliados ao final das eleições de 7 de outubro de 2018.

“A propaganda eleitoral na forma como conhecemos, com seus comícios, passeatas, reuniões, panfletos, programas de rádio e televisão, começa a transformar-se em algo, diante da revolução tecnológica a que assistimos dia a dia, que ainda não dominamos adequadamente. Já para as eleições de 2018, ainda que não se prescindia das formas tradicionais de campanha, o fato é que assistiremos a um implemento considerável na propaganda eleitoral através da internet, especialmente pela possibilidade de impulsionamento das mensagens pelos candidatos e pela limitação orçamentária das campanhas. Esse, nos parece, é um processo irreversível, tendente a aumentar, mais e mais, nos próximos anos. Nesse cenário, consideramos imprescindível uma maior consideração com o tratamento dos dados pessoais dos usuários na rede, como forma de estabelecer os parâmetros adequados para a disputa entre os candidatos e o respeito à privacidade dos eleitores.”⁶

A propaganda político-eleitoral é o gênero de propaganda cujo objetivo, por meio da ferramenta da publicidade, é o de obter simpatizantes ao ideário da agremiação política e/ou à obtenção de votos. Consiste no meio mais eficiente e democrático de divulgação das metas dos partidos políticos e dos próprios políticos.

Importa destacar que, em se tratando de propaganda político-eleitoral, o direito à liberdade, embora consagrado na Constituição, não opera de modo absoluto, vez que encontra limitações, por exemplo, diante do direito à isonomia na condução do pleito, conferida a candidatos, valor também protegido constitucionalmente. Assim, no caso da propaganda eleitoral levada a cabo em período não permitido pela legislação, não é possível conceber ofensa à liberdade de expressão.

No entanto, de outro lado, a liberdade de informação conferida ao cidadão ganha relevância quando disposta diante da intimidade daquele no exercício do *jus honorum*, baseado na supremacia do interesse público. É de interesse público que as informações

⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana; BRAGA, Renê Moraes da Costa. *Combatendo as fake news no processo eleitoral*. Revista do Advogado, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 138, p. 164 e 168, jun. 2018.

⁶ SILVEIRA, Hélio Freitas de Carvalho da; ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. Tratamento de dados pessoais e a propaganda eleitoral na internet. *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 138, p. 104, jun. 2018.

acerca de um pretendente a cargo público sejam verdadeiras, bem assim sejam incluídas aquelas de cunho íntimo, diretamente ligadas ao caráter do candidato e ao cargo pretendido. Quanto a essa limitação do direito à intimidade, explica José J. Gomes:

“(…) apenas no que concerne ao exercício de cargo público-eletivo, é indubitável que interessaria aos eleitores bem intencionados conhecer algumas peculiaridades acerca da intimidade do destinatário de seus votos, de sorte que a cidadania seja exercida com grau maior de consciência e responsabilidade. (...) o direito à intimidade deve ceder o passo ao interesse público ao regime democrático de direito, já que certas posições e eventuais vícios desqualificam o cidadão para o exercício do mandato público-eletivo, retirando-lhe o decoro, a decência e a legitimidade. (...) embora certas situações caiam na esfera íntima da pessoa, é óbvio que, tratando-se de político, depositário da confiança e das esperanças dos eleitores, direito à intimidade fica enfraquecido. Na verdade, o direito forte, bem protegido, que, aí, deve prevalecer, é o direito à informação, de maneira que os cidadãos exerçam o sufrágio com plena consciência.”⁷

A liberdade de expressão político-eleitoral é um princípio amparado pela Carta Maior que decorre intrinsecamente de outros princípios lá estampados, tais como: o democrático, o representativo, o do pluralismo político, o da soberania popular exercida pelo sufrágio universal, voto direto e secreto, com valor igual para todos, objetivando igualdade de oportunidade para candidatos e partidos, e, para os eleitores, a oportunidade de obter o acesso às informações de interesse público relevante para a definição do voto.

“A livre manifestação do pensamento é tão essencial no processo eleitoral que compõe o conteúdo de todos os demais princípios estruturantes do direito eleitoral. Ela integra o *princípio* da igualdade política entre os cidadãos, tendo em vista que este pressupõe que os indivíduos tenham iguais oportunidades de participar dos processos de deliberação coletiva e tentar influenciar o resultado eleitoral. A liberdade de expressão também conforma o sentido do *princípio* da igualdade de oportunidades entre candidatos e partidos, na medida em que este requer que se assegure a igualdade de oportunidade de visibilidade de todas as correntes políticas junto ao eleitorado. Ainda, ela está no núcleo do *princípio* da legitimidade do pleito, pois só há autenticidade do voto quando os cidadãos são livres e independentes para formularem seus julgamentos e nas urnas, sem quaisquer constrangimentos indevidos... A ubiquidade da liberdade de expressão no processo eleitoral não a torna, porém, um direito absoluto. Parece evidente que ainda que a expressão seja protegida preferencialmente no âmbito do processo eleitoral, esse direito fundamental poderá ser regulado, seja para promover uma maior equalização de forças entre candidatos e partidos, seja para evitar interferências indevidas no processo de deliberação coletiva e no próprio resultado do pleito.”⁸

No voto proferido no julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) que autorizou a divulgação, pelos meios de comunicação, do resultado das pesquisas eleitorais nos dias imediatamente anteriores ao da eleição, o ministro Ricardo

⁷ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Del Rey, 2008. p. 303/304.

⁸ OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 159.

Lewandowski assim se manifestou: “A liberdade de expressão do pensamento, portanto, completa-se no direito à informação, livre, e plural, que constitui um valor indissociável da ideia de democracia no mundo contemporâneo”.⁹

A liberdade de expressão político-eleitoral se concretiza, na sua plenitude, por meio da propaganda eleitoral e política.

Observando-se a questão das eleições brasileiras sob a ótica histórica, há um divisor de águas: a Revolução de 1930, que traz o fim do período da “República Velha”, caracterizado pela tomada de poder pelas oligarquias rurais com o fim do Império, e a manutenção do poder através das eleições fraudadas, conhecidas como “eleição a bico de pena”.

A Revolução de 1930 introduziu os primeiros cânones de moralização para o processo eleitoral, apesar da contradição natural de todo processo político.

Getúlio Vargas, líder da Revolução de 1930, propôs a reforma eleitoral, mesmo com sua origem política no “castilhismo”, de Júlio de Castilho, esse esmerado discípulo de Augusto Comte, positivista, que escrevera: “Toda escolha dos superiores pelos inferiores é profundamente anárquica”¹⁰. Mesmo assim, o governo de Getúlio promoveu indiscutíveis avanços sociais no País.

Por meio do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, Getúlio Vargas, na qualidade de Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, instituiu o primeiro Código Eleitoral Brasileiro. As principais inovações ao sistema anterior atenderam aos reclamos que haviam levado à Revolução que destruíra a República Velha, por “representação e justiça”; trouxe o Código a representação proporcional (segundo as ideias expressas em livros e conferências proferidas por Assis Brasil), o sufrágio feminino (facultativo às mulheres *sui juris*) e a entrega da verificação e reconhecimento dos poderes a uma justiça, especial.¹¹

No primeiro Código, a questão da propaganda não foi tratada, enquanto o segundo Código, Lei nº 48, de 4 de maio de 1935, também nada dispôs a respeito da publicidade eleitoral.

Somente em 1950, com a vigência do terceiro Código Eleitoral (Lei nº 1.164, de 24/7/1950), a propaganda foi regulada. Dispunha sobre a indicação de espaços, pelas municipalidades, destinados à propaganda eleitoral, que somente podia ser veiculada em quadros para tanto reservados pela autoridade municipal, na hipótese de prédios públicos; a afixação dependia de prévia autorização do administrador público, que, quando deferia a autorização, automaticamente a estendia a todos os candidatos ou partidos políticos.

O quarto Código Eleitoral, do ano de 1965, foi recepcionado pela Assembleia Nacional Constituinte, instalada em 1º de fevereiro de 1987, e atualmente permanece em vigor. Sofreu nesses últimos 50 anos várias alterações; na sua Parte Quinta, Título II, com o título Da Propaganda Partidária (arts. 240/256), versa a respeito de propaganda eleitoral.

Anteriormente à promulgação da Carta em 5 de outubro de 1988, o Código Eleitoral sofreu profundas alterações: Lei nº 4.961, de 4/5/1966; Lei nº 6.339, de 1/7/1976, que ficou conhecida como “Lei Falcão”; Decreto-Lei nº 1.538, de 14/4/1977; e Lei nº 7.476, de 15/5/1986. Atualmente a propaganda eleitoral está concentrada na Lei Eleitoral nº 9.504/1997 e a propaganda partidária, na Lei nº 9.096/1995.

A propaganda eleitoral é essencial ao regime democrático, sendo, sem dúvida um alicerce, pois sem ela os partidos menores, denominados “nanicos”, que representam partes menores (do pensamento e da ideologia), não teriam vozes nem oportunidade de

⁹ Voto do relator ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADI nº 3.741/DF.

¹⁰ COMTE, Auguste. *Catecismo Positivista*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 230. Coleção Os Pensadores.

¹¹ PORTO, Walter Costa. *Dicionário do Voto*. Brasília: UnB, 2000. p. 126.

se apresentar. Os problemas decorrentes das dificuldades criadas e existentes no regime democrático não autorizam a sua extinção, muito pelo contrário: a crítica é necessária para o aperfeiçoamento do regime com o seu constante exercício.

Há cada vez mais debates nas redes sociais. Mas como se dá a tomada de decisão? Para essa questão ainda não há resposta. Porém, sabe-se que a decisão, de forma individual ou de forma coletiva, deverá estar lastreada em legitimidade, para que os indivíduos a respeitem.

O ex-presidente Fernando Henrique Cardoso sintetiza bem a crise existente hoje entre a sociedade e a política:

“Na verdade os partidos não são capazes de tratar das questões reais que interessam ao dia a dia das pessoas. Estão cada vez mais desligados do mundo real. Isso aumenta o divórcio entre a sociedade e a política. A vida política institucional, o Congresso, os partidos políticos, é algo que se passa lá em Brasília. O que acontece fora de Brasília é outra coisa... Isso não é um fenômeno apenas brasileiro. Ocorre na Europa, ocorre nos Estados Unidos...”¹²

A legislação de propaganda eleitoral, como todas as leis, tem como redator da norma o destinatário dessa norma. Nos regimes democráticos, quem elabora e vota as leis é o parlamento, aqui não é diferente. Assim, essa questão em torno do conflito de interesse, entre o redator e o beneficiário da lei, aparentemente não tem resposta pronta.

A Lei nº 9.504/1997, conhecida como a Lei das Eleições, foi elaborada com a finalidade de ser o estatuto único das eleições, pois, até as eleições ocorridas no ano de 1996, para toda eleição era elaborada uma lei específica. Mas o estatuto eleitoral não resistiu à segunda eleição sobre sua vigência: a Lei nº 9.840/1999 fez a primeira alteração na Lei nº 9.504, e, desde aquele tempo, passados 20 anos, 11 eleições foram realizadas e o estatuto eleitoral foi alterado 13 vezes.¹³

Quando da sanção da Lei nº 9.504/1997, a propaganda eleitoral tinha as seguintes premissas: as convenções partidárias para escolha de candidatos se realizavam no período de 10 a 30 de junho do ano da eleição; a campanha eleitoral iniciava em 5 de julho do mesmo ano; e a propaganda eleitoral gratuita iniciava 45 dias anteriores à antevéspera da data da eleição. As posteriores alterações realizadas na lei sempre foram no sentido de inibir a propaganda eleitoral.

O estudo e a reflexão a respeito das regras sobre propaganda eleitoral são fundamentais para o aperfeiçoamento do processo eleitoral, especialmente com relação à igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais, cuja consequência direta é um resultado que transmite à sociedade legitimidade e autoridade para o exercício do mandato.

Atualmente, mesmo com um bom nível de democracia no País, o ordenamento jurídico eleitoral favorece muito aqueles que estão no exercício da função, candidatos à reeleição.

A propaganda eleitoral se orienta pelos princípios da legalidade, da liberdade, da isonomia, da veracidade, da transparência e da responsabilidade, que alicerçam as normas de regência.

A legislação eleitoral é de ordem pública, impassível, portanto, de derrogação por parte dos interessados ou de liberalidades de ocasião.

¹² CARDOSO, Fernando Henrique. *A Soma e o Resto, um Olhar sobre a Vida aos 80 anos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 89.

¹³ Lei nº 9.840/1999; Lei nº 10.408/2002; Lei nº 10.470/2003; Lei nº 11.300/2006; Lei nº 12.034/2009; Lei nº 12.350/2010; Lei nº 12.875/2013; Lei nº 12.891/2013; Lei nº 12.976/2014; Lei nº 13.107/2015; Lei nº 13.165/2015; Lei nº 13.488/2017; Lei nº 13.488/2017.

A União detém a competência legislativa privativa a respeito do Direito Eleitoral, nos termos do art. 22, I, da Carta Maior, sem prejuízo, ainda, da função normativa outorgada exclusivamente à Justiça Eleitoral.

O postulado democrático pressupõe a igualdade de oportunidades entre os candidatos, desde que respeitada a representação dos partidos políticos, como estabelece o art. 47, § 2º, para a divisão do tempo de propaganda gratuita eleitoral entre os candidatos, como também para o rateio da verba do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), art. 16-C, ambos os dispositivos da Lei nº 9.504/1997.

Mas, por existirem diferenças, tratando os desiguais desigualmente, na legislação eleitoral, como acima mencionado, há um mínimo de atenção para as minorias, resguardando-se os seus direitos de participação, reforçados pelos princípios republicanos de alternância de poder e do pluralismo partidário, este entendido por alguns como exacerbado.

O princípio da transparência é exigido pela lei para propaganda de partidos e candidatos; não há propaganda partidária apócrifa, necessariamente há a identificação do partido político e dos seus candidatos.

Esse princípio foi consagrado no Código Eleitoral (art. 242). Por meio da alteração conferida pela Lei nº 7.476, de 15 de maio de 1986, toda propaganda eleitoral, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e somente poderá ser feita em língua nacional.

A exceção à regra fica por conta das inserções de 15 segundos para a eleição majoritária, que permite a identificação pelo nome da coligação e o partido apenas do candidato, dispensados os demais partidos que integram a coligação (art. 6º, § 1º, Resolução TSE nº 23.370/2011).

Além disso, é imprescindível que a propaganda dos candidatos aos cargos majoritários veicule o nome dos respectivos candidatos a vice e, ainda, o dos suplentes no caso dos candidatos ao Senado, obrigando que sejam exibidos de modo claro e legível, e em tamanho não inferior a 10% do nome do titular. A importância dessa obrigação resta clara quando se vê a composição do Senado Federal: pelo menos 40% dos que exercem a função são suplentes (Senadores sem voto).

Não é toda propaganda denominada eleitoral de rádio e televisão que se caracteriza como propaganda eleitoral.

A propaganda eleitoral no rádio e televisão somente se configura quando há o binômio candidato/eleitor; sem essa condição necessária, não é propaganda eleitoral, é outra forma de propaganda: propaganda partidária, promoção pessoal, etc...

No universo da propaganda eleitoral obrigatória de rádio e televisão há uma questão que muito me impressiona: a propaganda eleitoral de televisão na eleição municipal. Sobre esse tema escrevi recentemente para a *Revista do Advogado* nº 138:¹⁴

“A eleição periódica, com voto secreto e universal, é a pedra angular do regime democrático. Sob esse prisma, a eleição municipal (Eleições municipais no ano de 2016) de Araguinha-MT, com 954 eleitores (TSE Estatísticas – eleições 2016), o menor colégio eleitoral do país, tem a mesma relevância que a eleição do município de São Paulo-SP, com 8.886.324 eleitores (Idem). As eleições do ano de 2016 foram realizadas em 5.568 municípios. Em todos os municípios, com raríssima exceção, chegou a transmissão obrigatória do horário eleitoral gratuito na televisão aberta, no período de 26 de agosto a 29 de setembro de 2016.

¹⁴ AGOSTI FILHO, Geraldo. *Um convite à reflexão. A deformação da propaganda eleitoral obrigatória na televisão durante a campanha municipal*. Revista do Advogado, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 138, p. 93/95, jun. 2018.

Essa transmissão da propaganda eleitoral obrigatória somente foi e é realizada por emissoras classificadas como geradoras, e transmitida por todas, as emissoras geradoras e as emissoras retransmissoras. No Brasil há 517 emissoras classificadas como geradoras, essas têm a obrigação de gerar e transmitir a propaganda eleitoral, estão instaladas em 300 municípios, ou um pouco mais. (...) Realizadas eleições municipais em 5.568 municípios, subtrai-se o número de 300 municípios, esses são os que possuem emissoras geradoras de som e imagem (TV). Há um saldo de 5.051 municípios que receberam a transmissão de propaganda eleitoral gratuita, *com candidato de outra localidade, não do seu município*. A imensa maioria dos municípios do Brasil assiste na televisão à propaganda eleitoral de candidatos que por eles, telespectadores/eleitores, não podem ser votados. (...) Desta forma a propaganda (eleitoral obrigatória) que exibe um candidato impossível de ser votado na circunscrição eleitoral do eleitor que assiste ao programa eleitoral gratuito não é propaganda eleitoral.”

Refletindo mais, desde que escrevi para a Revista, não tenho dúvida: a legislação que obriga a transmissão obrigatória da propaganda eleitoral nas eleições municipais para todas as localidades fere o *princípio* de igualdade de oportunidades, na medida em que aquele(s) candidato(s) inscrito(s) em município que gera a propaganda eleitoral tem (têm) uma visibilidade perante o seu município e todos aqueles outros municípios onde a transmissão de televisão alcança, em detrimento do candidato do município, que não gera propaganda eleitoral.

Há, ainda, uma questão de maior relevância. O eleitor, ao receber a propaganda pela televisão de candidato impossível de ser votado, porque o candidato é de outro município, não recebeu a informação dos candidatos do seu município, teve a sua atenção desviada para questões de outro município, outros candidatos, e não os seus; isso foi uma interferência indevida no processo eleitoral da maioria dos municípios brasileiros, que pode ter comprometido o processo de deliberação coletiva, afetando o resultado do pleito, ferindo, assim, o *princípio* constitucional estampado no art. 14 da Constituição Federal (CF), pois não resta dúvida de que a finalidade da lei eleitoral tem os seus efeitos distorcidos quando determina a propaganda eleitoral obrigatória na eleição municipal, obrigando o eleitor a assistir a uma propaganda de um candidato de outra circunscrição eleitoral. Com alguma dose de exagero, pode-se dizer que essa situação se assemelha ao tipo penal descrito no art. 171 do Código Penal.

O controle judicial da propaganda política é da Justiça Eleitoral, que detém o poder de polícia conforme estabelecido no art. 249 do Código Eleitoral com a finalidade de impedir ou intimidar abusos. “O *princípio* da inércia judicial tem que ser interpretado muito restritivamente na seara eleitoral, em face da supremacia do interesse *público* evidenciado pelo processo eleitoral”.¹⁵

Esse controle judicial de natureza excepcional autoriza o juiz eleitoral a agir de ofício, independentemente de requerimento de parte, determinando a retirada ou a cessação de propaganda que viole o disposto no art. 41 da Lei nº 9.504/1997. No entanto, esse mesmo poder fica limitado nos termos do § 2º do mesmo dispositivo, que autoriza seu uso: “O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet”.¹⁶

¹⁵ VELLOSO, Carlos Mario Silva; AGRA, Walber Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 247.

¹⁶ § 2º do art. 41 da Lei nº 9.504/1997.

Nas eleições de 2018, a questão da retirada de conteúdo da internet produzirá, provavelmente, o maior número de representações na Justiça Eleitoral.

Diogo Rais ressalta a importância da Resolução TSE nº 23.551/2018 ao disciplinar parâmetros e critérios mais precisos para a tutela da liberdade de expressão na internet e para disciplinar a remoção do seu conteúdo, suprimindo importante lacuna da legislação eleitoral quanto à matéria.¹⁷

Simultaneamente à questão da retirada de conteúdo da internet, há um assunto candente, o direito ao esquecimento, instituto em formação, em estágio mais avançado na Europa, aparentemente causado pela facilidade na coleta e o tratamento de informações decorrentes do uso das novas tecnologias, principalmente os *sites* de buscas. As novas tecnologias permitem que informações pessoais sejam armazenadas e rapidamente localizadas quando pesquisadas, não importando mais o lapso temporal e a localização física do evento buscado ou da pessoa pesquisada, basta um simples tocar na tecla que a informação virá à tela. Diante dessa facilidade nasceu uma corrente de pensamento chamando o acesso à informação de invasão de privacidade.

“A alteração de registros históricos é funesta. Há na História diversos exemplos de alteração de fotografias e de supressão de trechos de cartas ou relatos que demonstram fartamente que interesse, poder e exclusão são ingredientes nefastos à memória de um povo. Os arquivos e acervos servem para estabelecer uma identidade coletiva e também como prova de fatos que são deliberadamente esquecidos pela versão oficial da história. A revisão da história sempre pode ser feita, mas ela depende necessariamente da conservação de dados e testemunhos.¹⁸”

O Tribunal de Justiça de São Paulo já enfrentou algumas vezes o tema “direito ao esquecimento”, não acolhendo a pretensão de remoção de arquivos. Como voto exemplar nessa matéria, menciono o do desembargador Cesar Ciampolini:

“(…) determinar como quer o autor na inicial (fl.10), que os órgãos de Imprensa apelantes excluam de seus arquivos digitais a notícia verídica em tela, que o envolve, equivale a uma ordem que se tenha dado, num dos tantos momentos menos esclarecidos da História da Humanidade, para queima de livros, destruição de bibliotecas. Os registros dos fatos do dia a dia se fazem atualmente em arquivos digitais. Não se vendem mais enciclopédias de porta em porta: consulta-se a rede mundial de computadores; menos se frequenta, nesta Capital de importantes tradições culturais, a Biblioteca Mário de Andrade, em sua sede atual da Rua da Consolação, 94, na Praça Dom José Gaspar, inaugurada pelo prefeito Prestes Maia em 25 de janeiro de 1942; consultas são feitas pelos estudantes via internet; o mesmo, por certo, se dá com os arquivos físicos em que as empresas jornalísticas guardam exemplares de seus periódicos impressos ao longo dos séculos: são eles consultados pelos historiadores e pelos estudantes pela rede de computadores, digitalizados que estão.¹⁹”

¹⁷ RAIS, Diogo; FALCÃO, Daniel; GIACHETTA, André; MENEGUETTI, Pamela. *Direito Eleitoral Digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 124.

¹⁸ GASPARIAN, Taís. Eleições: direito à informação versus esquecimento. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 138, p.181, jun. 2018.

¹⁹ TJSP, Apelação nº 1113869-27.2014.8.26.0100.

O eleitor tem o direito de acessar e receber sem censura toda informação a respeito dos candidatos e partidos políticos, para, assim, manifestar livremente sua própria ideia, crítica, opinião a respeito de propostas, candidatos e, ao final, escolher o seu voto.

Por outro lado, os candidatos devem prestar contas de suas ações passadas, públicas e privadas, expor suas opiniões a respeito de programas de governo e novas propostas. O homem que opta pelo exercício da função pública não pode ter segredos sobre si.

O processo eleitoral contemporâneo e democrático não acolhe, não admite o direito ao esquecimento para o candidato à função política, especialmente aquele que procura a legitimidade da soberania do voto popular para o exercício de tal função.

O STF, julgando²⁰ questão envolvendo a existência de conflito entre a proteção à vida privada, honra, imagem, por um lado, e o direito à informação pelo outro, fixou entendimento no sentido de que o direito à personalidade não pode se sobrepor ao direito à informação. O Ministro Marco Aurelio assim se manifestou naquela assentada:

“O conflito é aparente. O legislador previu a possibilidade de a imagem ser alcançada e aí dispôs sobre a responsabilidade, responsabilidade no campo civil e, também, no campo penal. Mais do que isso presidente. Se estou diante de um conflito entre o coletivo e o individual, devo homenagear o coletivo (...) E o interesse coletivo reside na informação do que ocorra.”

O Ministro Sepúlveda Pertence, em outro julgamento, levou ao debate da Suprema Corte a doutrina italiana a respeito da questão da intimidade do homem público:

“É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a *zona di iluminabilità*, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade, aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários [...]
Efetivamente, num sistema de ordenamento jurídico do mundo democrático-liberal, mesmo as autoridades mais altas do Estado estão institucionalmente submetidas ao controle dos outros membros da coletividade. Fala-se, assim, numa *zona di iluminabilità* em que o homem público, aquele que exerce funções ou ocupa cargos públicos, fica exposto à crítica.²¹”

Qualquer acolhimento ao chamado “direito ao esquecimento”, principalmente no processo eleitoral, não encontra suporte em nenhuma norma jurídica constitucional ou infraconstitucional, é uma violência contra a liberdade de expressão *stricto sensu*, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa, são institutos protegidos pela CF.

CONCLUSÕES

Após os gritos de liberdade política que foram ouvidos e recebidos pelos redatores da Carta de 1988, os congressistas, redatores e beneficiários da lei eleitoral, nove anos

²⁰ STF, Medida Cautelar MS nº 24.832-7/DF.

²¹ STF, Ementa do HC nº 78.426-6/SP.

depois (1997), reunidos no “clube dos vitoriosos”²², o Congresso Nacional, em processo lento e gradual retiraram as liberdades políticas da legislação eleitoral, criando obstáculos às formas permitidas de propaganda eleitoral. O estatuto de todas as eleições, principalmente na parte de propaganda eleitoral, sofreu cortes profundos nos seus direitos. As alterações na Lei das Eleições reduziram o prazo para campanha; proibiram para a campanha eleitoral a confecção, utilização, distribuição por comitê, candidato, ou com a sua autorização, de camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas, ou quaisquer outros bens ou materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor.²³ Foram proibidos o showmício ou evento assemelhado, a apresentação de artistas em comícios ou reunião eleitoral.²⁴ Foi proibido o uso de qualquer tipo de *outdoors*.²⁵ O legislador definiu: carro de som,²⁶ minitrio,²⁷ trio elétrico.²⁸ Autoriza apenas a manifestação individual e silenciosa da preferência do eleitor, fixando a contradição como regra nesse diploma, que deveria estimular e reger a liberdade de expressão no processo eleitoral.²⁹

Está demonstrado, portanto, pelos fatos ocorridos que a alteração na legislação eleitoral ocorre quase sempre em benefício próprio do redator da norma, enquanto deles não for exigida uma outra postura pela sociedade, pois, nesse universo político, há um fato incontroverso: todos os parlamentares com assento no Congresso Nacional foram eleitos, portanto têm legitimidade para fazer as leis. Cabe somente aos eleitores tomarem alguma providência caso queiram alterar esse *status quo*.

REFERÊNCIAS

AGOSTI FILHO, Geraldo. Um convite à reflexão. A deformação da propaganda eleitoral obrigatória na televisão durante a campanha municipal. Revista do Advogado, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 138, p. 93/95, jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília 1983.

BUCCI, Eugênio. *Será a publicidade o motor da História?* O Estado de S. Paulo, 10/1/2013.

CARDOSO, Fernando Henrique. *A Soma e o Resto, um Olhar sobre a Vida aos 80 anos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

²² Os membros do Congresso Nacional são todos vitoriosos em suas eleições, com as regras vigentes, esperar que eles, parlamentares, alterem essas regras por livre e espontânea vontade é desconhecer a natureza humana.

²³ Lei nº 9.504/1997, art. 39, § 6º.

²⁴ Lei nº 9.504/1997, art. 39, § 7º.

²⁵ Lei nº 9.504/1997, art. 39, § 8º.

²⁶ Lei nº 9.504/1997, art. 39, § 12, I.

²⁷ Lei nº 9.504/1997, art. 39, § 12, II.

²⁸ Lei nº 9.504/1997, art. 39, § 12, III.

²⁹ Lei nº 9.504/1997, art. 39-A, *caput*.

COMTE, Auguste. *Catecismo Positivista*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 230.

GASPARIAN, Taís. *Eleições: direito à informação versus esquecimento*. Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 138, p.181, jun. 2018.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Del Rey, 2008.

OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEREIRA, Rodolfo Viana; BRAGA, Renê Moraes da Costa. *Combatendo as fake news no processo eleitoral*. Revista do Advogado, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 138, p. 164 e 168, jun. 2018.

PORTO, Walter Costa. *Dicionário do Voto*. Brasília: UnB, 2000.

Revista “Awake”! Seminonthly, Portuguese Edition, v. 69, nº 3, February 8, 1988.

RAIS, Diogo; FALCÃO, Daniel; GIACHETTA, André; MENEGUETTI, Pamela. *Direito Eleitoral Digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SILVEIRA, Hélio Freitas de Carvalho da; ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. *Tratamento de dados pessoais e a propaganda eleitoral na internet*. Revista do Advogado, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 138, p. 104, jun. 2018.

VELLOSO, Carlos Mario Silva; AGRA, Walber Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VIEIRA FILHO, Meton. Revista Paraná Eleitoral, Curitiba, TRT-PR, nº 14, p. 1, jul. 1990.

FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ENTRE CANDIDATOS: UM PONTO DE VISTA

Campaign financing between candidates: a point of view

Luís Alberto Paz Delgado Filho

Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. É formado em Administração Pública pela Universidade Estadual Paulista (Unesp) de Araraquara/SP.

Resumo

Este artigo discorre sobre doações em dinheiro e de bens e serviços estimáveis em dinheiro entre candidatos durante as eleições, tendo como objetivo evidenciar aspectos perniciosos que essas doações - legais, pois autorizadas pela legislação vigente - podem acarretar para as relações republicanas dos Poderes Executivo e Legislativo, tisonando a independência necessária entre eles, conforme reza preceito constitucional. Conclui-se que tais doações, ao ensejarem conflito de interesse entre os poderes, padecem de vício que dão margem a questionamentos acerca de sua legitimidade para o financiamento de campanhas eleitorais no Brasil.

Palavras-chave: financiamento de campanha; independência; conflito de interesses; doação de recursos entre candidatos.

Abstract

This article deals with money, goods, and services donations estimated in cash between candidates during the election campaign, with the aim of highlighting the pernicious aspects that such donations - legal, as authorized by the current legislation - may cause to republican relations among executive and legislative powers, providing the necessary independence among them, according to the constitutional precept. It is concluded that by inducing conflict of interest between the powers, such donations are vicious and allow the rising of questions about its legitimacy for the financing of electoral campaigns in Brazil.

Keyword: campaign financing; independence; conflict of interests; donation of resources between candidates.

FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ENTRE CANDIDATOS: UM PONTO DE VISTA

SUMÁRIO: 1 Introdução. 1.1 Legitimidade das fontes financiadoras de campanha no Brasil: um debate necessário e permanente. 2 Doação e uso comum de bens e serviços estimáveis em dinheiro. 3 Considerações Finais. 4 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Visto que os representantes eleitos dos Poderes Executivo e Legislativo, no curso de seus respectivos mandatos, devem travar relações institucionais entre si, não parece salutar que a lei permita que paire sob esses atores quaisquer vínculos que não aqueles consagrados pelo espírito republicano. No entanto, quando no decorrer do processo eleitoral, candidatos socorrem-se de outros candidatos para financiar suas campanhas, estabelece-se, com esse gesto, uma malquista ascendência de um sobre o outro, relação esta que parece incompatível com a ideia de independência entre os poderes, conforme reza preceito constitucional.

Partidos políticos, como sabido, são grupos instituídos que agregam pessoas com semelhantes visões de mundo, e é esperado que esses iguais unam esforços a fim de levarem suas ideias e propostas para dentro da sociedade onde vivem. A título de exemplo, quando um candidato a prefeito pede aos eleitores para que estes também votem num candidato a vereador de seu partido ou coligação, nada mais se está fazendo do que política que, como tal, jamais deve ser condenada. A busca por formação de maiorias no parlamento conduz o candidato ao cargo executivo a ser um dos mais importantes cabos eleitorais dos outros candidatos de sua aliança. Assim, ambos se valem de seu capital político perante o eleitor para se elegerem e para que a chapa a qual compõem receba o maior número de votos possíveis.

Porém, quando o que se transfere durante a campanha não é apenas capital político, mas também capital financeiro, as coisas parecem mudar de figura. Eis aí um verdadeiro risco à referida independência entre os Poderes. Espera-se que nenhum dos Poderes exerça função laudatória em relação ao outro, que não exerçam o mister de meros avalistas diante de matérias que exigem uma atuação rigorosa e crítica para o bem do interesse público, pois não se cogita que o sistema de freios e contrapesos deva operar de modo diverso. Mas indaga-se, como esperar que cada Poder exerça com independência seu papel quando as relações entabuladas à época de campanha estreitaram seus laços para além das convicções políticas e ideológicas e agora se traduzem em dever de gratidão de um para com o outro?

A Resolução 23553/2017¹ do Tribunal Superior Eleitoral, em seu artigo #17, prevê quais devem ser as fontes financiadoras de campanha, constando entre elas a doação oriunda de outro candidato. Para tanto, um candidato pode fazer tal ato de doação valendo-se de seu próprio patrimônio ou do total arrecadado em sua conta específica de campanha. No primeiro caso, a doação é limitada a 10% de seus rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição; já no segundo, o candidato deve respeitar o limite de gastos definido em lei para aquela eleição.

Naturalmente, há argumentos que rechaçam as premissas que alicerçam o objeto deste artigo. Em homenagem aos debates, citemos dois, que por óbvio, não são os únicos. Um deles pode afirmar que um candidato ao destinar recursos (em espécie ou em bens e serviços estimados em dinheiro) para a campanha de outro candidato na mesma eleição não está, de modo algum, engendrando relações que não sejam típicas da relação política, já que se trata de ato de doação e como tal não haveria que se falar em saldo devedor de alguma das partes. Outro argumento pode admitir que as doações trazem consigo pretensões de futura contrapartida e, além disso, criam sim vínculos de gratidão e obrigação (esta última, mesmo que velada), entre doador e donatário. Todavia, segundo esse argumento, condenar tais doações seria medida gravosa e prejudicial ao financiamento das campanhas, pois se os eleitores possuem esse direito e eles, ao exercê-lo, desejam que seu candidato, uma vez eleito, também corresponda a seus interesses, esse fato atestaria a legitimidade das doações entre candidatos. Por coerência, ou questionam-se todos os tipos de doações ou nenhum deles.

De início, nenhum dos argumentos se sustenta. O primeiro porque ingênuo. É flagrante que as doações em campanha que transitam entre candidatos não são desinteressadas. São uteis à consecução dos objetivos do candidato-doador e oportunas à campanha do candidato-donatário, com reflexos imediatos na campanha eleitoral de ambos, como será exposto mais adiante, além de repercutir na aventada futura relação institucional dos Poderes, os quais serão integrados por eles. Já a fragilidade do segundo argumento decorre de sua condição de claro sofisma. Penso que a natureza da doação que tem como origem o eleitor é de natureza absolutamente diversa daquela oriunda de outro candidato, pois o tipo de relação que se dará entre os mandatários eleitos não se assemelha em nada com o tipo de relação com seus eleitores. Afinal, o candidato eleito não terá que travar com seus correligionários relações típicas daquelas existentes entre os membros dos Poderes, tais como fiscalizar, vetar, votar de modo contrário ou pedir esclarecimentos.

O mesmo não se espera que ocorra na relação entre o político e seus eleitores, na qual os vínculos mantidos serão construídos noutros termos. Caberá ao político eleito prestar contas de seu mandato, ouvir as demandas e anseios de sua base eleitoral, enfim, aquiescer com o postulado constitucional de que todo poder emana do povo e de que se encontra subordinado às ideias gerais comungadas junto a seu eleitorado durante a campanha. Essa estreita relação do político com seus eleitores é o cerne da democracia representativa e o ato de doação do eleitor a seu candidato, longe de fragilizar, robustece a cidadania e dinamiza a vida político-partidária no interior da sociedade que se quer engajada.

Pois bem, fincadas as primeiras estacas da discussão que este artigo propõe, qual seja, a de que a transferência de dinheiro (ou de bens e serviços estimáveis em dinheiro) entre candidatos durante a campanha eleitoral enseja conflito de interesse em desfavor da independência entre os Poderes, passemos a um breve apanhado acerca das fontes financiadoras de campanha no Brasil e à observação de como a discussão da legitimidade das mesmas é pauta permanente e necessária nos debates da arena pública nacional. No caso das doações financeiras entre candidatos, será útil termos à mão essa visão geral do modelo para prosseguirmos na averiguação se as condições de legitimidade que a permitiram ingressar no rol legal das fontes financiadores ainda se coadunam com o espírito do tempo atual ou se já se tornaram anacrônicas.

1.1 Legitimidade das fontes financiadoras de campanha no Brasil: um debate necessário e permanente

Pelas regras vigentes, candidatos podem arrecadar recursos por meio dos fundos públicos (partidário e eleitoral), cujos valores são repassados pelos partidos políticos, de acordo com regras *interna corporis* de cada agremiação. No âmbito privado pode o candidato valer-se de doações de eleitores, além do uso de recursos financeiros que integram seu próprio patrimônio e de doações de outros candidatos. Em todos os casos, a doação deve ser contabilizada para poder ser utilizada durante a campanha.

Nota-se por esse modelo de financiamento uma opção híbrida por parte dos legisladores ao não concentrar as fontes de recursos para a atividade político-partidária num único setor, e que ambos os lados, público e privado, equilibram-se e se complementam entre si. Campanhas eleitorais são atividades onerosas, e a coexistência de várias fontes de financiamento contribui para que não ocorra a asfixia do sistema, nem a excessiva dependência de uma só fonte.

No entanto, para ser legítima, essa benigna diversidade de fontes financiadoras precisa não implodir pilares sustentadores da República. Pela leitura do artigo #24 da lei 9504/97², chamada de Lei das Eleições, afere-se que o legislador adotou prudente entendimento ao considerar que, apesar de fundamentais para a viabilização do processo eleitoral brasileiro, as fontes de campanha não devem ser irrestritas.

Não é por outra razão que não a proteção da soberania nacional, que são proibidos, por exemplo, os aportes financeiros oriundos de entidades ou governos estrangeiros para o financiamento das eleições no Brasil, conforme preconiza o inciso I do artigo em comento. Objetiva-se impedir que estados estrangeiros se imiscuam nas deliberações do povo brasileiro e sordidamente venham a financiar representantes de seus interesses.

Outro exemplo de proibição diz respeito a recursos advindos de entidades beneficentes e religiosas tendo como destino partidos políticos e candidatos. O primado que o inciso VIII do artigo #24 da Lei das Eleições visa preservar é o da laicidade do Estado, condição *sine qua non* para uma sociedade livre, igualitária e plural. Vale dizer que a restrição desses recursos não constava da redação original da Lei das Eleições. Foi incluída nove anos mais tarde, com a redação da Lei 11300/06³, o que mostra o caráter perene da discussão das fontes financiadoras de campanha.

Mais recentemente, a questão do financiamento de campanhas por meio de empresas gerou intensos debates a respeito do tema. Ao cabo das discussões, essas doações foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4650⁴ em 2015, cuja proibição explícita deu-se por meio da Lei 13150/15⁵, editada no mesmo ano pelo Congresso Nacional.

No entanto, essa proibição não representa fato novo no ordenamento jurídico nacional. A Lei 5682/71⁶, que regeu todas as eleições brasileiras desde sua edição até 1992, já mantinha tais doações à margem do processo eleitoral. Foi em 1993, com o país ainda sob o rescaldo dos escândalos trazidos à tona pela CPI do chamado “esquema PC Farias”, que apurou desvios na captação de recursos na campanha do então Presidente Collor, que se formou entendimento para legalizar as doações empresariais. No voto do Ministro Gilmar Mendes, voto vencido na citada ADI 4650, sua excelência rememora o espírito daquela época, o da necessidade de conferir maior transparência e

controle às doações empresariais, resgatando-as da ilegalidade, o que resultou na edição da Lei 8713/93⁷:

“Além disso, o relatório da CPI afirmava com clareza e considerando a experiência comparada, que a legislação brasileira, ao vedar as doações de pessoas jurídicas aos partidos e campanhas eleitorais, era assaz restritiva e, portanto, irreal. Consignava que o fluxo de recursos de empresas para campanhas era realidade em todo o mundo civilizado e que a legislação brasileira beirava o ridículo, uma vez que estava comprovado, à saciedade, que ela não era capaz de impedir o aporte de recursos de empresas para as campanhas. Isso levava à conclusão de que seria hipocrisia a manutenção da vedação de recursos de empresas nas campanhas eleitorais e que, nesse sentido, o que o país precisava de fazer era, não apenas regulamentar com rigor o aporte de recursos nas campanhas (entrada de recursos), mas sobretudo, impor limites aos gastos (saídas de recursos) das campanhas, os quais deveriam ser fiscalizados com máxima eficiência pela Justiça Eleitoral.”

Muito embora tenha ficado patente que o que motivou oito dos onze ministros do STF a declarar a inconstitucionalidade das doações empresariais tenha sido i) a impertinência dos vultosos montantes de dinheiro despejados nas campanhas eleitorais brasileiras, o que vinha a desequilibrar sensivelmente o resultado das eleições em favor dos partidos e candidatos escolhidos como beneficiários e; ii) as práticas de malversação da arrecadação e uso desses valores, uma terceira razão emerge da leitura do citado acórdão da ADI 4650.

Ainda que as doações empresariais destinadas às campanhas não fossem escamoteadas por meio de contabilização ilegal e representassem valor comedido sobre o total arrecadado por partidos e candidatos, sem embargo, segundo o Ministro Teori Zavaski, elas estariam desprovidas de legitimidade para integrar o rol financiador das campanhas eleitorais, não devendo coexistirem e concorrerem com o ato de vontade do cidadão:

“Um primeiro ponto a ser enfrentado consiste em saber se a autorização de doações em campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, tal como prevista na legislação eleitoral, promove, em alguma medida, o princípio democrático, ou, ao revés, se revela prejudicial ao seu adequado funcionamento. De início, não me parece que seja inerente ao regime democrático, em geral, e à cidadania, em particular, a participação política por pessoas jurídicas. É que o exercício da cidadania, em seu sentido mais estrito, pressupõe três modalidades de atuação cívica: o *ius suffragii* (i.e., direito de votar), o *ius honorum* (i.e., direito de ser votado) e o direito de influir na formação da vontade política através de instrumentos de democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 347). Por suas próprias características, tais modalidades são inerentes às pessoas naturais, afigurando-se um disparate cogitar a sua extensão às pessoas jurídicas.”

Nos casos acima citados, segundo os legisladores, aferiu-se um risco maior do que o ganho oferecido pelo seu financiamento. Em todas eles, antes que a lei as tornasse ilegais, houve o sopesar de suas vantagens e desvantagens para o processo democrático.

No caso das doações entre os candidatos, é preciso que amiúde se faça o mesmo exercício.

Claro, não se deve negar aos candidatos o direito de atuar em prol de seu partido ou coligação. Negar esse direito seria ir contra à própria política. Contudo, seria então o ato de doação, pelas razões já expostas, um instrumento virtuoso para o usufruto desse direito?

E como se não bastasse que a principal consequência deletéria da doação de recursos entre candidatos seja a de corromper a independência entre os Poderes, outras pululam ao redor da mesma prática. Citemos duas.

Ao captar recursos para a própria campanha - seja por meio dos fundos públicos (por intermédio dos partidos políticos), de doações de eleitores ou do uso de seu patrimônio pessoal - o candidato faz valer sua capacidade arrecadatória que, a meu ver, parece ser legítima apenas quando gera frutos à sua própria campanha, pois não se deturpa aquilo que podemos chamar de “vontade da fonte doadora” - sobretudo no caso de doação de eleitores, pois está-se diante de um ato personalíssimo. Quando o eleitor doa recursos a seu candidato, presume-se que o faz desejoso de que aquele dinheiro seja usado exclusivamente para alavancar as chances de vitória do donatário, e não de terceiros. Ou algum candidato deixa explícito na campanha de que repassará, a seu critério, parte do dinheiro ou de bens e serviços estimáveis em dinheiro a outro candidato?

Além disso, o atual modelo é potencialmente capaz de gerar disfuncionalidade semelhante ao do sistema vigente de coligações em que candidatos, com poucos votos, são eleitos a reboque de candidatos de votação expressiva. No caso da doação entre candidatos, possibilita-se que aqueles que arrecadam por méritos próprios e de maneira legal elevadas quantias de recursos arrastem consigo candidatos cuja letargia arrecadatória pode não ser necessariamente evidência de retidão como se é levado a crer muitas vezes, mas sim, de baixa expressão política.

Mas diante desse quadro empírico, haveria mesmo número significativo de candidatos dispostos a lançar mão de recursos financeiros próprios em favor de outro candidato, unicamente pela hipótese de vir o donatário, caso eleito, a demonstrar seu beneplácito perante o doador? Pois a resposta passa pela observação de que i) a prática só é útil ao doador se realizada entre candidatos postulantes a poderes diferentes (Legislativo e Executivo), em que não há concorrência de votos entre ambos e ii) o auxílio a outro candidato, durante as eleições, em boa parte das vezes não é feito por meio de transferência de dinheiro ou de doações de bens e serviços, o que geraria uma baixa nos ativos do doador, mas sim por meio do uso comum desses bens. É o que se chama de “doação de bens e serviços estimados em dinheiro”. Por essa forma de contribuição, o ato de doação não significa dispensar recursos para que o candidato donatário possa realizar de forma autônoma a contratação de gastos para a sua campanha. O gasto que é contratado para a campanha de um candidato torna-se extensível à campanha do segundo, o que acaba tornando a prática de doação de bens e serviços estimáveis em dinheiro vantajosa para ambos os lados, pois não se faz necessário dispensar recursos para outro candidato e como resultado, obtém-se, por ato contínuo à doação estimada em dinheiro, um cabo eleitoral ativo durante toda a campanha. “Doação útil” seria um nome apropriado para a prática.

2 DOAÇÃO E USO COMUM DE BENS E SERVIÇOS ESTIMÁVEIS EM DINHEIRO

A Lei 9504/97, em seu artigo #26, lista o rol de gastos de campanha passíveis de serem contratados pelos candidatos durante as eleições. Dentre eles, praticamente todos os gastos podem ser de uso comum entre os candidatos, tais como materiais impressos (santinhos, adesivos, bandeiras), despesas com instalação de comitês, aluguel de carro de som, produção e veiculação de *jingles*, vinhetas e *slogans*, etc. Em todos esses bens e serviços, os candidatos de mesmo partido ou coligação podem se valer da imagem um do outro para melhor difundir sua campanha junto a seus eleitores. É o que ocorre, por exemplo, quando o candidato a prefeito e o candidato a vereador produzem material gráfico posando um ao lado do outro, ou quando o *jingle* de campanha, a ser anunciado por meio de carro de som pela cidade ou da propaganda eleitoral na tevê ou no rádio faz referência às duas candidaturas, sugerindo uma “dobradinha” entre ambos.

O procedimento contábil que a lei exige nesses casos é que o candidato doador estime em dinheiro o custo do material ou serviço a ser doado a outro candidato. Se, por exemplo, um candidato contrata a impressão de material gráfico no valor de R\$ 1.000,00, em que a imagem dele é impressa sendo associada a outro candidato e em seguida o contratante doa para o candidato donatário metade do produto gráfico contratado, um cálculo contábil possível é que o candidato doador estime a doação em R\$ 500,00. Como ambos os candidatos estão submetidos a limites de arrecadação e gastos durante a campanha e à exigência de dar publicidade a eles, tal valor estimado deverá ser contabilizado como gasto nas contas do candidato doador. No entanto, há também a possibilidade de o candidato realizar a doação não na condição de candidato, mas de pessoa física, o que faz com que não haja dedução do limite de gastos de campanha do candidato doador, mas sim do limite a que ele enquanto pessoa física está submetido. Já na conta de campanha do donatário, a doação do bem deverá ser contabilizada como receita (neste caso, em R\$ 500,00 em recebimento de doação estimada), já ocorrendo a contabilização concomitante da despesa, no mesmo valor.

E essa relação “ganha-ganha” do atual modelo de doação de bens e serviços estimados em dinheiro é fundamental para que o ato de doação a outro candidato não seja apenas uma possibilidade remota, já que ao doar recursos, o candidato doador vê seu limite de gastos diminuir, limitando sua própria campanha, já que toda doação por parte de candidato deve ser registrada como um gasto. É vantajoso que as campanhas se associem, pois o financiamento predominante ou exclusivo por uma das partes não gera prejuízo financeiro ao doador; pelo contrário, quanto mais doações de bens e serviços de uso compartilhado um candidato fizer, mais sua própria campanha poderá ganhar visibilidade, sendo pouco eficiente que materiais e serviços sejam contratados visando a promover uma única imagem.

E não é relevante para este debate saber se o objeto da doação é de pequena ou grande monta ou se trata de simples material gráfico ou serviços de alta complexidade, importando para os fins aqui mencionados apenas saber se os custos foram suportados integralmente ou majoritariamente por uma das partes. No Brasil, país de realidades diversas, o montante dispensado numa campanha de âmbito estadual, federal ou municipal das grandes cidades brasileiras contrasta radicalmente com o que se transita monetariamente nas eleições municipais dos médios e pequenos centros. A diferença também ocorre nos tipos de gastos contratados pelos candidatos. Dados do TSE⁸ mostram que nas eleições municipais de São Paulo em 2016, a maior do Brasil, os dois candidatos mais bem colocados ao término das eleições, gastaram juntos mais de R\$ 14,6 milhões na contratação de serviços de produtoras de tevê e vídeo. Já os gastos com

material impresso totalizaram R\$ 2,9 milhões, enquanto que as doações a outros partidos e candidatos totalizaram R\$ 3,2 milhões. Ocorre que, mesmo nesses complexos serviços profissionais, comum nas grandes campanhas eleitorais brasileiras, é possível que haja também a doação estimada de parcela desses serviços, como no caso de um candidato contratar para si serviços de consultoria jurídica, contábil, de marketing político e ainda, valendo-se da economia de escala, contratá-los também para seus correligionários.

Entretanto, e levando em consideração as exceções que confirmam a regra, não se vislumbra que uma candidatura autóctone desses grandes centros, que exige centenas de milhares de reais para se concretizar, possa obter êxito sendo içada exclusivamente por meio de doações de recursos de outros candidatos. Alguma fonte alternativa de recursos os candidatos haverão de obter para viabilizar suas campanhas. Ainda assim, mesmo que a doação recebida não constituía a quase totalidade dos recursos arrecadados pelo candidato e que este seja capaz de obter novas fontes de recursos, alguma relação afetiva forjou-se no recebimento do ato de doação, o que seguramente não se limitará ao lapso temporal da campanha. Já nas médias e pequenas cidades, a influência das doações entre candidatos é bem maior. Não é descabida a hipótese de candidatos às câmaras municipais elegerem-se tendo como única fonte financiadora a doação de bens e serviços de candidatos à prefeitura municipal de seu partido ou coligação. Diante da escassez das fontes de recursos, o mecenato intrapolítico acaba sendo gestado sem maiores empecilhos nessas eleições.

Seja nas capitais ou nos rincões do Brasil, seja por meio de serviços e bens de alta ou baixa complexidade, o que se releva ruinoso para o processo democrático não é a associação da imagem dos candidatos durante a campanha, o que por si só, não representa ameaça a independência que se fará necessária no momento seguinte ao pleito, até porque a práxis política constitui-se de todas essas simbióticas ações de alianças e parcerias. Ruinosa é a relação de dependência financeira entre os candidatos, pois esta não os mantém em pé de igualdade, seja por meio de doação em dinheiro ou em bens e serviços estimados em dinheiro.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conciliação da livre existência da prática política com o uso comedido do poder econômico é o moto-contínuo da sociedade democrática, cuja manutenção de suas engrenagens ela tem como dever. As discussões acerca do tema ocorridas no Brasil nas últimas décadas foram nessa direção. Tiveram elas como objetivo aprimorar o sistema eleitoral, obliterando práticas venais que se interpunham entre a livre consciência do eleitor e o voto.

Ressalte-se que a associação entre candidatos durante as eleições não contribui para essas nocivas práticas, pois são manifestações legítimas e próprias da democracia. Além disso, aos candidatos, a todos eles, deve-se oferecer a presunção de compromisso ético, não se tomando o vício como regra geral, sob pena de vivermos sob a égide permanente da desconfiança.

Isso posto, ainda assim não há que se excluir da lei a possibilidade de ela estabelecer que algumas fontes doadoras trazem consigo vícios potenciais superiores às virtudes que possam ser entregues ao sistema. Façamos menção uma vez mais ao caso da proibição das doações empresariais. O Ministro Luiz Fux, do STF, demonstrou

pragmatismo acerca das reais intenções das doações das pessoas jurídicas ao processo eleitoral. Em trecho do seu voto na ADI 4650, o Ministro assim asseverou:

“A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano.”

De modo diverso à opinião do Ministro Fux em relação às doações empresariais, admitamos forçosamente que não reste configurado um “agir estratégico” por parte do candidato doador, mas sim uma genuína intenção de colaborar ideologicamente com seus partidários. Ainda assim, é inescapável a conclusão de que, independentemente do caráter subjetivo do ato, o valor, bem ou serviço recebidos tiveram influência no andamento da campanha do candidato que os recebeu. A partir desse momento, seria até mesmo inumano exigir do candidato beneficiado rigor, distanciamento e imparcialidade com seu padrinho político se as circunstâncias assim exigirem durante o exercício dos mandatos.

Por outro lado, com a recente proibição das doações oriundas de pessoas jurídicas, as demais fontes legais à disposição dos partidos e candidatos aumentaram relativamente em importância no sentido inversamente proporcional à arrecadação auferida. E por aí pode-se compreender a justificativa para que as doações entre candidatos sejam ainda permitidas pela legislação eleitoral. Retirá-la do rol de fontes financiadoras, é preciso também admitir, representaria mais perdas de arrecadação para um modelo que ainda se adapta a uma nova realidade.

Outras fontes de financiamento encontram-se hoje diante de questionamentos quanto à sua legitimidade. Tramitam no STF ações diretas de inconstitucionalidade^{10,11} (ADI 5808 e 5914) nas quais vários partidos políticos pedem que o autofinanciamento ilimitado dos candidatos seja proibido, alegando que o modelo atual é propício para formações de plutocracias. Por sua vez, o financiamento exclusivamente público de campanha encontra guarida em setores que acreditam ser essa a única maneira de conferir isonomia às campanhas.

A história e o Direito estão em permanente construção. A vigilância de princípios norteadores do direito eleitoral é imprescindível para o aperfeiçoamento do regime republicano e democrático. Se devemos permanecer no modelo de financiamento de campanha em que, em razão de permitir mais oferta de recursos às campanhas eleitorais, permite-se também que haja o risco de os Poderes experimentarem pouca ou nenhuma independência em relação ao outro no curso dos mandatos, com o devido respeito às opiniões contrárias, penso que não.

4 REFERÊNCIAS

- 1 TSE - TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução 23553/2017. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/res235532017.html>>. Acesso em: 18 out. 2018.
- 2 PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 9504/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.
- 3 PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 11300/06. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11300.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.
- 4 SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=tp&docid=10329542>>. Acesso em: 10 out. 2018.
- 5 PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 13150/15. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13150.htm>. Acesso em: 08 out. 2018.
- 6 PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 5682/71. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/15682.htm>. Acesso em: 08 out. 2018.
- 7 PALÁCIO DO PLANALTO. Lei 8713/93. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18713.htm>. Acesso em: 08 out. 2018.
- 8 DIVULGAÇÃO DE CANDIDATURAS E CONTAS. Divulgação de Candidaturas e Contas – São Paulo/SP. Disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/municipios/2016/2/71072/candidatos>>. Acesso em: 08 out. 2018.
- 9 PALÁCIO DO PLANALTO. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2018.
- 10 SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5808. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/consultarprocessoeletronico.jsf?seqobjetoincidente=5304749>>. Acesso em: 10 out. 2018.
- 11 SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5914. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/consultarprocessoeletronico.jsf?seqobjetoincidente=5369698>>. Acesso em: 10 out. 2018.
- 12 TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA. Prestação de conta - bens e serviços. Disponível em: <https://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/partidos_politicos/prestacao_contas_curso/modulo2/2_5_bens_e_servicos.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.
- 13 ABNT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT 6022:2018. Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica - apresentação.

Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?id=395357>>. Acesso em: 30 out. 2018.

**VOTO DISTRITAL:
COMENTÁRIOS ÀS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO
NO SISTEMA BRASILEIRO**

**ELECTORAL DISTRICT VOTING SYSTEM
COMMENTS ON THE AMENDMENT PROPOSALS
IN THE BRAZILIAN SYSTEM**

MARISA AMARO DOS REIS

Advogada em São Paulo. Eleitoralista. Editora de Doutrina Jurídica. Especialista em Direito Eleitoral e Processual pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista (EJEP-TRE/SP). Membro Colaborador do Instituto Paulista dos Magistrados (IPAM).

ALLAN AUGUSTO GALLO ANTONIO

Advogado em São Paulo (Universidade Presbiteriana Mackenzie/2017; Blackstone Fellow/2014). Analista Internacional na mesma Universidade. Ex-Assessor do Presidente do Instituto Presbiteriano Mackenzie (2015/2016).

RESUMO

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. [9.212/17](#). Originado no Senado Federal, o projeto visa a instituir no Brasil o sistema misto de voto distrital segundo o qual, se aprovado, os eleitores farão duas escolhas: uma quanto ao candidato de seu respectivo distrito e outra quanto ao partido de sua preferência. O presente trabalho analisa esse instituto – o sistema distrital de votação –, tanto no projeto em trâmite quanto em dois países nos quais é adotado. Realizada pesquisa doutrinária, legislativa e em sites oficiais sobre sistemas estrangeiros, são tecidas críticas às propostas de adoção desse sistema no Brasil e levantados questionamentos quanto aos seus efeitos práticos no aprimoramento da política nacional.

Palavras-chave: Voto; distrito; distrital; eleitoral; política.

ABSTRACT

The bill n. 9.212/17 is under analysis in the Brazilian Congress. Originally, authored in the Senate, the bill aims to institute the mixed system of electoral districts in Brazil according to which, if approved, and the voters will make two choices: one regarding the candidate of their respective district and another regarding the party of their preference. This paper analyzes this institute - the electoral district voting system - both in the bill under analysis in the congress and in two different countries in which this system is adopted. The research carried out on doctrinal, legislative and official websites on foreign systems is critical to the proposals of adoption of this system in Brazil and raised questions about its practical effects in the improvement of national policy.

Keywords: Vote; district, electoral, politics,

VOTO DISTRITAL: COMENTÁRIOS ÀS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Sistema de Voto por Distrito Nas Eleições Proporcionais. 2 Breve Panorama do Voto Distrital na Alemanha e Reino Unido. 2.1 Alemanha. 2.2 Reino Unido. 2.2.1 Distritos Eleitorais (Constituencies). 3 O Projeto de Lei nº 9.212/2017. 3.1 Dos Distritos. 3.2 Da Competência da Justiça Eleitoral. 3.3 Do Voto Distrital Misto. 3.4 Da Representação Proporcional em Distritos uninominais. 3.5 Da Lista Ordenada de Partidos da Circunscrição. 3.6 Da Distribuição dos Lugares aos Candidatos. 4 Apontamentos a Respeito da Adoção do Voto Distrital Misto no Brasil. 5 Conclusão. 6 Referências.

INTRODUÇÃO

A crescente crise de representatividade acirra as discussões sobre a necessidade de ampla reforma política visando a garantir maior legitimidade à representação popular aproximando o eleitor de seus representantes eleitos. Uma das questões que se colocam diz respeito à possível substituição, pelo sistema distrital, do vigente sistema proporcional de contabilização de votos.

Dentre as inúmeras propostas de reforma eleitoral e política, algumas transformadas em projetos de lei, tramita o PL nº 9212/17, originado no Senado Federal e que visa a instituir no Brasil o sistema misto de voto distrital segundo o qual, se aprovado, os eleitores farão duas escolhas: uma do candidato de seu respectivo distrito e outra do partido de sua preferência.

O presente trabalho analisa esse instituto – o sistema distrital de votação –, tanto no projeto em trâmite quanto em dois países nos quais é adotado, Alemanha e Reino Unido. Realizada pesquisa doutrinária, legislativa e em sites oficiais sobre sistemas estrangeiros, são tecidas críticas às propostas de adoção desse sistema no Brasil e contestadas as alegações relativas aos seus efeitos práticos no aprimoramento da política nacional.

1 O SISTEMA DE VOTO POR DISTRITO NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS

Para melhor compreensão do sistema distrital, cabem breves considerações a respeito do sistemas eleitorais proporcional e majoritário, este, adotado para as eleições para os cargos de Senador, Presidente da República, Governador e Prefeito, levando em consideração o número de votos válidos dados a cada candidato. Esse método de escolha de governantes pode se dar em dois momentos: a) majoritário simples, para os cargos de senador e prefeito de cidades com menos de 200 mil habitantes (escolha por maioria simples) e b) majoritário absoluto, eleições para presidente da república, governador e prefeitos de Municípios com mais de 200 mil eleitores¹ (escolha por maioria absoluta de votos que, se não alcançada, requer 2º turno de votação).

Já o sistema proporcional é utilizado para escolha de Deputados e Vereadores. Note-se que, neste caso, é relevante o número de votos válidos dados *ao partido*. Apesar das inúmeras distorções inerentes a esse sistema, visa ele a distribuir as cadeiras às agremiações partidárias da forma mais equilibrada possível, sendo minimamente eficaz

¹ CF, art. 29, inc. II.

quanto à representação das minorias no parlamento,² possibilitando uma maior número de partidos ser representado de acordo com a votação recebida nas urnas.

Importante ressaltar que, no Brasil, o sistema proporcional para os mandatos eletivos no Poder Legislativo se dá por meio de lista aberta, na qual os partidos registram os seus candidatos em ordem aleatória.

O corpo de eleitores brasileiro (no total, mais de 147 milhões em 2018) está dividido em grandes circunscrições eleitorais. Especificamente para a escolha de deputados e vereadores, são duas: os municípios e os estados.

Voto Distrital é um sistema de escolha de candidatos no qual, em suma, se divide o colégio eleitoral em distritos eleitorais menores e o eleitores desses núcleos só podem votar no candidato registrado para ali concorrer. Os métodos e vertentes de aplicação desse sistema varia conforme o país onde é adotado, mas, a despeito das diferenças, por esse método eleitor só vota em candidato do respectivo distrito.

No sistema de voto por distrito, mais especificamente no sistema misto, cuja adoção no Brasil vem sendo objeto de discussão há alguns anos, há uma combinação do voto proporcional e do voto majoritário:

- Majoritário: os eleitores votam uma vez em candidatos do seu distrito e outra na legenda partidária. Esses votos majoritários são atribuídos aos candidatos registrados pelos partidos políticos para o *distrito* e o que conquistar mais votos estará eleito.

- Proporcional: os eleitores votam uma vez no partido de sua preferência. Esses votos dados à legenda (sistema proporcional) são computados em todo o município (ou estado), conforme o quociente eleitoral calculado.³

Vale notar que em países que adotam o sistema distrital *puro*, também com distritos divididos para representar um número “x” de eleitores ou um território “z”, os partidos registram um candidato para concorrer em cada distrito e no pleito também se elege, para o Legislativo, um representante de cada distrito.

O projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional mistura algumas vertentes do voto distrital, concluindo por propor a adoção de um sistema peculiar, semelhante ao sistema distrital misto alemão.

2 BREVE PANORAMA DO VOTO DISTRITAL NA ALEMANHA E NO REINO UNIDO

Dois dos países mais mencionados quando se trata do voto distrital, a Alemanha e o Reino Unido, ainda que com grandes diferenças no que se refere à realidade brasileira, servem para melhor compreensão desse sistema, até porque muito do que se refere ao tema no Brasil é formulado com base na experiência internacional. Ressalte-se apenas que os sistemas de voto tendem a seguir uma lógica semelhante em todas as nações ocidentais, embora sistemas de mesmo nome possam diferir em muitos aspectos em nações diferentes.

2.1 ALEMANHA

O exemplo mais citado como possível modelo é o sistema eleitoral alemão, ou sistema “distrital misto”. Trata-se, na realidade, de sistema proporcional e nele o eleitor

² O eleitor, ao votar “com um clique” está atribuindo um voto ao seu candidato, mas, principalmente, ao respectivo partido ou, ainda, só à legenda, se assim desejar. O partido elegerá um candidato a cada vez que alcançar o quociente eleitoral. Se este for de 200 mil e o partido tiver conquistar 1 milhão de votos, elegerá 5 candidatos (os 5 mais votados), independentemente de seus adversários, como candidatos considerados individualmente, terem obtido muitos votos.

³ Resultado da divisão do número de cadeiras em disputa pelo número de votos válidos.

vota duas vezes: uma pelo sistema majoritário (distrital) e uma em lista partidária fechada (pelo sistema proporcional).

O preceito básico da democracia alemã está no art. 20 de sua constituição (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland): “todo poder emana do povo”. O país funciona no sistema de democracia representativa, onde os deputados para o Parlamento Federal Alemão (*Bundestag*) são eleitos a cada quatro anos. As principais funções do Parlamento Alemão são: a) eleger o Chanceler Federal, c) legislar e d) Controlar o Governo.

O sistema eleitoral para eleições federais adota um sistema proporcional personalizado. No sistema alemão cada eleitor tem direito a dois votos. No primeiro voto o cidadão escolhe qual o político de seu distrito deve ser deputado no Parlamento Federal. Metade dos assentos no Parlamento é preenchida com esses votos. A segunda metade é preenchida através das listas estaduais dos partidos políticos. Os partidos apresentam candidatos ao Parlamento Federal em cada Estado federado.

O segundo voto é chamado voto de legenda. Nesse caso o eleitor escolhe o partido que prefere. Esse voto tem uma importância maior, pois delineiam as relações de poder no âmbito do Parlamento, distribuindo proporcionalmente o número de assento para cada parlamentar com base no número de votos obtidos pela legenda.

O *Bundestag* possui regimentalmente de 598 assentos – mas esse número pode aumentar. Atualmente, há 709 deputados. Isso decorre dos mandatos excedentes (*Überhangmandate*)⁴, mas nem sempre foi assim. Até poucos anos atrás se um partido obtivesse mais votos diretos do que votos na legenda, só teria direito ao número de assentos representado pelos votos na legenda. Os assentos excedentes seriam desconsiderados. Foi então que no ano de 2013 o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht), decidiu que o sistema tal qual foi concebido era incompatível com a Constituição do país e, portanto, inconstitucional. Foi da necessidade de conformidade constitucional, que a figura dos assentos de nivelamento/ *Leveling seats* (*Ausgleichsmandat*) surgiu.

Os assentos de nivelamento basicamente funcionam assim: quando um partido tem direito, através dos votos de legenda (segundo voto), por exemplo a 100 assentos, mas 110 dos seus candidatos foram eleitos através dos votos diretos (primeiro voto), esses dez excedentes podem assumir seus assentos no Parlamento Federal. A fim de que os demais partidos não sejam prejudicados por isso, concede-lhes também mandatos adicionais no mesmo percentual.⁵

Nas eleições de 2017 competiram entre si 42 partidos, o maior número desde a reunificação alemã. Existem dois grandes partidos hegemônicos, quais sejam: o CDU/CSU (*Unionsparteien*) de centro direita, e o SPD (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*) de centro esquerda.

Somente os partidos que somam em todo o país o mínimo de cinco por cento de todos os votos de legenda (segundo voto) é que podem ter representação no Bundestag. A cláusula dos cinco por cento impede que um número excessivo de pequenos partidos políticos seja representado no Parlamento, o que dificultaria a formação de uma coalizão governamental capaz de governar.

Na qualidade de uma república parlamentarista, a Alemanha possui um Presidente (*Bundespräsident*), cargo atualmente ocupado pelo advogado Frank-Walter Steinmeier e um Chanceler Federal (*Bundeskanzler*), cargo atualmente ocupado pela física Angela Merkel. O cargo de Chanceler Federal é equivalente ao cargo de Primeiro Ministro em outras nações parlamentaristas.

⁴ Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/germany/german-election-system-explained-a-923243.html>>. Acesso em: 21out2018.

⁵ Disponível em: <<https://www.deutschland.de/pt-br/topic/politica/assim-funciona-a-eleicao-parlamentar-federal>>. Acesso em: 18out2018.

O Chanceler enquanto chefe de governo não é eleito pelo voto direto dos cidadãos, mas pelo voto dos deputados do Parlamento Federal. Tradicionalmente o Presidente Federal na qualidade de Chefe de Estado, sugere o nome do candidato à Chancelaria, que via regra é o candidato do partido que possui o maior número de assentos do Parlamento. O atual sistema eleitoral alemão é, em substância, uma mistura do sistema distrital e do proporcional de lista fechada. Os distritos eleitorais da Alemanha são bem menores do que os seus “estados”. O sistema vigora razoavelmente bem em terras germânicas, principalmente devido à distribuição homogênea da população pelo território.⁶

O território Alemão está atualmente subdividido em um total de 299 distritos eleitorais (*Bundestag constituencies*)⁷ para as eleições do Parlamento Federal. O legislador recorreu aos números da população alemã em 31 de julho de 2015 para delimitar os círculos eleitorais para a última eleição. Foi utilizado o método de cálculo *Sainte-Laguë / Schepers*⁸ para o cálculo dos distritos eleitorais, que foram distribuídos entre os estados federados (*Länder*) na Eleição do Bundestag de 2017. O número médio de pessoas alemãs para o círculo eleitoral foi de cerca de 250.000 em 31 de julho de 2015.

2.2 REINO UNIDO

No Reino Unido existem 06 diferentes níveis/modalidades de eleições: 1) Eleições para a Câmara dos Comuns (*House of Commons*) equivalente à Câmara dos Deputados, 2) eleições para Paramentos e Assembleias regionais desconcentradas (*Devolved Parliaments and Assemblies*), 3) eleições para o Parlamento Europeu (*European Parliament*), 4) eleições locais, 5) eleições para Prefeitos (*mayoral elections*) e 6) eleições para comissários da polícia e da criminalidade (*Police and Crime Commissioner*).

As estruturas políticas de Estado no Reino Unido são muito diferentes das do Brasil. Repousam em anos de tradição consuetudinária que, apesar de parecerem anacrônicas na visão do cidadão brasileiro médio, têm demonstrado considerável efetividade.

Exemplo dessa diferença estrutural está na própria constituição do Reino Unido como país. A formação da união política que hodiernamente se denomina como Reino Unido teve sua constituição oficial por meio dos Atos de União (*Acts of Unions*) de 1707, que colocou sob e égide de um mesmo ente político três nações antiquíssimas: Inglaterra, Escócia e Paíse de Gales. Em 1800 Parlamento Irlandês ratificou os Atos de União e deu origem a um Reino que compreendia também toda a Irlanda. No entanto, depois de muitas controvérsias, parte da Irlanda foi reconhecida como independente por meio do tratado Anglo-Irlandês (*Anglo-Irish Treaty*), resultando posteriormente em duas nações diferentes que se mantêm até o presente ano, saber: A República da Irlanda (Éire) e o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*), este último objeto do presente estudo.

Como já mencionado, existem diversos tipos de sistema atualmente utilizados nas eleições do Reino Unido para eleger prefeitos e representantes para a Câmara dos Comuns, o Parlamento Escocês, a Assembleia Nacional para o País de Gales, a Assembleia da Irlanda do Norte, o Parlamento Europeu e as autoridades locais do Reino Unido. Vale mencionar que antes de 1997 todas as eleições no Reino Unido com exceção da Irlanda do Norte utilizavam o mesmo sistema de votação.

⁶ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/08/1911959-o-modelo-eleitoral-alemao-pode-funcionar-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 18out2018.

⁷ Disponível em: <<https://www.bundeswahlleiter.de/en/service/glossar/w/wahlkreise.html>>. Acesso em: 18out2018.

⁸ Disponível em: <<https://www.bundeswahlleiter.de/en/service/glossar/s/sainte-lague-schepers.html>>. Acesso em: 18out2018.

A fim de aplicar e assegurar uma compreensão mais acurada e correspondente à realidade institucional do país em análise, buscou-se informações e a descrição de cada tipo sistema na base de dados do próprio Parlamento.⁹

a) *First-past-the-post ou Escrutínio Majoritário Uninominal*

b)

A sistemática *First-past-the-post* é utilizada para eleger membros do Parlamento para a Câmara dos Comuns e para as eleições locais na Inglaterra e no País de Gales. Nessa modalidade, o país todo ou a fração local é dividida em distritos (Constituencies) e subdistritos (Wards) eleitorais.¹⁰

c) *Alternative Vote ou Voto Alternativo (VA)*

O voto alternativo é usado para eleger a maioria dos presidentes de comissões selecionadas na Câmara dos Comuns. O VA também é usado para a eleição do Lord Speaker líder oficial da Câmara Alta, conhecida como Câmara dos Lordes (House of Lords) e para eleições paralelas para membros hereditários da Câmara dos Lordes. Nessa sistemática, os eleitores classificam os candidatos em ordem de preferência marcando 1, 2, 3 e assim por diante, ao lado dos nomes dos candidatos em uma cédula de votação. Um eleitor pode classificar quantos candidatos desejar ou apenas votar em um candidato.

As cédulas de voto são então contadas usando os primeiros votos de preferência (isto é, aqueles com um número 1 marcado ao lado do seu nome). Se um candidato recebe mais de 50% dos votos da primeira preferência, ele é eleito.

Se nenhum candidato atingir esse limite de 50%, o candidato com o menor número de votos preferenciais será eliminado. Seus votos de segunda preferência são então realocados para os candidatos restantes. Se, após essa etapa, um candidato tiver mais votos do que os outros candidatos restantes juntos, esse candidato será eleito. Caso contrário, o processo de eliminação e realocação de votos preferenciais é repetido até que um candidato tenha mais votos do que os demais candidatos restantes juntos e seja eleito.

d) *Supplementary Vote ou Voto suplementar (VS)*

O sistema do Voto Suplementar é usado para eleger o prefeito de Londres e outros prefeitos eleitos na Inglaterra e no País de Gales.

O sistema VS é muito semelhante ao sistema VA. No VS os eleitores estão limitados a uma escolha de primeira e segunda preferência. Um eleitor escolhe em uma coluna para seu primeiro candidato de preferência e outro na segunda coluna para sua segunda preferência (caso deseje, pois é optativo).

As cédulas de votação são contadas e se um candidato recebeu mais de 50% dos primeiros votos de preferência na primeira contagem, então ele é eleito.

Se nenhum candidato atingir o limite de 50%, os dois candidatos com o maior número de votos serão retidos e os outros candidatos eliminados. As segundas preferências nas cédulas de votação dos candidatos eliminados são contadas e qualquer

⁹ Disponível em: <<https://www.parliament.uk/about/how/elections-and-voting/voting-systems/>>. Acesso em: 26out.2018.

¹⁰ Por exemplo, a cidade de Birmingham é dividida em 10 Constituencies, que elegem um membro do Parlamento para a Câmara dos Comuns. Cada Constituency é dividida em dois Wards, que elegem membros para o Conselho Municipal (City Council). Disponível em: https://www.birmingham.gov.uk/info/20057/about_birmingham/665/wards_and_constituencies. Acesso em: 26out.2018.

conversão para os dois candidatos restantes é transferida. O candidato com o maior número de votos no final deste processo é eleito.

e) *Single Transferable Vote ou Voto Único Transferível (VUT)*

O sistema do voto único transferível é usado para eleger os Deputados-oradores na Câmara dos Comuns. O VUT também é utilizado na Assembleia da Irlanda do Norte, as eleições locais na Escócia e Irlanda do Norte e as eleições para o Parlamento Europeu na Irlanda do Norte. Ele configura como uma modalidade de voto proporcional.

Os grupos constituintes de vários membros são obrigatórios para o VUT, o que significa que os eleitorados são normalmente maiores, mas elegem vários representantes, em vez de apenas um.

No VUT, os eleitores classificam os candidatos em ordem de preferência marcando 1, 2, 3 e assim por diante, ao lado dos nomes dos candidatos em uma cédula de votação. Um eleitor pode classificar quantos candidatos quiser ou apenas votar em um candidato.

Cada candidato precisa de um número mínimo de votos para ser eleito. Esse número é calculado de acordo com o número de assentos e votos válidos e é chamado de quota. Os primeiros votos de preferência para cada candidato são somados e qualquer candidato que tenha atingido essa cota é eleito.

Se um candidato tiver mais votos do que o necessário para preencher a cota, os votos excedentes desse candidato serão transferidos para os candidatos restantes. Votos que teriam ido para o vencedor, em vez disso, vão para a segunda preferência listada nas cédulas de votação.

Se os candidatos não atingirem a cota, o candidato com o menor número de votos de primeira preferência será eliminado e os votos de segunda preferência serão transferidos para outros candidatos. Esse processo é então repetido até que todos os lugares estejam preenchidos.

f) *Additional Member System ou Sistema de Membro Adicional (SMA)*

O Sistema de Membro Adicional é utilizado para eleger o Parlamento Escocês, a Assembleia Nacional do País de Gales e a Assembleia de Londres. Fora do Reino Unido é conhecido como sistema de representação proporcional mista (MMP), pois combina o voto distrital com o voto proporcional. É precisamente o que ocorre na Alemanha, com seu sistema proporcional personalizado (sistemática já anteriormente explicada). No SMA os eleitores recebem dois votos; um para um candidato individual e outro para a legenda. Candidatos individuais são eleitos para distritos usando a sistemática first-past-the-post.

A porcentagem de votos obtidos pelos partidos na votação do partido (segundo escrutínio) determina o número total de assentos, incluindo aqueles eleitos diretamente pelo distrito eleitoral.

g) *Closed Party List ou Lista Fechada*

O sistema de lista fechada é utilizado para eleger deputados do Parlamento Europeu, com exceção da Irlanda do Norte que utiliza o voto único transferível (VUT). Cada eleitor deve escolher na cédula de votação o nome do partido que deseja apoiar. Uma vez contadas as cédulas de voto, cada partido recebe o número de assentos proporcional ao número de votos que recebeu em cada distrito eleitoral.

Distritos eleitorais com vários membros (multi-member constituencies) são obrigatórios para a Lista fechada, o que significa que os distritos são normalmente maiores, mas elegem vários representantes, em vez de apenas um.

Como os eleitores escolhem os partidos ao invés de candidatos, cabe aos próprios partidos determinar a ordem em que os candidatos aparecem na lista e são eleitos.

h) *Distritos Eleitorais (Constituencies)*

Atualmente o Reino Unido está dividido em 650 distritos eleitorais (Parliamentary Constituencies), cada uma delas é representada por um membro do Parlamento na Câmara dos Comuns.

Como o Reino Unido é um país formado por quatro diferentes nações, os distritos eleitorais encontram-se divididos da seguinte maneira: 1) 593 distritos na Inglaterra, 2) 59 distritos na Irlanda do Norte, 40 distritos no País de Gales e 18 distritos na Irlanda do Norte.

O tamanho dos distritos varia em todo país. As estatísticas oficiais apontam as seguintes médias de eleitoras por distritos 56.000 no País de Gales, 68.300 na Irlanda do Norte, 67.200 na Escócia e 72.200 na Inglaterra.¹¹

i) *Divisão dos Distritos Eleitorais*

Devido às proporções continentais do Brasil, sua tradição positivista-garantista e também à própria mentalidade brasileira, existe uma grande dificuldade em compreender que instituições e organizações políticas não são e não devem ser perenes e estáticas para que se conformem à realidade sejam efetivas.

No modelo eleitoral inglês, as fronteiras distritais são mantidas sob constante revisão por quatro Comissões Permanentes de Fronteiras (*Permanent Boundary Commissions*).¹²

As Comissões fazem relatórios em intervalos regulares, geralmente a cada 5 anos, recomendando as mudanças necessárias devido à mudança da população ou mudanças nas fronteiras do governo local. Todas as alterações devem ser votadas em ambas as Câmaras do Parlamento (Câmara dos Comuns e Câmara dos Lordes).

As Comissões Permanentes de Fronteiras são órgãos públicos não-departamentais, que compreendem uma vasta de lista de entidades quase autônomas que não fazem parte de nenhum departamento de governo. No caso da Comissão Permanente de Fronteira para a Inglaterra (*Boundary Commission for England*), o Presidente da Comissão é o Presidente da Câmara dos Comuns, mas por convenção ele não participa na condução da revisão ou formulação das recomendações da Comissão.¹³

O vice-presidente lidera a Comissão na condução da revisão. Ele por sua vez deve ser um juiz da Suprema Corte (High Court) e deve ser selecionado e nomeado pelo Lord Chancellor (*Lord Chancellor*)¹⁴. O vice-presidente é apoiado por dois outros comissários,

¹¹ Disponível em: <<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/elections/electoralregistrations/bulletins/electoralstatisticsforuk/2017>>. Acesso em: 22out2019.

¹² Disponível em: <<https://commonslibrary.parliament.uk/parliament-and-elections/government/the-boundary-review-what-comes-next/>>. Acesso em: 19out2019.

¹³ Disponível em: <<https://boundarycommissionforengland.independent.gov.uk/about-us/>>. Acesso em: 18out2018.

¹⁴ O Lord Chancellor é um dos cargos mais antigos do estado, datando de muitos séculos. O Lorde Chanceler é nomeado pelo Monarca a conselho do Primeiro Ministro e é um membro sênior do Gabinete. Eles dirigem o Ministério da Justiça como o Secretário de Estado da Justiça. Anteriormente, o Lord Chancellor também atuou como presidente da Câmara dos Lordes e, portanto, sentou-se no Woolsack. O Lord Chancellor era também chefe do judiciário e juiz sênior da Câmara dos Lordes em sua capacidade judicial. No entanto, sob o Ato de Reforma Constitucional de 2005, o Lorde Chanceler deixou de ser o

cujas nomeações são feitas após um concurso público (open public appointments selection process).

3 O PROJETO DE LEI Nº 9.212/2017

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 9.212/2017 (tramitaram em conjunto os PLS 86/2017 e 345/2017) que propõe alterar o arts. 10 e 59 da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) e o art. 2º da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral) para instituir o voto distrital misto nas eleições realizadas pelo sistema proporcional.¹⁵

Se aprovado e transformado em lei, as cadeiras das casas legislativas serão preenchidas, em primeiro lugar, pelos candidatos eleitos pelo voto distrital.¹⁶ Em seguida, esgotadas essas vagas, as que restarem serão distribuídas entre os candidatos dos partidos que alcançarem o maior número de votos.

De acordo com o texto, o número de representantes distritais deve corresponder à metade do número de cadeiras de cada circunscrição, arredondando-se para baixo no caso de números fracionários.

A proposta atribui à Justiça Eleitoral a tarefa de demarcar os distritos conforme o número de habitantes.

3.1 DOS DISTRITOS

Pela proposta, a circunscrição eleitoral seria “dividida em distritos eleitorais em número equivalente à parte inteira da metade do número de cadeiras da circunscrição” (§3º).

Apesar da redação um pouco confusa, pode-se entender que o estabelecimento de distritos para efeitos de cálculo seria feita em número correspondente à 1/2 do número de cadeiras daquela circunscrição: por exemplo: se o estado “x” tem 11 cadeiras para o cargo de deputado federal, 5 delas serão disputadas pela sistema de voto distrital, se arredondando para baixo o resultado do cálculo com números ímpares.

3.2 DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL

Uma questão de extrema relevância – principalmente em se tratando do cenário político brasileiro –, é a da competência para divisão dos distritos.

A opção do legislador brasileiro, segundo a proposta, é atribuir tal competência à Justiça Eleitoral. Valendo-se do poder regulamentar¹⁷ dessa Justiça Especializada, o projeto de lei nos parece adequado no tocante a essa regra, exceção feita aos possíveis questionamentos judiciais bastante comuns quando do exercício desse poder, aspecto este comentado mais adiante neste estudo.

Por outro lado, não é o que se observa em boa parte dos países, onde a divisão dos distritos cabe ao Parlamento. Ocorre que, no Brasil, o Poder Legislativo, especialmente o Congresso Nacional – ao qual caberia essa tarefa –, é órgão com elevada dispersão partidária, cenário de acirradas disputas e alvo de um considerável grau de desconfiança no que diz respeito à legitimidade da representação popular ali exercida e não seria, portanto, a melhor opção.

Presidente dos Lordes e foi substituído pelo Mr. Speaker. Além disso, o presidente da Suprema Corte é agora chefe do Judiciário, e o Lorde Chanceler não pode mais figurar como Juiz. (Disponível em: <<https://www.parliament.uk/site-information/glossary/lord-chancellor/>>. Acesso em: 22out2019.

¹⁵ Eleições para os cargos de Deputado (federal, estadual distrital-DF) e Vereador.

¹⁶ Cada distrito elegeria um vereador por maioria simples (o mais votados vence).

¹⁷ Código Eleitoral, art. 23, inc. I e IX.

A atribuição de competência à Justiça Eleitoral para delimitar os distritos pode reduzir sensivelmente a possibilidade de as agremiações partidárias e suas lideranças, com representação ou não no Legislativo Federal, interferirem na definição dos distritos com a finalidade de obter ganhos eleitorais.

Quanto a esse ponto, é notório o caso ocorrido no Estados Unidos da América, à época do governador Elbridge Gerry (Massachusetts em 1812), quando a legislatura daquele estado redesenhou os limites dos territórios eleitorais para favorecer as candidaturas do partido republicano.

Constou na imprensa, à época, que o desenho do novo mapa do distrito formava uma salamandra (*salamander*), razão pela qual até hoje essa distorção é conhecida como *Gerrymandering*.

O projeto de lei traz, ainda, os critérios técnicos para a definição dos limites geográficos dos desses distritos (4º), determinando que a divisão será feita conforme o número de habitantes.¹⁸ Outro ponto que se destaca é a contiguidade obrigatória, ou seja, não poderá haver distritos que não sejam contíguos (inc. III). Por fim, o inc. III determina que a divisão deve ser, na medida do possível, rígida (compacidade), de modo a evitar que a confusão geográfica entre distritos (endentação).

3.3 DO VOTO DISTRITAL MISTO

O sistema de voto distrital misto, segundo o projeto, está previsto na nova redação proposta ao art. 10 da Lei das Eleições:¹⁹ “Art. 10. Cada partido poderá registrar 1 (um) candidato e seu suplente por distrito eleitoral para a Câmara dos Deputados, as Assembleias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais. (...)”

Desse modo, o partido registraria uma candidatura e o respectivo suplente²⁰ para concorrer em cada distrito eleitoral para os cargos do Legislativo cuja eleição se dá pelo sistema proporcional de preenchimento das cadeiras.

A proposta determina, ainda, que o partido que registrar ao menos um candidato à eleição em distrito também concorrerá às vagas disputas pelo critério do voto partidário (§ 5º), ou seja, aquelas que serão disputadas no sistema de lista.

O proposto art. 105-A, § 1º, do Código Eleitoral traz o conceito: “Para os fins deste Capítulo, entende-se por voto partidário o voto dado a partido para determinado cargo na circunscrição eleitoral, registrado na forma do art. 59, § 2º, inciso II, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

O § 2º da mesma norma permite que os candidatos aos distritos também integrem a lista ordenada de seus partidos. Desse modo, o candidato pode não ser eleito pelo voto distrital, mas pode se eleger pelos voto no partido ao qual pertence, peculiaridade que merece destaque no PL e que encontra regra semelhante no sistema alemão, no qual o candidato do distrito pode estar presente na lista partidária. Nesse caso, em sendo eleito por seu distrito, deve ceder a vaga ao candidato seguinte ao seu nome da lista.

Esse sistema de lista, o voto partidário está descrito na proposta de nova redação ao art. 59, § 2º da Lei das Eleições: “Na votação para as eleições proporcionais, o eleitor

¹⁸ O Projeto inicial falava em “eleitores”, sendo adequada da mudança do termo.

¹⁹ A redação atual do art. 10 traz o número de candidatos que cada partido ou coligação poderá registrar para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais, detalhando, em seus incisos, as regras específicas quanto ao número de habitantes nos municípios, dentre outras peculiaridades, como a cota reservada às candidaturas femininas.

²⁰ O *caput* do art. 112 do Código Eleitoral, seria acrescido do inc. III para determinar que seriam considerados suplentes da representação partidária, “o suplente registrado juntamente com o candidato eleito, no caso de vaga preenchida pelo voto distrital”

registrará, para cada cargo em disputa: I – o voto no candidato do respectivo distrito; II – o voto partidário.

3.4 DA REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL EM DISTRITOS UNINOMINAIS

O Projeto de Lei propõe, com a implementação do voto distrital misto, novas regras no Código Eleitoral (art. 105-A) para disciplinar a representação proporcional nos distritos, determinando que os deputados e vereadores seriam eleitos:

I – pelo voto distrital, considerando-se vencedor o candidato que, no distrito, tenha obtido a maioria dos votos válidos. Desse modo, o candidato mais votado dentre todos os registrados pelos partidos, será o representante do distrito no Legislativo.

II – pelo voto proporcional, de acordo com a metodologia estabelecida neste Capítulo. Em complemento, a proposta mantém, por óbvio, a eleição por sistema proporcional de votação.

3.5 DA LISTA ORDENADA DE PARTIDOS DA CIRCUNSCRIÇÃO

Quanto à lista ordenada de partidos da circunscrição eleitoral, o art. 105-B do Código Eleitoral, segundo projeto, dispõe que, considerados exclusivamente os votos partidários, será elaborada uma lista ordenada de partidos, da seguinte maneira:

I - constará na primeira posição da lista o partido que houver obtido o maior número dos votos partidários. Não se trata, portanto, de lista fechada ou preordenada, mas de lista formada a partir do resultado da votação: o partido que tiver mais votos partidários a encabeçará.

II - as posições seguintes da lista seriam atribuídas mediante da seguinte forma:

a) divisão do número de votos partidários obtidos pelo partido pelo número de vezes que o partido já tiver sido incluído na lista, mais um, cabendo ao partido que apresentar a maior média uma nova posição na lista;

b) repetição dessa conta até que todas as cadeiras da circunscrição tenham sido atribuídas a partido.

Essa regra parece buscar garantir um mínimo de representatividade aos partidos.

3.6 DA DISTRIBUIÇÃO DOS LUGARES AOS CANDIDATOS

Já o proposto art. 105-C do Código Eleitoral dispõe a respeito da distribuição dos mandatos aos candidatos.

Desse modo, cada cadeira que o partido conquistar pelo voto distrital serão distribuídas em correspondência com as vagas que lhe tiverem sido atribuídas na lista ordenada.

No caso de o partido alcançar cadeiras pelo voto distrital em número superior ao das vagas a ele destinadas na lista ordenada, receberá cadeiras adicionais em número suficiente para complementar a diferença. Para tanto, seriam utilizadas as vagas atribuídas, mas ainda não distribuídas, em ordem inversa da lista (par. ún.).

Por fim, o art. 105-D prescreve que as vagas que sobraem dessa distribuição prevista serão preenchidas por candidatos dos respectivos partidos conforme a lista ordenada.

Por fim, o projeto, se transformado em lei, revogaria os arts. 106, 107, 108, 109 e 111 do Código Eleitoral e os incisos I e II do caput do art. 10 da Lei das Eleições, entrando em vigor na data de sua publicação, ressalvado o que dispõe o art. 16 da

Constituição Federal, segundo o qual a lei que alterar o processo eleitoral não se aplicará ao às eleições que ocorram até um ano da data de sua vigência.

4 APONTAMENTOS A RESPEITO DA ADOÇÃO DO VOTO DISTRITAL MISTO NO BRASIL

Países democráticos trazem em suas normas constitucionais os sistemas segundo os quais os seus nacionais elegem seus representantes. Ou seja, os sistemas e normas eleitorais que regem as eleições, a contabilização dos votos e, conseqüentemente, a atribuição dos mandatos eletivos e a adoção do sistema distrital misto para as eleições proporcionais no Brasil, está envolta por justificável polêmica.

A primeira dificuldade a suscitar questionamentos é de aspecto prático. A divisão dos distritos, embora no modelo apresentado no projeto de lei tenha estabelecido diretrizes a serem seguidas pela Justiça Eleitoral, no cenário brasileiro não seria insuscetível de oposição e enfrentamento, inclusive com medidas judiciais. A justiça especializada a quem caberia providenciar a divisão o faria no exercício de um poder constitucional e legalmente concedido. Entretanto, são recorrentes os casos em que as decisões por ela tomadas pela no exercício legítimo desse poder/dever. Nada garante que a divisão dos distritos não seria fortemente questionada por esse ou aquele partido ou candidato ou, ainda, pelos próprios parlamentares, quando a experiência progressiva leva a crer que essa embate seria inevitável.

No mais, a implementação de reforma dessa natureza teria que passar, necessariamente, por outras adequações, dentre elas, a representação por estado na Câmara dos Deputados, a questão das microrregiões já estabelecidas e o enfrentamento de outras dificuldades práticas como o limite entre os distritos.²¹

4.1 Para apoiadores da proposta, o sistema distrital proporcionaria maior ligação entre representantes e representados, até pela redução do território em distritos menores e, mesmo não tendo ligação direta com o eleito pelo distrito, ou nele votado, o conheceria. Isso fortaleceria a representatividade, já que o parlamentar teria uma relação próxima com a sua base política. Por sua vez, com essa proximidade, a população teria meios mais eficazes para questionar, apresentar propostas e cobrar a atuação dos políticos eleitos. Embora a questão da proximidade eleitor-eleito seja de extrema importância, aspectos negativos podem surgir: a divisão da circunscrição eleitoral de municípios ou estados em distritos menores pode concentrar a atuação parlamentar em problemas locais, dificultando a representatividade com relação a interesses em escala mais ampla, principalmente em âmbito nacional. O parlamento eleito, conjuntamente considerado, poderia ser formado por parlamentares parciais, orientados por interesses locais (paroquialismo).

E, em um país de proporções continentais e estados com características geográficas, demográficas tão distintas, até que ponto a propalada proximidade com o eleitor não seria apenas ilusória?

Não se pode olvidar que a proximidade dos representantes eleitos com o eleitor requer outros aspectos que não a proximidade “física”, a qual nos parece pouco eficaz. Principalmente, medidas destinadas a educação política e direcionadas ao surgimento e desenvolvimento de lideranças locais, em âmbito local como se dá em democracias melhor consolidadas que a brasileira, é caminho, este sim, de eficácia inquestionável. Começa com lideranças comunitárias, evoluindo a atuação dessas lideranças até uma atuação mais ampla, na esfera municipal, estadual e assim por diante.

²¹ Em virtude das mudanças demográficas, entre os norte-americanos é comum se recalcular o número de distritos e a própria demarcação de limites de tempos em tempos (apportionment).

4.2 Outro argumento a favor do voto distrital seria a redução do custo das campanhas eleitorais, uma vez que os candidatos não precisariam despender recursos com viagens em busca de ampliar a visibilidade da sua candidatura, já que concorreria por um distrito apenas, com número bem delimitando de eleitores.

Entretanto, a redução dos gastos com campanha eleitorais pode ser alcançada com medidas mais simples e eficazes, como a redução do teto de gastos que garantiria maior isonomia entre os candidatos e partidos em disputa e a redução dos estados poucas duas ou três circunscrições eleitorais.

Pode-se dizer, ainda, que a corrupção eleitoral e política tende a ser bastante grave e expressiva em comunidades menores. Do mesmo modo, em distritos eleitorais menores a corrupção do representante embora possa se torna mais visível, pode, também, ocorrer e se desenvolver mais facilmente no tocante aos recursos eleitorais em virtude da concentração de recursos em determinada esfera.

4.3. Para alguns, o sistema distrital misto reduziria os número de partidos políticos, fortalecendo os restantes.

A mera redução do número de partidos políticos não garante aprimoramento e moralização das instituições políticas. Esse sistema pode, ao contrário, propiciar ainda mais o avanço da individualização da política, umas das causas do enfraquecimentos dos das agremiações partidárias.

Há que se atentar a outro fato. No sistema distrital candidatos conhecidos têm mais chance de se eleger – o que já ocorre e pode se agravar em esferas mais restritas –, contribuindo para uma versão contemporânea do coronelismo, com o eleito exercendo insuperável influência sobre os eleitores e não o contrário. A perpetração de lideranças tradicionais (verdadeiras oligarquias, além das já existentes) seriam insuperáveis nos limites restritos do distrito, sem votos de fora daquela esfera.

4.4. Além das críticas supra apontados, é inegável que, no Brasil – embora a disputa acirrada de forças políticas não seja exclusividade da política brasileira –, qualquer proposta de alteração legislativa, até em virtude da alta dispersão partidária no Congresso Nacional, tende a encontrar resistência dos parlamentares, especialmente quando se trata de propostas de mudança legislativa que, fatalmente, irão mudar a forma como cada um dos parlamentares tem sido eleitos, muitos ao longo de décadas, lamentavelmente.

5 CONCLUSÃO

Não há um modelo de sistema eleitoral ou político que seja isento de críticas, cada qual contando com suas vantagens e desvantagens. Do mesmo modo, as distorções encontradas no sistema brasileiro não serão solucionadas com a adoção desse ou aquele modelo sem que haja ampla reforma das mais variadas vertentes relacionadas.

Antes de se pensar em sistemas alternativos, é necessário entender em que medida – e de que modo –, o sistema eleitoral e político atual contribui para a atual crise de representatividade.

A descrença nas instituições políticas – e nos políticos –, é fruto de décadas (quicá séculos) de má gestão e utilização indevida da máquina pública, más escolhas políticas, e má formação social e política do eleitorado.

Alterações pontuais na legislação eleitoral pouco ou nenhum efeitos têm surtido nos últimos anos com as reformas, implementadas, no mais das vezes, visando a atender interesses de momento.

Mudanças no sistema eleitoral apresentam, inevitavelmente, obstáculos técnicos e, principalmente, políticos. Há dúvidas racionais: a forma de contabilização dos votos

surtiria real efeito sobre o comportamento dos candidatos e políticos eleitos ou remediaria, de algum modo, a conturbada relação entre os poderes no Brasil?

Mais do que uma mudança no sistema eleitoral, antes de tudo é necessário fomentar a educação política, incentivando o fortalecimento da sociedade civil por meio de suas entidades intermediárias e da criação de lideranças locais. Tal medida é fundamental para que se crie um ambiente hostil às relações políticas de compadrio e se mitiguem o desejo e os meios de perpetuação indiscriminada no poder.

Existem diversas propostas potencialmente eficazes para o Brasil, que podem ser mais simples (como a mera divisão de estados em dois ou três distritos) ou mais elaboradas como o adotado no modelo em inglês. No entanto, antes da implementação de modelos prontos, políticas artificiais e por vezes até mesmo autoritárias, é necessário que a sociedade civil identifique suas necessidades e peculiaridades e, a partir delas, passe a discutir um modelo que seja, antes de tudo, comprometido com a ampla representatividade, impessoalidade, adaptabilidade e eficácia. Tal projeto não pode se dar de outra maneira que não por meio de uma relação intensa, democrática, vigilante e constante entre o povo e seus representantes (seja o parlamento ou a Justiça eleitoral).

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal.

BRASIL. Código Eleitoral.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas Eleitorais*. 6. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

<<http://www.spiegel.de/international/germany/german-election-system-explained-a-923243.html>>

<<https://boundarycommissionforengland.independent.gov.uk/about-us/>>

<<https://commonslibrary.parliament.uk/parliament-and-elections/government/the-boundary-review-what-comes-next/>>

<<https://www.bundeswahlleiter.de/en/service/glossar/s/sainte-lague-schepers.html>>

<<https://www.parliament.uk/about/how/elections-and-voting/voting-systems/>>

<<https://www.bundeswahlleiter.de/en/service/glossar/w/wahlkreise.html>>

<<https://www.deutschland.de/pt-br/topic/politica/assim-funciona-a-eleicao-parlamentar-federal>>

<<https://www.parliament.uk/site-information/glossary/lord-chancellor/>>

<<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/08/1911959-o-modelo-eleitoral-alemao-pode-funcionar-no-brasil.shtml>>

<https://www.birmingham.gov.uk/info/20057/about_birmingham/665/wards_and_constituencies>

<https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/elections/electoralregistration/bulletins/electoralstatisticsforuk/2017>>

Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?

Law of Clean Registry, rejection of application for registration of application and application of public resources in campaign: duty to reimburse the treasury?

Joelson Dias

Advogado, ex-ministro substituto do TSE. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard (EUA). Vice-presidente da Comissão Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Conselho Federal da OAB. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).

Michel Bertoni Soares

Advogado especialista em direito eleitoral, mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Foi analista judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, onde exerceu a chefia da Seção de Contas Eleitorais

Resumo

O presente artigo visa discutir a aplicação de recursos públicos em campanha por candidatos *sub judice*, que posteriormente sejam excluídos do processo eleitoral, com o escopo de esclarecer se, nessa hipótese, é exigível a devolução dos valores utilizados.

Para isso, são analisadas a forma como ocorrem os registros de candidatura, a possibilidade de realização de campanha por candidatos *sub judice* e a finalidade da aplicação de recursos públicos em campanha, com base em revisão bibliográfica e na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Palavras-chave: recursos públicos; campanhas; candidatos *sub judice*; indeferimento do registro; devolução.

Summary

The present article aims to discuss the application of public resources in the campaign by candidates *sub judice*, who are subsequently excluded from the electoral process, with the purpose of clarifying if, in this case, the return of the values used is required.

In order to do so, the way in which the application records are analyzed, the possibility of conducting a campaign by candidates for *sub judice* and the purpose of the application of public resources in the campaign, based on a bibliographic review and the case law of the Superior Electoral Court (TSE).

Keywords: public resources; campaigns; *sub judice* candidates; rejection of registration; devolution.

Lei da Ficha Limpa, indeferimento de pedido de registro de candidatura e aplicação de recursos públicos em campanha: dever de ressarcir o erário?

Sumário: 1- Introdução; 2- Lei da Ficha Limpa e restrições à capacidade eleitoral passiva: situando o problema; 3- Registro de candidatura: momento adequado para aferição de inelegibilidades sob a ótica da jurisprudência do TSE; 4- A realização de campanha por candidatos *sub judice*; 5- Utilização de recursos públicos de campanha por candidatos *sub judice*: o indeferimento definitivo do registro constitui causa para ensejar pedido de ressarcimento dos valores aplicados ao erário?; Conclusões; Referências

1- Introdução

A crescente judicialização da política tem conduzido a debates cada vez mais acirrados acerca do exercício dos direitos políticos no Brasil, o que inclui a aplicação da Lei da Ficha Limpa no sentido de se promover o afastamento do processo eleitoral de pessoas, em tese, incursas em seus dispositivos, e do papel do registro de candidatura e da impugnação ao registro na aferição do cumprimento dos requisitos de elegibilidade e das causas de inelegibilidade.

No curso do pleito eleitoral de 2018, após o indeferimento do registro de candidatura do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, houve grande discussão acerca dos limites de aplicação do art. 16-A, da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), que permite a realização de campanhas eleitorais por candidatos que tiveram os seus pedidos de registro impugnados, bem como a Procuradoria Geral Eleitoral se manifestou por diversas vezes no sentido de que moveria ações para cobrar o ressarcimento de recursos públicos recebidos e aplicados por candidatos que tiveram os seus registros indeferidos em decorrência da aplicação da Lei da Ficha Limpa¹.

Destarte, o presente artigo tem como mote a resposta a seguinte pergunta: o indeferimento do registro de candidatura constitui causa para devolução de recursos públicos recebidos e aplicados por candidatos *sub judice*?

2- Lei da Ficha Limpa e restrições à capacidade eleitoral passiva: situando o problema

A elegibilidade refere-se à capacidade eleitoral passiva do indivíduo, ou seja, ao seu direito de ser votado e, quiçá, eleito para determinado mandato eletivo, demandando o preenchimento dos requisitos constitucionais previstos no art. 14, § 3^o, da Constituição

¹ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/ministerio-publico-eleitoral-vai-pedir-ressarcimento-de-dinheiro-publico-usado-por-candidatos-inelegiveis>. Acesso em 1.10.18.

² Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

da República. Tratando-se de direito político e, portanto, fundamental, a elegibilidade apenas deve ser restringida nos casos previstos no texto constitucional.

Pode ocorrer, contudo, que no caso concreto incidam causas da inelegibilidade, consistentes em circunstâncias negativas, que afastam a capacidade eleitoral passiva, impedindo que determinado cidadão possa se candidatar e receber votos, ou ainda que interessado não cumpra os requisitos necessários para que seu registro de candidatura seja deferido.

Acerca das causas de inelegibilidade, por retratarem impedimentos ao exercício de direito fundamental, é imprescindível que sejam observados fielmente os requisitos constitucionais, de modo que a matéria apenas pode ser versada no próprio texto da Carta da República ou tratada por meio de lei complementar, neste caso, obviamente, dentro das balizas traças pela Constituição da República.

Assim, a Lei Complementar nº 64/90, posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 135/2010 – popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa – traça uma série de inelegibilidades a pretexto de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do voto e a normalidade e a legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso de poder.

Com a justificativa de dar cumprimento ao disposto na emenda constitucional de revisão nº 4/94, que alterou o artigo 14, § 9º³, da Constituição da República justamente com o escopo de que as inelegibilidades se voltassem à tutela da probidade e da moralidade administrativas, a Lei da Ficha Limpa incluiu uma série de tipificações de novos atos que podem gerar inelegibilidades e passou a prever que não há a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado de condenações em certos processos criminais ou em determinadas ações de improbidade para que possa ser reconhecida a inelegibilidade de determinada pessoa, bastando que as condenações tenham sido proferidas por órgãos colegiados.

Sem embargo de todas as críticas relativas à constitucionalidade de tais disposições e mesmo considerando que o Supremo Tribunal Federal já as declarou constitucionais, é importante destacar que se atravessa no Brasil um momento em que cada vez mais o direito influencia a política, selecionando previamente quem pode ou não se candidatar, de modo a restringir as possibilidades de escolha dos eleitores. A judicialização da política produz um enorme déficit democrático, já que, em regra, retira dos titulares do poder – o povo – a possibilidade de escolha.

Sobre o aspecto geral de como o direito assume uma posição de proeminência na sociedade, Georghio Tomelin observa que, embora devessem ser instrumentais em sua condição de atividade-meio, os aspectos jurídicos acabam atuando de maneira diversa para dizer o que pode ou não ser feito. E conclui: “*em um país com o epíteto de República dos Bacharéis, a capacidade ordenante dos juristas pode assumir proporções alarmantes*” (2018, p. 31).

Acerca da influência negativa que a Lei da Ficha Limpa e a judicialização da política podem representar, retirando poder e responsabilidade do eleitor, de modo a conferir o protagonismo do exercício democrático aos operadores do direito, escrevemos trabalho em coautoria no qual expressamos nossa preocupação:

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

³ 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.

“Não se ignora que a proteção da moralidade e da probidade administrativas seja relevante e determinada constitucionalmente. Todavia, é preciso ter cuidado com a cominação de inelegibilidades e com o endurecimento dos mecanismos de participação nas eleições, sob pena de que o protagonismo dos pleitos, que deveria ser dos cidadãos, aí abrangidos os eleitores e candidatos, seja transferido ao Poder Legislativo e, em última instância, ao Poder Judiciário, responsável por decidir sobre eventual inelegibilidade em sede de registro de candidatura (DIAS; SOARES, 2016, p. 103).”

No mesmo sentido, logo após a entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa, Ricardo Penteado já apontava para o perigo da “*judicialização da política*”, definindo-a como o

“fenômeno que se verifica nas circunstâncias em que o resultado de uma eleição não depende apenas da voz popular, mas do pronunciamento jurisdicional a respeito da legitimidade de uma candidatura (2011, p. 93).”

Por seu turno, Fernando Dias Menezes de Almeida afirmava

“Enfim, parece-me criticável a opção fundamental da Lei da Ficha Limpa de substituição do critério político do eleitor, pelo critério supostamente técnico do juiz ao proferir decisão que configure a ilicitude de certos atos, ilicitude que implique inelegibilidade (2013, p. 73).”

Néviton Guedes observa que as restrições à capacidade eleitoral passiva repercutem de maneira negativa sobre a universalidade do voto, pois limitam o poder do eleitor, que tem as suas opções de voto reduzidas, destacando, dessa forma, que todas as limitações aos direitos políticos devem ser excepcionais (2018, p. 113). Nesse sentido, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral:

“7. As restrições a direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, consoante lição basilar da dogmática de restrição a direitos fundamentais, axioma que deve ser trasladado à seara eleitoral, de forma a impor que, sempre que se deparar com uma situação de potencial restrição ao ius honorum, como sói ocorrer nas impugnações de registro de candidatura, o magistrado deve prestigiar a interpretação que potencialize a liberdade fundamental política de ser votado, e não o inverso. (RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 21321 - AREADO – MG. Acórdão de 06/04/2017. Relator(a) Min. Luiz Fux)”

Na ocasião o Min. Luiz Fux afirmou ainda que:

“Aludida compreensão exige uma postura do intérprete de conferir o maior elastério hermenêutico às cláusulas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de maneira a permitir a fruição pelos seus titulares. É precisamente o que vaticina Konrad Hesse quando afirma que o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais significa que, “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, [deve] ser dada a preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de

efeito ótima." (HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, p. 68)."

Para, ao final, concluir que:

“Referido axioma deve ser trasladado a fortiori à seara eleitoral. Sempre que se deparar com uma situação de potencial restrição ao ius honorum, como sól ocorrer nas impugnações de registro de candidatura, o magistrado deve prestigiar a interpretação que potencialize a liberdade fundamental política de ser votado, e não o inverso (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. Novos Paradigmas do Direito Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 229).”

Na mesma linha, quando do julgamento do REspe nº 531807/MG, DJe de 3.6.2015, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o c. TSE decidiu que as *"causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, evitando-se a criação de restrição de direitos políticos sobre fundamentos frágeis, inseguros e indeterminados"*.

Conforme já ressaltamos anteriormente, a questão é extremamente complexa. De um lado, toda inelegibilidade gera restrição à capacidade eleitoral passiva, ou seja, à possibilidade de o cidadão concorrer a cargos políticos, retirando, igualmente, a faculdade do eleitor de destinar o seu voto ao candidato que teve indeferido o seu registro. De outro, porém, não se pode ignorar que a própria Constituição da República determina que lei complementar disponha sobre inelegibilidades não só para proteger a legitimidade e normalidade das eleições, como também para tutelar a probidade e a moralidade administrativas para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato (2016, p. 103).

Destarte, a compatibilização entre as inelegibilidades e os direitos políticos exige parcimônia na restrição dos direitos políticos, bem como a observância do devido processo legal.

3- Registro de candidatura: momento adequado para aferição de inelegibilidades sob a ótica da jurisprudência do TSE

Como é cediço, a atribuição para analisar os pedidos de registro de candidatura pertence à Justiça Eleitoral, tratando-se de competência material, sendo, portanto, absoluta.⁴ Será no processo de registro de candidatura e, eventualmente, em decorrência de apresentação de impugnação ao registro que a Justiça Eleitoral exercerá o seu mister e verificará, no caso concreto, se o pretense candidato cumpre os requisitos de elegibilidade e não incide em causas de inelegibilidade (PENTEADO, 2012, p. 55).

O art. 11, § 10, da Lei das Eleições é claro no sentido de que é no momento do registro de candidatura que são aferidas as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade. Portanto, o processo de registro de candidatura é primordial para que a Justiça Eleitoral possa verificar se qualquer pessoa preenche ou não os requisitos para o deferimento do registro.

Acerca do papel dos magistrados na necessária análise das supostas causas de inelegibilidade, bem como dos limites à atividade interpretativa, o TSE tem decidido:

“1. A cognição realizada pela Justiça Eleitoral, nas impugnações de registro de candidatura, autoriza a formulação, por parte do magistrado eleitoral, de juízos de valor no afã de apurar a existência, no caso concreto, dos pressupostos fático-jurídicos

⁴ REspe nº 25725/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 18.11.2014.

das inelegibilidades constantes do art. 1º, inciso I, de maneira a produzir uma regra concreta acerca do estado jurídico de elegibilidade do pretense candidato, sem, contudo, imiscuir-se no mérito do título (judicial, administrativo ou normativo) que embasa a pretensão deduzida ou desautorizar as conclusões nele constantes (e.g., assentar dolo quando o aresto da Justiça Comum expressamente consignar culpa).

2. A estrutura normativa de cada hipótese de inelegibilidade informa os limites e possibilidades da atividade cognitiva exercida legitimamente pelo juiz eleitoral, ampliando ou reduzindo o objeto cognoscível, razão por que inexistente uniformidade na cognição desempenhada na aferição da higidez do ius honorum do pretense candidato à luz das alíneas do art. 1º, inciso I (i.e., a cognição autorizada em alínea g não deve se assemelhar àquela realizada nos casos de alínea o pelas distinções do tipo eleitoral).

3. A homogeneidade na tipologia das alíneas do art. 1º, inciso I, enquanto ausente, justifica a distinção quanto à amplitude do objeto cognoscível (i.e., se maior ou menor a profundidade da cognição), condicionada, no entanto, ao específico pressuposto fático-jurídico sub examine. (RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 26011 - ITATINGA – SP. Acórdão de 30/11/2016. Relator(a) Min. Luiz Fux)”

Outrossim, a parte final do § 10, do art. 11, da Lei das Eleições prescreve que fatos supervenientes ao pedido de registro de candidatura e que afastem eventual inelegibilidade devem ser considerados, o que demonstra que, se no curso da discussão acerca do tema, a inelegibilidade for afastada, por qualquer motivo, ela não impedirá o registro da candidatura.

Sobre esse aspecto, impende consignar que o TSE foi além e editou a Súmula nº 43 para prever que devem ser consideradas as alterações supervenientes que beneficiem o candidato também no cumprimento dos requisitos de elegibilidade: “As alterações fáticas ou jurídicas supervenientes ao registro que beneficiem o candidato, nos termos da parte final do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, também devem ser admitidas para as condições de elegibilidade”.

Ressalte-se, ainda, que a jurisprudência da Corte Superior Eleitoral se firmou no sentido de que as modificações supervenientes que afastem a inelegibilidade podem ser consideradas em qualquer grau de jurisdição, mesmo que em grau de recurso extraordinário e até o momento da diplomação:

“2. As circunstâncias fáticas e jurídicas supervenientes ao registro de candidatura que afastem a inelegibilidade, com fundamento no que preceitua o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, podem ser conhecidas em qualquer grau de jurisdição, inclusive nas instâncias extraordinárias, até a data da diplomação, última fase do processo eleitoral, já que em algum momento as relações jurídicas devem se estabilizar, sob pena de eterna litigância ao longo do mandato. Deve-se conferir máxima efetividade à norma específica dos processos judiciais eleitorais, em prol de valores como a segurança jurídica, a prestação jurisdicional uniforme e a prevalência da vontade popular por meio do voto.

3. Tal sistemática se harmoniza com o disposto no art. 493 do Código de Processo Civil, in verbis: "Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão".

Relativamente a uma série de inelegibilidades fundadas em decisões ainda não transitadas em julgado, entre as quais se incluem as figuras decorrentes de condenação pela prática de crimes contra a administração pública (art. 1º, inciso I, alínea e, 1, da Lei Complementar nº 64/90), considerada a própria natureza da restrição ao exercício da capacidade eleitoral passiva e a possibilidade de reversão da condenação (PINTO; PETERSEN, 2014, p. 181), há previsão específica de suspensão da inelegibilidade pelo órgão colegiado do tribunal ao qual caiba o julgamento do recurso interposto contra a decisão geradora de inelegibilidade, mediante provimento de natureza cautelar, desde que haja plausibilidade da pretensão recursal e pedido expresso de suspensão da inelegibilidade, quando da interposição do recurso, consoante disposto no art. 26-C, caput, da Lei Complementar nº 64/90.

Com base no referido dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido de maneira ampla a possibilidade de afastamentos cautelares de inelegibilidades por meio do manejo de recursos especiais contra decisões que geraram o impedimento, com pedido expresso de suspensão de inelegibilidades, bem como por meio de outros mecanismos processuais inseridos no poder geral de cautela dos magistrados:

“7. A edição da Lei Complementar n. 135/2010 - cognominada Lei da Ficha Limpa - impõe a discussão dos efeitos das decisões do STJ no exercício de sua jurisdição especial quando da apreciação de recursos (e de suas respectivas medidas cautelares) tendentes a questionar a legitimidade de condenações, sobretudo em razão das inovações normativas introduzidas pela aludida Lei e os seus reflexos no tocante à inelegibilidade de candidatos condenados por ato de improbidade administrativa (art. 1º, inciso I, alínea l, da LC 64/1990).

8. A expressão contida no caput do art. 26-C, de que o tribunal, no caso o STJ, poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade deverá ser compreendida como a possibilidade de esta Corte, mediante concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, ou por outro remédio processual semelhante, suspender os efeitos da condenação de improbidade administrativa, que, pela nova lei, também constitui causa de inelegibilidade. Precedentes: TSE, Consulta n. 1147-09.2010.6.00.0000, Classe 10, Brasília, Distrito Federal, Relator Ministro Arnaldo Versiani; e Supremo Tribunal Federal, Ag 709.634/DF, decisão do monocrática do Ministro Dias Toffoli, DJ de 2 de agosto de 2010. (MC 17.112/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 28/09/2010).”

Dessa forma, importante destacar que o disposto no art. 26-C, da Lei Complementar nº 64/90 não afasta o poder geral de cautela, conferido aos magistrados conforme as regras do Código de Processo Civil, nos termos da Súmula TSE nº 44: “*O disposto no art. 26-C da LC nº 64/90 não afasta o poder geral de cautela conferido ao magistrado pelo Código de Processo Civil*”.

Com base no referido enunciado, a Corte Superior Eleitoral consolidou o entendimento de que o art. 26-C, da Lei Complementar nº 64/90 não impede que o relator ou o presidente do tribunal responsável pelo julgamento de recursos contra condenações que gerem inelegibilidade conceda medida cautelar para suspender-lhe os efeitos:

“2. Recentemente, esta Corte assentou no REspe nº 283-63/SP, de minha relatoria, que "o pedido de efeito suspensivo a que faz alusão o art. 26-C da LC nº 64/90 deve ser dirigido ao relator do recurso especial

na representação, que poderá concedê-lo, inclusive, com base no poder geral de cautela, na linha dos precedentes deste Tribunal Superior, e não ao relator do recurso especial no registro de candidatura". Nesse sentido, ainda, a Súmula nº 44 do TSE: "O disposto no art. 26-C da LC nº 64/90 não afasta o poder geral de cautela conferido ao magistrado pelo Código de Processo Civil."

3. A decisão judicial monocrática proferida com fundamento no art. 26-C da LC 64/90 não é a única passível de suspender a inelegibilidade de candidatos, já que persiste no ordenamento jurídico pátrio o poder geral de cautela, conferido aos magistrados pelo art. 297 c/c art. 1.029, § 5º, inciso III, ambos do CPC, apto a suspender os efeitos da decisão judicial condenatória, não transferindo ao plenário a competência para examinar o pedido de concessão de medida liminar. Precedentes.

(Recurso Especial Eleitoral nº 17635, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 25/10/2016 - destacado)"

O entendimento acima foi reafirmado em recente julgamento proferido pela c. Corte Eleitoral nos autos do RO 0600451-83.2018.6.02.0000, de 27.11.2018, ocasião em que o Min. Jorge Mussi assentou que:

“Penso que a hipótese é de manter deferida a candidatura do ora recorrido, sob pena de impor desnecessário formalismo às partes ou, em outras palavras, prestigiar a forma em detrimento da substância. O tema já foi amplamente debatido e culminou com a Súmula 44 do TSE, dispensando-se, assim, que a decisão suspensiva da inelegibilidade seja necessariamente proferida pelo órgão colegiado do tribunal ao qual couber a análise do recurso.”

Na referida oportunidade, muito embora o Min. Admar Gonzaga tenha acompanhado o voto do Min. Jorge Mussi e a própria jurisprudência do c. TSE, alertou sobre a necessidade de possível rediscussão acerca da citada súmula 44 do Tribunal:

“Quero reforçar o meu incômodo sobre essas situações que são recorrentes em todas as eleições. Liminares concedidas às vésperas do pleito sobre decisões cujo recurso já se deu há mais de ano ou anos, e essas liminares acabam caindo pouco tempo depois de passada a data da eleição.”

Portanto, ainda que um pretense candidato se encontre supostamente inelegível, o impedimento apenas pode ser declarado em sede de registro de candidatura, havendo inúmeros instrumentos processuais à disposição daquele que, em tese, esteja nessa situação em decorrência de condenações ainda não transitadas em julgado com o escopo de tentar suspender o impedimento, incluindo-se entre referidos instrumentos a previsão contida no art. 26-C, da Lei Complementar nº 64/90 e o poder geral de cautela conferido aos magistrados.

Uma vez obtido provimento jurisdicional favorável a respeito da suspensão da inelegibilidade, tal decisão deve ser considerada para fins de afastamento do impedimento, ainda que tenha sido proferida após a apresentação do pedido de registro de candidatura, até a data da diplomação dos eleitos, na eventualidade da questão permanecer *sub judice*.

Outrossim, impende consignar que não só as decisões cautelares que afastem a inelegibilidade podem e devem ser consideradas, como também, por óbvio, eventual provimento do recurso interposto contra a decisão geradora de inelegibilidade.

Sendo o processo de registro de candidatura o meio processual hábil à verificação das condições de elegibilidade e da presença de possíveis inelegibilidades, a apresentação do pedido de registro de candidatura relativo a pessoas em tese inelegíveis, especialmente em virtude de decisões não transitadas em julgado, é uma faculdade decorrente do direito de petição e de acesso ao Poder Judiciário.

Mais que isso, apresentar-se como candidato e, conseqüentemente, também realizar a respectiva campanha eleitoral, é direito fundamental, protegido não apenas na Constituição da República, mas por todos os pactos e tratados internacionais de direitos políticos dos quais o Brasil é signatário.

Dessa forma, enquanto a Justiça Eleitoral aprecia eventuais impugnações aos registros de candidaturas, é essencial à própria democracia que prossigam os atos de campanha eleitoral.

Até mesmo porque, os atos de campanha conferem ao corpo político a possibilidade de debater todas as alternativas e propostas, inclusive aquelas apresentadas pelos candidatos com registro eventualmente sub judice.

Não se ignoram as discussões inerentes à natureza do processo de registro de candidatura e a divisão entre posicionamentos que o consideram como um processo administrativo ou administrativo/jurisdicional (GOMES, 2016, p. 335). Todavia, tendo em vista que mesmo em processos administrativos deve ser garantido o devido processo legal para que alguém seja despojado de eventual direito, não há como se negar ao cidadão o acesso ao órgão competente para apreciar os pedidos de registro de candidatura, no caso a Justiça Eleitoral, a fim de que esta se pronuncie, pela via processual adequada, sobre a ocorrência ou não de eventual inelegibilidade.

Nesse passo importante destacar também que ainda que possa reconhecer causas de inelegibilidade ou o não preenchimento dos requisitos de elegibilidade de ofício, a Justiça Eleitoral deve garantir o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes, antes do indeferimento do pedido de registro de candidatura. Esse entendimento foi consolidado pelo TSE por meio da Súmula nº 45: *“Nos processos de registro de candidatura, o Juiz Eleitoral pode conhecer de ofício da existência de causas de inelegibilidade ou da ausência de condição de elegibilidade, desde que resguardados o contraditório e a ampla defesa”*.

Portanto, o eventual indeferimento do pedido de registro de candidatura antes da instauração do devido processo legal, da observância do contraditório e da ampla defesa, o que inclui o direito de manifestação do candidato e de seu partido sobre eventuais inconsistências pendentes sobre o pedido de registro, representaria ofensa aos direitos políticos do cidadão e violação a inúmeras garantias fundamentais previstas no texto constitucional.

Demais disso, se a pessoa em tese inelegível por decisão ainda não transitada em julgado e que tenha interposto recurso contra a eventual condenação não apresentar o pedido de registro de candidatura, não terá condições de posteriormente se beneficiar de eventual deferimento de suspensão cautelar de inelegibilidade ou de eventual provimento de recurso interposto contra a decisão geradora do impedimento, ainda que decisões benéficas ocorram entre o pedido de registro de candidatura e a diplomação dos eleitos.

4- A realização de campanha por candidatos *sub judice*

A Lei nº 9.504/97 expressamente permite que o candidato que tenha o seu pedido de registro de candidatura impugnado e indeferido realize todos os atos da campanha eleitoral, inclusive com a possibilidade de acesso aos programas de rádio e televisão e com a manutenção de seu nome na urna eletrônica para a recepção de votos, enquanto a questão estiver sendo discutida judicialmente, condicionando a validade dos votos ao deferimento do pedido de registro de candidatura por instância superior (art. 16-A).

Na linha da jurisprudência do c. TSE, conforme se observa do julgamento dos EDs-Respe nº 13.925, da relatoria do Min. Henrique Neves, de 28.11.16, “*a decisão da Justiça Eleitoral que indefere o registro de candidatura não afasta o candidato da campanha eleitoral enquanto não ocorrer o trânsito em julgado ou a manifestação da instância superior, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/97*”.

Assentou-se no referido paradigma que “*cabe lembrar que o art. 16-A da Lei 9.504/97 tem provável origem na jurisprudência deste Tribunal que admitia a continuidade da campanha eleitoral na pendência do recurso contra o indeferimento do registro, ‘por conta e risco’ do candidato*”.

De modo que “*na redação adotada pela Lei 12.034/2009, que introduziu o mencionado art. 16-A, a referência à expressão ‘por conta e risco’ foi suprimida, passando-se a admitir, portanto, a continuidade da campanha eleitoral para todos os efeitos, que ficam condicionados ao provimento do recurso*”.

A permissão decorre do fato de que a campanha eleitoral não se interrompe ou se suspende enquanto os pedidos de registro de candidatura e as respectivas impugnações são analisados pela Justiça Eleitoral, incluindo a apreciação de eventuais recursos referentes ao deferimento ou indeferimento do registro.

Desse modo, e considerando o curto lapso das campanhas eleitorais no Brasil, impedir automaticamente aquele que tem o pedido de registro de candidatura impugnado ou mesmo indeferido pela instância originária de realizar campanha, estando a questão pendente de apreciação pela via recursal própria, poderia gerar um dano irreparável, prejudicando a igualdade de oportunidades no pleito, em detrimento do direito fundamental de se candidatar. Caso o recurso contra o indeferimento fosse provido, nada mais haveria que ser feito para reparar o prejuízo sofrido pelo candidato.

O tema foi muito debatido no pleito eleitoral de 2018, tendo em vista o indeferimento do pedido de registro de candidatura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pelo Tribunal Superior Eleitoral. Na oportunidade, por maioria, além de indeferirem o registro, os ministros do TSE impediram a realização de propaganda eleitoral e determinaram a retirada do nome do ex-presidente das urnas.

Posteriormente, no julgamento do recurso nº 0600919-68.2018.6.12.0000, o TSE fixou o seguinte entendimento: “*A condição de candidato sub judice, para fins de incidência do artigo 16-A da Lei 9.504/1997, cessa, nas eleições gerais: 1 – com o trânsito em julgado da decisão de indeferimento do registro; ou 2 - com a decisão de indeferimento do registro proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral*”. Constatou ainda da decisão que: “*como regra geral, a decisão de indeferimento de registro de candidatura deve ser tomada pelo plenário do TSE*”.

Destarte, não tendo ocorrido o trânsito em julgado da decisão que indefere o pedido de registro de candidatura ou o indeferimento do registro pelo TSE, o candidato pode concorrer e praticar todos os atos de campanha, enquanto seu pedido de registro permanecer *sub judice*.

Dentro da prática de atos de campanha se incluem a arrecadação e o gasto de recursos, sejam eles privados ou públicos, e a possibilidade de acesso aos programas de rádio e televisão.

Impedir a movimentação de recursos ou o acesso ao rádio e televisão durante a discussão do pedido de registro inviabilizaria por completo a realização da campanha eleitoral, em detrimento do disposto no artigo 16-A, da Lei das Eleições e do direito fundamental do exercício da capacidade eleitoral passiva, com o risco de dano irreparável em caso do provimento de recurso apresentado contra o indeferimento.

5- Utilização de recursos públicos de campanha por candidatos *sub judice*: o indeferimento definitivo do registro constitui causa para ensejar pedido de ressarcimento dos valores aplicados ao erário?

Durante o julgamento da ADI nº 4650, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a possibilidade de que empresas financiassem candidatos e partidos políticos. A decisão impactou diretamente na necessidade de estabelecimento de novas formas de financiamento das campanhas eleitorais, dado que as doações de pessoas jurídicas eram a maior fonte de receita até então – no pleito de 2014, elas doaram valor superior a R\$ 3 bi a candidatos e partidos políticos.⁵

Nesse contexto, foi criado o Fundo Especial de Financiamento de Campanha, que para as eleições de 2018 teve o valor de R\$ 1,7 bi. 1% do montante foi distribuído de maneira igualitária entre todos os partidos políticos registrados perante o TSE e os outros 99% de acordo com a representatividade das agremiações no Congresso.

Delia Ferreira Rubio lembra que a destinação de recursos públicos para as atividades político-partidárias não é novidade, tendo surgido depois da Segunda Guerra Mundial, a partir da constitucionalização dos partidos políticos e do reconhecimento de tais entidades como essenciais às democracias contemporâneas (2005, p. 8).

Assim, uma das razões iniciais para a adoção de medidas de financiamento público foi a constatação de que era preciso investir na democracia, conforme observa Ana Cláudia Santano (2016, p. 104).

Sanseverino considera que o financiamento exclusivamente público teria como aspectos favoráveis: a) a equidade entre partidos e candidatos; b) a maior publicidade de arrecadação e gastos; c) a essencialidade dos partidos políticos no regime democrático, de modo que suas atuações devem ser estimuladas (SANSEVERINO, 2012, p. 256).

Rollo, Silva e Almeida acrescentam ainda que o financiamento público exclusivo poderia facilitar a fiscalização dos recursos aplicados em campanha, por derivar de uma única fonte (2017, p. 22).

A utilização de recursos públicos no financiamento de partidos e candidatos não é novidade no Brasil. Com efeito, o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) passa a se somar aos recursos do fundo partidário e ao tempo de rádio e televisão – que constitui uma forma de financiamento público indireto, já que o tempo de antena cedido pelas emissoras decorre de compensação fiscal⁶.

Ocorre que a criação do FEFC num momento de crise de representatividade e econômica gerou uma série de questionamentos oriundos dos eleitores. Nesse sentido, muito tempo antes da criação do novo fundo público, Delia Ferreira Rubio escreveu que a transferência de elevadas somas de recursos públicos para candidatos e partidos políticos em momentos de dificuldade orçamentária e demandas sociais não assistidas, tende a aumentar a crise de representatividade:

“O financiamento público também apresenta algumas arestas problemáticas. Em países subdesenvolvidos ou propensos a crises econômicas severas, com altos índices de pobreza e amplos setores da população com necessidades básicas insatisfeitas, a sociedade questiona a alocação de recursos do orçamento público aos partidos políticos. Tal deslegitimação social é ainda maior no contexto de perda de confiança nos partidos (2005, p. 9).”

Nesse contexto, surgem notícias de que a Procuradoria Geral Eleitoral adotará medidas para cobrar o ressarcimento de valores públicos aplicados por candidatos que

⁵ Dados disponíveis em: <http://inter01.tse.jus.br/spceweb.consulta.receitasdespesas2014/abrirTelaReceitasCandidatoaction>>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁶ Lei nº 9.504/97: Art. 99. As emissoras de rádio e televisão terão direito a compensação fiscal pela cêdência do horário gratuito previsto nesta Lei.

tiveram os seus pedidos de registro de candidatura ao final indeferidos pelo Justiça Eleitoral.⁷

Contudo, salvo melhor juízo, não há justa causa para respaldar tal pretensão, por inúmeros motivos. Inicialmente, ressalta-se que pela sistemática legal vigente, aquele que, em tese, pode estar inelegível tem a faculdade de pleitear o registro de candidatura, como decorrência do direito de petição e como garantia do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como da materialização do exercício do próprio direito político, especialmente em casos nos quais a inelegibilidade decorra de decisões não transitadas em julgado e/ou submetidas a questionamento perante o Poder Judiciário.

Outrossim, a inelegibilidade somente é reconhecida pela Justiça Eleitoral em sede de processo de registro de candidatura, havendo mecanismos cautelares para a suspensão da inelegibilidade que podem ser pleiteados a outros órgãos jurisdicionais, bem como a possibilidade de que no curso do pedido de registro de candidatura seja reconhecida qualquer decisão proferida por outro órgão jurisdicional que afaste a decisão, em tese, geradora de inelegibilidade.

Demais disso, a legislação expressamente permite a realização de campanha pelo candidato *sub judice* e, de acordo com o posicionamento consolidado pelo TSE, a permissão vai até o trânsito em julgado da decisão que indefere o registro ou até o seu indeferimento pelo próprio TSE.

Destarte, como a realização de qualquer campanha pressupõe a movimentação de recursos financeiros, dentro da sistemática legal vigente, não há como impedir o candidato, que tem a possibilidade de concorrer e se apresentar para o eleitor, ainda que como concorrente *sub judice*, arrecade e utilize recursos de origem pública.

A utilização de recursos do FEFC e do Fundo Partidário por candidatos nessas circunstâncias é lícita, como demonstra a interpretação sistemática do arcabouço legal, ressaltando-se que o artigo 16-A, da Lei das Eleições, inclusive, menciona a possibilidade de acesso a tempo de rádio e televisão por esses concorrentes e, como é cediço, o tempo de antena decorre de financiamento público indireto.

Permitir que o Ministério Público Eleitoral e Poder Judiciário venham a sindicatar toda e qualquer utilização de recursos públicos de campanha por candidatos *sub judice* põe em risco o exercício de direito fundamental relacionado à capacidade eleitoral passiva do pretense candidato e o próprio jogo democrático, na medida em que se pode gerar uma situação de insegurança jurídica e prejudicar a igualdade entre os diversos candidatos, negando àqueles que ainda discutem licitamente o direito à candidatura a possibilidade de acesso a recursos públicos de campanha. O prejuízo seria evidente, especialmente em casos nos quais o indeferimento do registro fosse posteriormente revisto.

O argumento no sentido de que a busca pelo ressarcimento ocorrerá posteriormente ao trânsito em julgado do indeferimento do registro de candidatura, sem influência direta na aplicação dos recursos durante a campanha, não encontra amparo jurídico.

A uma, porque a simples ameaça de cobrança posterior já traz insegurança jurídica e pode fazer com que órgãos que não deveriam buscar a posição de protagonistas nas eleições, no caso representantes do Ministério Público Eleitoral, influenciem matérias que não lhe são próprias.

A duas, porque tendo o recebimento e a aplicação de recursos ocorrido quando os atos de campanha eram permitidos, decorrendo a discussão do registro de candidatura de direitos fundamentais relativos ao direito de petição, devido processo legal e exercício da capacidade eleitoral passiva, não há título jurídico para que se busque posteriormente o ressarcimento, mormente porque a lei expressamente permite que o candidato *sub judice* realize campanha.

⁷ Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/ministerio-publico-federal-cobrar-ressarcimento-de-candidatos-inelegiveis>. Acesso em 30.10.18

Desse modo, havendo dúvida acerca da inelegibilidade e necessidade de pronunciamento da Justiça Eleitoral sobre a questão em sede de registro de candidatura, o indeferimento posterior do pedido de registro com trânsito em julgado não torna os antecedentes atos de campanha ilícitos ou irregulares, não constituindo, em regra, justa causa para o pedido de ressarcimento dos valores aplicados por aquele que teve a candidatura indeferida.

Exigir que o candidato *sub judice* deixasse de utilizar recursos públicos a pretexto de que poderia ter a candidatura ao final indeferida, seria atribuir-lhe o exercício de futurologia em detrimento dos já mencionados direitos fundamentais e garantir pela metade o exercício do direito de continuar no pleito até o trânsito em julgado do indeferimento do pedido registro.

Por outro lado, é preciso ainda acrescentar que os princípios da eficiência e economicidade, regentes da atuação da administração pública, não podem ser transportados de maneira estanque para o direito eleitoral.

Se do ponto de vista da administração os aludidos princípios determinam que as atividades públicas sejam desenvolvidas de maneira a se alcançar os desideratos públicos de forma econômica e com a exigência de que para os gastos realizados seja alcançada uma determinada finalidade pública muitas vezes tangível (ex.: a execução de obra pública), do ponto de vista da aplicação de recursos públicos em campanha eleitoral a finalidade última é intangível, referindo-se à garantia do debate democrático, sem, obviamente, a exigência de vitória no pleito.

Assim, se no campo do direito administrativo se exige que os dispêndios realizados com o escopo de executar uma obra pública conduzam a sua conclusão de maneira eficiente e econômica, na aplicação de recursos públicos em campanha se exige que os candidatos ou partidos políticos - que não integram a administração pública - empreguem os recursos na disputa eleitoral de modo a permitir o debate democrático e a informação do eleitor.

Sendo os recursos aplicados em campanha, de modo a permitir o debate de ideias, não há como se exigir qualquer outro resultado e a utilização de recursos é lícita.

Desta maneira, salvo melhor juízo, a única forma de mudar o cenário seria por meio de alteração legislativa que adiantasse e estabilizasse os pedidos de registro de candidatura, como chegou a ser discutido na última minirreforma eleitoral, pois nessa hipótese já se saberia de antemão quem cumpriria os requisitos para se candidatar e realizar campanha.

Conclusões

A compatibilização entre as inelegibilidades e o exercício da capacidade eleitoral passiva exige parcimônia na restrição dos direitos políticos, considerados os impactos que todos os impedimentos geram sobre a universalidade do voto, com a possibilidade, inclusive, de que pela via da judicialização da política os verdadeiros protagonistas do processo democrático (eleitores, candidatos e partidos políticos) sejam substituídos ou limitados por meio da utilização de instrumentos jurídicos.

Ainda que um pretense candidato se encontre supostamente inelegível, o impedimento apenas pode ser declarado em sede de registro de candidatura, havendo inúmeros instrumentos processuais à sua disposição com o escopo de tentar suspender a inelegibilidade, especialmente quando ela decorre de decisões judiciais ainda submetidas a recursos.

Portanto, é legítimo que um indivíduo em tese inelegível, especialmente em virtude de decisões ainda não definitivas, apresente o pedido de registro de candidatura e se utilize de todos os instrumentos jurídicos previstos pela legislação de regência para tentar suspender ou reverter a inelegibilidade, devendo qualquer provimento jurisdicional favorável nesse sentido ser considerado no processo de registro de candidatura.

Destarte, a legitimidade do pedido de registro de candidatura nessas circunstâncias decorre da natureza política do direito de se candidatar, catalogado constitucionalmente inclusive como fundamental, de princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, como o devido processo legal, o contraditório, e a ampla defesa, e do próprio direito de petição.

Do mesmo modo, a legislação permite que o candidato *sub judice* realize todos os atos de campanha. O permissivo legal, de acordo com tese fixada pelo TSE para as eleições gerais de 2018, se estende até o trânsito em julgado do indeferimento do pedido de registro de candidatura ou até o pronunciamento do TSE sobre a matéria.

Portanto, sendo lícita a realização de campanha por candidatos *sub judice*, em regra, o posterior indeferimento definitivo do pedido de registro de candidatura não torna ilícitos os antecedentes atos de campanha e não constitui justo título para que seja pleiteada a devolução de recursos públicos aplicados por candidatos nessas circunstâncias.

Referências

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Estatuto do Candidato: Reflexões sobre a “Lei da Ficha Limpa”, in CAGGIANO, Monica Herman S., et al, Direito Eleitoral em Debate: Estudos em homenagem a Cláudio Lembo. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.
- DIAS, J. ; SOARES, M. B. . Inelegibilidade pela rejeição de contas públicas: o dilema entre a moralidade e probidade administrativas e a judicialização da política. In: CARVALHO NETO, T. V.; FERREIRA, T. L. C.. (Org.). Direito Eleitoral: aspectos materiais e processuais. 1 ed. Ribeirão Preto: Migalhas, 2016, p. 103.
- GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 335.
- GUEDES, Néviton. A Democracia e a Restrição aos Direito Políticos. In: FUX, Luiz, et al, Tratado de Direito Eleitoral. Tomo 1: Direito Constitucional Eleitoral. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 116.
- PENTEADO, Ricardo. As inelegibilidades da Lei Complementar nº 135/2010. Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 93-116, jan./jun. 2011. p. 93.
- PENTEADO, Ricardo. Inelegibilidade por desaprovação de contas públicas (Lei n. 64/90, art. 1º, inciso I, alínea “g”), in ROLLEMBERG, Gabriela, et al, Aspectos polêmicos e atuais no Direito Eleitoral. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 55.
- PINTO, Djalma e PETERSEN, Elke Braid. Comentários à Lei da Ficha Limpa. São Paulo. Atlas, 2014. p. 181.
- ROLLO, Alberto Luiz; SILVA, Raphael José de Oliveira; ALMEIDA, Renato Ribeiro. Financiamento de Campanhas Eleitorais e dos Partidos Políticos. In: LEMBO, Cláudio (coord); CAGGIANO, Monica Herman S. (org). Reforma Política: Um Mito Inacabado. Barueri, 2017: Manole. p. 14-34.
- RUBIO, Delia Ferreira. Financiamento de Partidos e Campanhas – Fundos Públicos versus Fundos Privados. Novos Estudos – CEBRAP, São Paulo – SP, n. 73, 2005.
- SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. Financiamento de Campanha Eleitoral - Entre o Público e o Privado. In: RAMOS, André de Carvalho. Temas de Direito Eleitoral no Século XXI. Brasília: ESMPU, 2012. p. 251-270.
- SANTANO, Ana Cláudia. O Financiamento da Política. Teoria geral e experiências no direito comparado. 2. ed. Curitiba, 2016: Íthala.
- TOMELIN, Georghio. O Estado Jurislador. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 31.

ARRECADANÇA, FINANCIAMENTO E AUTOFINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL

FUNDRAISING, FINANCING AND SELF-FINANCING OF THE ELECTORAL CAMPAIGN

Sandra Libarina Vargas

Advogada, graduanda em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral – Escola Paulista de Magistratura / S.P., certificada em Direito Contratual - FAAP (Fundação Armando Alvares Penteado), ano 2015.

Resumo:

São fixados a esse artigo, discussões, posicionamentos e entendimentos com aplicabilidade nos dias de hoje, objetivando uma discussão sobre as fontes de arrecadação admitidas atualmente no Brasil, o financiamento público e privado e o autofinanciamento nas campanhas eleitorais. Como método de pesquisas foram usadas: doutrinas, consultas aos recentes julgados e legislações vigentes. Não se pretendeu, no entanto, detalhar neste trabalho todas as inovações sobre os temas abordados.

Palavras-chave: arrecadação, financiamento, autofinanciamento, fundo partidário, doação.

Abstract:

This article discusses positions, positions and understandings that are applicable today, aiming at a discussion about the sources of revenue currently admitted in Brazil, public and private financing and self-financing in electoral campaigns. As method of research were used: doctrines, consultations to the recent judgments and current legislations. It was not intended, however, to detail in this work all the innovations on the topics addressed.

Keywords: fundraising, financing, self-financing, partisan fund, donation.

ARRECADAÇÃO, FINANCIAMENTO E AUTOFINANCIMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL

Sumário: 1. Introdução – 2. Arrecadação de Recursos de Campanha – 3. Financiamento Público – 4. Financiamento Privado – 5. Regime de Financiamento Adotado no Brasil – 7. Considerações Finais – 8. Bibliografia.

1. Introdução

A arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais são regidas pelo princípio da responsabilidade solidária entre partidos e candidatos (art. 17, Lei 9.504/97). O financiamento das campanhas se resume à administração de entrada e saída de recursos dos partidos políticos e dos candidatos ao pleito.

Um dos aspectos das eleições que mais sofreu alterações recentes foi o financiamento das campanhas, desde a proibição de doações de empresas (pessoas jurídicas), passando pela criação do FEFC – Fundo Especial de Financiamento de Campanha (de cerca de R\$ 1,7 bilhões), pela possibilidade de doações feitas pela internet (financiamento coletivo), até a ampliação do financiamento feito pelo próprio candidato, chamado autofinanciamento.

Com o fim das doações feitas pelas empresas, decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4650, e consequente revogação do art. 81 da Lei nº 9.504/97 pelo art. 15 da Lei nº 13.165/2015, o legislador tratou de criar rapidamente novos mecanismos que possibilitassem suprir a fonte que se esgotou com a referida proibição.

Dáí terem surgido na legislação novas fontes (como o FEFC), ou ampliação daquelas que já existiam, como é o caso do autofinanciamento, que antes tinha o limite de 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador (inclusive terceiros) no ano anterior ao ano da eleição e que agora (o candidato) poderá usar recursos próprios até o limite dos gastos estabelecidos na referida lei para o cargo para o qual concorre. Ou seja, o terceiro só pode doar até 10% de seus rendimentos brutos, mas o candidato pode doar até o teto legal de gastos (100%). Cumpre destacar a questão das doações eleitorais privadas são efetuadas diretamente ao partido político e não ao fundo partidário.

Uma grande inovação foi trazida pela Lei 13.488/2017, o legislador, atento às novas tecnologias, alterou a Lei 9.504/97 para prever expressamente a possibilidade de que os partidos políticos e candidatos arrecadem recursos por meio de websites que organizam “vaquinhas virtuais” pela internet, mais conhecido como “*crowdfunding*”, são sites especializados nesta prática, ou seja, é um financiamento coletivo.

Para participar dessa “vaquinha virtual” é necessária identificação com o nome completo e número do CPF de cada doador e da quantia doada.

Com a minirreforma eleitoral de 2017, os limites de gastos em cada eleição que eram definidos pelo TSE com base nos parâmetros definidos em lei, agora, são estabelecidos por lei, cabendo ao TSE apenas a tarefa de divulgá-los. O tema traz uma avaliação atual dos regimes de financiamento adotados, principalmente no Brasil, haja vista ser um tema contemporâneo e polêmico, onde grande parte da sociedade associa financiamento eleitoral à corrupção e favores ilícitos dos candidatos e partidos políticos.

2. Arrecadação de Recursos de Campanha

Candidatos e partidos deverão informar à justiça eleitoral, todo recurso financeiro arrecadado, no prazo de 72 horas após o recebimento. Toda arrecadação de recurso e gasto de campanha tem como data contábil final o dia da eleição. Não se admite a entrega de dinheiro em espécie feita diretamente ao candidato, é vetado pelo ordenamento jurídico.

As arrecadações podem ser feitas por:

Fundo Partidário

O nome oficial do fundo partidário é Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos. Está disciplinado na Lei 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), nas Resoluções 21.975 e 23.464 do TSE e na Portaria 288 do TSE. É um mix de verbas predominantemente pública, com verbas privadas, ou seja, um fundo de valores repassados aos partidos políticos que estiverem devidamente registrados no TSE e com a prestação de contas em dia, são elas:

- Multas e penalidades pecuniárias;
- Recursos financeiros que lhe forem destinados por lei orçamentária da União;
- Doação de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário;
- Dotações orçamentárias da União (termo bonito para verba com fim específico)

Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC

Este é um instituto novo, não sendo confundido com o fundo partidário. Criado pela Lei 13.487/2017 e Lei 13.488/2017, conhecida como “fundão” visa custear as campanhas eleitorais.

A distribuição do recurso entre os partidos terá por base o número de representantes titulares na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, a definição dos critérios é uma decisão interna das siglas partidárias e não enseja uma futura análise de mérito por parte do TSE. A Justiça Eleitoral somente verifica se a agremiação respeitou

a destinação de, no mínimo, 30% dos recursos do FEFC para financiar as candidaturas femininas e tem como regra a necessidade de abertura de conta corrente específica para o registro de todo o movimento financeiro da campanha, com exceção aos candidatos para Prefeito e Vereador em municípios onde não existem agências bancárias, nesse caso não há obrigatoriedade de abrir conta corrente.

A instituição do “Fundão” está estimada em R\$ 1,7 bilhão, esse fundo público vai auxiliar as campanhas eleitorais, é diferente do fundo partidário, este último é um repasse mensal feito aos partidos políticos, enquanto que o FEFC é constituído por dotações orçamentárias da União somente em ano eleitoral.

O FEFC é composto pelos valores de compensação fiscal oriundos da propaganda partidária. Vale lembrar que a lei dispõe que os recursos que não foram utilizados deverão ser devolvidos integralmente ao Tesouro Nacional.

Consta na lei que a distribuição deste fundo será feita da seguinte forma:

- 2% divididos igualmente entre todos os partidos com estatutos registrados no TSE;
- 35% divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na câmara dos deputados, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a câmara dos deputados;
- 48% divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na câmara dos deputados, consideradas as legendas dos titulares;
- 15% divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no senado Federal, consideradas as legendas dos titulares.

Para que o candidato tenha acesso aos recursos deste fundo, ele deverá fazer um requerimento por escrito ao órgão partidário respectivo.

O financiamento público, seria possível apenas se o custo da campanha fosse drasticamente reduzido, sendo direcionado para internet ou outro meio de comunicação que não fosse a produção de programas televisivos, pois estes são os mais caros e tem destinação de recurso público, é o horário eleitoral gratuito, dado aos partidos durante a campanha eleitoral, ora, os recursos também são públicos porque as emissoras tem direito a compensação fiscal, no entanto, a sociedade paga por isso, “horário gratuito para os partidos, não para a sociedade” (GONÇALVES, LUIZ, 2018, p. 197).

Comercialização de Bens, Serviços ou Promoções de Eventos

A Lei previu expressamente a possibilidade de que os candidatos e partidos vendam bens (ex: venda de camisetas) ou serviços ou realizem eventos pagos (ex: jantar com adesão) para a arrecadação de recursos.

A renda obtida mediante comercialização de bens/serviços e/ou promoção de eventos, poderá ser empregada desde que a realização dos respectivos eventos seja comunicada à justiça eleitoral com antecedência de 05 dias úteis, os valores arrecadados serão considerados doações de pessoas físicas e deverão observar o limite de 10% da renda anual bruta declarada pelo doador no ano anterior à eleição.

Vaquinha na Internet “Crowdfunding”

É uma novidade das Eleições 2018, trazida pela minirreforma política de 2017, se trata de um financiamento coletivo que já existia para diversas áreas, como artistas e novos empresários, por exemplo. As empresas arrecadoras devem estar cadastradas e autorizadas pelo TSE, na arrecadação por vaquinha eleitoral, só poderão doar pessoas físicas, observando-se as proibições legais (ex: permissionários do serviço público, limitação de 10% da renda bruta do ano anterior à eleição, pessoas jurídicas), se superados esses limites, os doadores se sujeitam à multa de 100% do valor em excesso, o candidato que desejar aplicar recursos próprios na sua campanha não se sujeitam a esse limite, contudo, esta prática estará vedada para eleições posteriores a 2018, a derrubada desse veto presidencial pelo Congresso Nacional em 13/12/2017, portanto não poderia ser considerada eficaz para o pleito de 07 de outubro de 2018. A autodoação tinha o condão de criar desigualdade nos pleitos eleitorais, favorecendo os mais ricos e causando um desequilíbrio na disputa.

Os valores arrecadados ficarão retidos e só serão disponibilizados para o candidato após o registro de candidatura; se não ocorrer a apresentação do registro de candidatura, os valores deverão ser devolvidos aos doadores pela empresa arrecadora. Após formalizado o registro de candidatura, eventuais sobras de campanha decorrentes de vaquinha eleitoral serão repassadas à Direção Partidária. Valores diários acima de R\$1.064,09, serão possíveis através de doações diretas aos candidatos e partidos.

Recurso Próprio

Recurso próprio na campanha, poderá ser usado, se arrecadado em ano anterior à eleição, ou, no próprio ano eleitoral, advindos de doação de pessoas físicas, contribuições estatutárias, sobras de outras campanhas, comercialização, ou, alienação de bens, serviços ou promoção de eventos, rendimentos de aplicações financeiras.

Os partidos podem doar entre si, ou podem doar para candidatos, desde que com identificação do doador originário.

Valores arrecadados anteriormente pelos partidos podem ser utilizados desde que respeitem os requisitos:

- Estejam de acordo com o Estatuto e Diretrizes do partido;
- Tenham sido devidamente contabilizados nas contas partidárias anuais;
- Seja observado o limite individual de doação de 10% do rendimento bruto do doador com relação ao ano anterior ao da eleição;
- Sejam transferidos previamente para a conta “Doações de Campanha” (desde que não se trate de fundo partidário) e informados no SPCE, inclusive, indicando o doador originário (nome completo, CPF);
- No SPCE, seja informado o recibo emitido no SPCA que identificou aquela doação nas contas anuais partidárias;

- Valores arrecadados em anos anteriores, advindos de pessoas jurídicas, não poderão ser aplicados em campanha eleitoral (STF, ADI nº 4.650).

Conforme exposto no tópico “vaquinha na internet”, o veto em dezembro de 2017 sobre o autofinanciamento, portanto, deve valer apenas para o pleito de 2018

Doação de Pessoa Física

Essas doações deverão observar o limite de 10% do rendimento bruto do doador no ano anterior à eleição, observadas informações de seu imposto de renda, no entanto, se não declarou, será considerado limite o teto de isenção e, o doador deve estar com CPF regular perante a receita federal.

Constitui fonte vedada a doação feita por pessoa física que exerça atividade comercial decorrente de permissão pública, exceto se o permissionário for candidato, caso em que poderá doar para a própria campanha. Pessoas jurídicas também estão proibidas de doar.

Há cruzamentos realizados pelo Núcleo de Inteligência da Justiça Eleitoral (NIJE), criado para apurar indícios de irregularidades em campanhas eleitorais, composto por membros dos seguintes órgãos: Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Tribunais Regionais Eleitorais (TER's), Tribunal de Contas da União (TCU), Receita Federal (RF), Polícia Federal (PF), Ministério Público Federal (MPF) e Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

O NIJE considera suspeitas as doações feitas por:

- Doador inscrito em programas sociais (Bolsa Família, etc.);
- Doador com renda incompatível com o valor doado;
- Doador sem vínculo empregatício nos 60 dias antes da doação;
- Doador com registro de óbito;
- Doação empresarial indireta, quando realizada por 02 ou mais pessoas físicas vinculadas a um mesmo empregador;
- Doador sócio ou diretor de empresa que tenha recebido recursos públicos;
- Veículo emprestado que não está em nome do doador.

Doações referentes a bens móveis e imóveis ou serviços prestados, podem ocorrer até o limite de R\$40.000,00, desde que o bem integre o patrimônio do doador e que o serviço decorra da atividade econômica do doador.

Qualquer pessoa pode doar até R\$1.064,10 para apoiar candidato de sua preferência, sem necessidade de transferir o valor à campanha do candidato, nem de contabilizar a doação estimada do material contratado na respectiva prestação de contas eleitoral (desde que não seja reembolsado). Este tipo de apoio, portanto, não passa pela prestação de contas do candidato, mas está sujeito às regras do limite de doação de 10% da renda declarada pelo apoiador no ano anterior à eleição e vedação a pessoas jurídicas.

O Fim das Doações de Pessoas Jurídicas

A regras de financiamento empresarial de partidos políticos durante as campanhas eleitorais estavam previstas nos artigos 24-A e 24-B que seriam incluídos no texto da Lei

das Eleições e que terminaram sendo vetados pela presidente Dilma Rousseff, em polêmica decisão.

De acordo com a redação proposta para o art. 24-B, em especial, o qual foi integralmente vetado, seriam permitidas doações empresariais aos partidos políticos com finalidade eleitoral, limitadas a 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior à eleição, somadas todas as doações feitas pelo mesmo doador, até o máximo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); e 0,5% (cinco décimos por cento) do faturamento bruto, somadas todas as doações feitas para um mesmo partido.

O fundamento do veto interposto pela presidente da república ao financiamento de partidos políticos em campanhas eleitorais por parte de pessoas jurídicas fundou-se no julgamento da ADI 4.650, proferido, dias antes da publicação da Lei n. 13.165/15. Proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a referida ADI suscitou a inconstitucionalidade das doações financeiras de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, sob o argumento de que estas seriam prejudiciais à democracia, por gerarem uma grande desigualdade entre as campanhas eleitorais, além de supostamente incentivarem a corrupção.

3. Financiamento Público

Entende-se como financiamento público, está intrínseco nas arrecadações do “Fundão” e do Fundo Partidário, em suma, seria o fornecimento de fundos públicos, permissão da utilização gratuita de bens e serviços para a realização de campanhas eleitorais, tendo como consequência um maior controle e transparência dos custos de campanhas na busca pela redução da desigualdade entre os candidatos.

4. Financiamento Privado

O financiamento privado, gera uma independência financeira em relação ao Estado, os recursos são arrecadados por doações particulares. A desvantagem é um custo maior de campanha, mas também, uma maior representativa social, porque dessa forma o candidato tem uma participação política dos cidadãos que se sentirão representados e consequentemente vão pressionar o candidato, ao qual fez a doação.

5. Regime de Financiamento Adotado no Brasil

O Brasil adota o sistema misto, nele é possível que o partido político, o candidato ao pleito e suas coligações partidárias busquem recursos financeiros junto aos seus apoiadores para que possam custear seus gastos com as campanhas eleitorais.

Doação de pessoa jurídica antes era admitida, agora é vedada qualquer tipo de doação advinda de pessoa jurídica, isso se deu após a ADI 4.650 do Supremo Tribunal Federal. Pessoa física pode doar, respeitando o teto de 10% de seus rendimentos auferidos no ano anterior. Podem ser feitas doações, ainda, vaquinha pela internet, venda de bens estimáveis, promoção de eventos, e, os candidatos também podem utilizar recursos próprios para sua campanha, respeitando os limites de gastos da Lei 9.504/97, art 23, no entanto, não tem valor limite para doação, como o imposto às pessoas físicas. Pode ser

observada, a descrição detalhada no Capítulo 2, título “arrecadação de recursos de campanha”.

Temos também a novidade trazida pela Lei 13.488 de 2017, que instituiu o fundo especial de financiamento de campanha, que não se confunde com o fundo eleitoral.

Em suma, o Brasil já conta com as centenas de milhões de reais dos fundos e com a propaganda eleitoral nas redes de televisão e rádios.

6. Regime de Financiamento Adotado Por Outros Países: Argentina, Alemanha, México, Estados Unidos, França

De acordo com o Instituto Internacional pela Democracia e Assistência Eleitoral (IDEA), em 2017, 118 países contam com algum tipo de financiamento público para apoiar partidos ou campanhas eleitorais, o sistema é muito usado na Europa Ocidental, onde apenas a Suíça não conta com algum tipo de ajuda estatal.

Argentina

A Argentina conta com financiamento misto, com capital público, essas receitas, provenientes de fundo público, são dirigidas aos partidos. O financiamento privado tem um limite anual fixado pela Câmara Nacional Eleitoral, e as doações privadas só podem ser feitas diretamente ao partido. Há limite de gastos para os cargos em disputa e os candidatos não podem arrecadar.

Alemanha

A Alemanha, foi um dos primeiros países a destinar recursos públicos aos partidos políticos, em 1967, os partidos contam com fontes diversas, como recursos públicos, doações privadas e mensalidades dos filiados, o Estado não tem uma distinção clara entre fundo partidário e financiamento público de campanha, no entanto, o estado só é responsável, por um terço das receitas, o que torna a Alemanha, um dos países com menor dependência estatal da Europa. Tem um limite para os recursos direcionados pelo estado, eles não podem ultrapassar o valor que o partido arrecada por conta própria. Os partidos têm que divulgar seus gastos todos os anos. O sistema mais conhecido é o *matching funds* nele o partido recebe do Estado 0,38 euros para cada euro que tenha sido doado, isso cria um incentivo para que a sigla trabalhe criando uma base entre seus eleitores e sejam recompensadas com mais dinheiro estatal.

França

A França conta com um fundo partidário que custa cerca de 61 milhões de euros anualmente, para ter acesso, o partido precisa conquistar pelo menos 1% dos votos em 50 zonas eleitorais. Contam também com financiamento direto de campanhas e permite doação de cidadão limitada a 7.500 euros anuais para um partido e a 4.600 euros para campanha presidencial. Empresas não podem doar desde 1995. No entanto, por uma brecha no sistema, o candidato e o partido pode criar micro-partidos de apoio, que

repassam mais dinheiro de doações individuais, assim uma pessoa pode fazer várias doações para uma campanha eleitoral.

México

O México, conta com um fundo partidário que é dividido igualmente entre os partidos, partindo do mínimo de 30%, contam também com um fundo exclusivo para campanhas e aceitam doações de cidadãos, respeitam um teto limite para doação. No caso das campanhas, os partidos são altamente dependentes do Estado, no ano de 2012, 95% da campanha eleitoral para presidência foi custeada com dinheiro público. O México se assemelha ao Brasil, pois também tem um sistema de propaganda eleitoral gratuita para os candidatos na tv e no rádio, que é cobrado pelas emissoras com abatimento de impostos, tal como no Brasil, não aceita doação de empresas.

Estados Unidos

Nos Estados Unidos, as regras para financiamento variam, nas federais, para presidência da república, existe um mecanismo de financiamento estatal, mas são poucos os candidatos fazendo uso dele, e o uso de dinheiro público está entrando em declínio. O cidadão pode doar até US\$ 2.500 para um candidato a presidência e US\$ 30,8 para um partido, empresas não podem doar diretamente ao candidato, mas são livres desde 2010 para doar dinheiro sem limite ao comitê de ação política, conhecidos por PAC'S, esse mecanismo, superamericano, é fortemente criticado por ONG's, juristas e ativistas.

7. Considerações Finais

Fato é, que, com o fim das doações privadas, algum financiamento público passa a ser necessário, seria o custo da democracia, alvo de críticas por muitos no Brasil, que são contra ao financiamento público de campanha, isso fica ainda mais claro quando comparado à outros países do mundo, no entanto, levando em conta o Estado de São Paulo, por exemplo, onde o candidato a deputado federal ou Estadual que tem que fazer campanha em 645 municípios, poderá compreender o porque das eleições brasileiras serem uma das mais caras do mundo, isso porque adotamos um sistema eleitoral proporcional de listas abertas para preencher as vagas na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Estaduais e mesmo nas Câmaras Municipais, obrigando o candidato a disputar votos em uma área física muito grande, por isso a reforma política é urgente.

A proibição de que as pessoas jurídicas façam doações para campanhas eleitorais criou um paradoxo, o fundamento para a vedação do financiamento de campanha pelas empresas era o de combater o predomínio do poder econômico, mas sem ele o campo ficou aberto para os candidatos ricos ou beneficiados por meios de comunicação, pois todos os partidos tem direito a uma parcela da propaganda eleitoral gratuita na tv, paga com dinheiro público por meio de renúncias fiscais, é muito dinheiro público envolvido num país que está fazendo sacrifícios para se manter firme, enxugar é essencial, tendo em vista o deslocamento de escassos recursos estatais. Em 2017, áreas como educação, ciência e tecnologia tiveram queda de mais de 20% no financiamento em relação a 2016, nas eleições de 2014, gastou-se mais de 7 bilhões de reais em campanhas, quase 6 bilhões vindo de doações de empresas, em 2016 com a proibição de doações privadas, esse valor caiu para 3 bilhões.

A reforma política ficou muito aquém daquilo que era necessário, o Brasil ainda precisa discutir o sistema político que realmente deseja, não é possível o quadro atual com mais de três dezenas de partidos políticos, porque isso gera uma dificuldade de governabilidade, precisa-se discutir as prioridades, a questão do parlamentarismo.

O FEFC, fundo público destinado ao financiamento das campanhas eleitorais dos candidatos para as eleições gerais de 2018, o valor do fundo é de R\$ 1.716.209,432, disponibilizado pelo Tesouro Nacional ao TSE em 1 de junho de 2018, nos termos da Lei 9.504/1997. Ainda não está definido como os recursos do fundo serão distribuídos, existem diferentes formatos, já se sabe que, cada partido, somente por existir, deve ganhar 2% do valor do fundo. Dos 98% que sobram, 49% são distribuídos proporcionalmente à quantidade de votos nas últimas eleições, 34% segundo o número de deputados e 15% segundo a bancada no Senado. Atualmente cada partido já tem acesso, obrigatoriamente, a 5% dos 819 milhões do fundo partidário, e os outros 95% são distribuídos de forma proporcional à votação que obtiveram para a Câmara nas últimas eleições.

A Justiça Eleitoral divulgou em 15 de junho de 2018 o valor do fundo que será repartido entre os 35 partidos políticos existentes, o PT e MDB lideram a lista: MDB - R\$ 234.232.915,58; PT - R\$ 212.244.45,51; PSDB - R\$ 185.868.511,77; PP - R\$ 131.026.927,86; PSB - R\$ 118.783.048,51; PR - R\$ 113.165.144,99; PSD - R\$ 112.013.278,78; DEM - R\$ 89.108.890,77; PRB - R\$ 66.983.248,93; PTB - R\$ 62.260.585,97; PDT - R\$ 61.475.696,42; SD - R\$ 40.127.359,42; PODEMOS - R\$ 36.112.917,34; PSC - R\$ 35.913.889,78; PCdoB - R\$ 30.544.605,53; PPS - R\$ 29.203.202,71; PV - R\$ 24.640.976,04; PSOL - R\$ 21.430.444,90; Pros - R\$ 21.259.914,64; PHS - R\$ 18.064.589,71; AVANTE - R\$ 12.438.144,67; REDE - R\$ 10.662.556,58; PATRIOTA - R\$ 9.936.929,10; PSL - R\$ 9.203.060,51; PTC - R\$ 6.334.282,12; PRP - R\$ 5.471.690,91; DC - R\$ 4.140.243,38; PMN - R\$ 3.883.339,54; PRTB - R\$ 3.794.842,38 seguidos do PSTU, PCB, PCO, PPL, NOVO e OMB com os mesmos valores - R\$ 980.691,10.

Essa divisão acaba estimulando a criação de mais partidos que seriam partidos fisiológicos, sem relevância, carregando um recuso desproporcional ao tamanho deles, essa fragmentação partidária é prejudicial, então, se faz necessária a cláusula de desempenho, em que a distribuição do fundo deveria ser vinculada apenas ao número de votos.

Enfim, as novas regras de financiamento de campanha, visa garantir a igualdade de disputa entre os candidatos, confiando que o financiamento público vai afastar uma desvantagem do financiamento privado que favorecia os candidatos com melhores relações com classes sociais, garantindo a ele contribuições maiores.

Referências

Escola Paulista da Magistratura, Cadernos Jurídicos, Direito Eleitoral, Ano 17, Número 42, 2016

GOMES, José Jáiro, Direito Eleitoral, 12º ed, Atlas, 2016

GONÇALVES, Luiz Carlos Dos Santos, Direito Eleitoral, 3º ed, Atlas, 2018

LEMBO, Claudio. Reforma Política – Um mito Inacabado, Manole, 2017

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13488.htm (acesso em 24.setembro.2018)

<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/eleicoes-2018-tse-divulga-montante-total-do-fundo-especial-de-financiamento-de-campanha-1> (acesso em 25.setembro.2018)

<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/prestacao-de-contas-1/fundo-especial-de-financiamento-de-campanha-fefc> (acesso em 03.outubro.2018)

<https://jus.com.br/artigos/61163/minirreforma-eleitoral-uma-analise-da-lei-13-488-2017-e-da-emenda-constitucional-97-2017> (acesso em 03.outubro.2018)